

ACCADEMIA STORICO-GIURIDICA COSTANTINIANA
ASGC

Materiali per una storia del tardo antico

1

SEMINARI “GIULIANO CRIFÒ”
2018-2023

a cura di
Mariagrazia Bianchini e Carlo Lanza



Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

ISBN 978-88-7916-175-6

Il copyright dei contenuti appartiene ai rispettivi autori
Copyright 2025 del formato editoriale:

LED Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto

Via Cervignano 4 - 20137 Milano

Catalogo: <https://www.lededizioni.com>

I diritti di riproduzione, memorizzazione e archiviazione elettronica,
pubblicazione con qualsiasi mezzo analogico o digitale
(comprese le copie fotostatiche, i supporti digitali e l'inserimento in banche dati)
e i diritti di traduzione e di adattamento totale o parziale
sono riservati per tutti i paesi.

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume o fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941 n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazione per le Riproduzioni Editoriali
Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano - e-mail autorizzazioni@clearedi.org - sito web www.clearedi.org

Sommario

MARIAGRAZIA BIANCHINI e CARLO LANZA I Seminari “Giuliano Crifò” dell’Accademia	7
---	---

Seminario 2018

CARLO LANZA Storiografia dell’Ottocento: appunti	13
---	----

VALERIO MAROTTA Modelli interpretativi e riflessioni storiografiche della romanistica della prima metà del Novecento	37
--	----

MARIO MAZZA ‘Spätantike’. Da Burckhardt a Usener a Reitzenstein – e oltre	71
--	----

Seminario 2019

PAOLO MARI ‘ <i>Minima Philologica</i> ’. Principii generali di metodo filologico e di critica testuale	89
---	----

Seminario 2021

FERDINANDO ZUCCOTTI Considerazioni minime sulla terminologia tardoantica negli interventi sui testi classici	109
--	-----

ANNA MARIA GIOMARO Discorso minimo sopra la <i>Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti</i>	145
--	-----

VALERIO MAROTTA I ‘ <i>fragmenta Augustodunensia</i> ’ e l’insegnamento del diritto nelle <i>Galliae</i> alla fine del IV secolo	169
--	-----

Seminario 2022

EMANUELA PRINZIVALLI	197
La letteratura cristiana nella produzione letteraria del tardo antico	
ANNA MARIA GIOMARO	219
Luci e ombre del Tardoantico nelle Costituzioni Sirmondiane	

Seminario 2023

ANDREA LOVATO	249
La genesi del Teodosiano fra prassi giudiziarie e visioni imperiali	
LUCIO DE GIOVANNI	265
Alcune linee di lettura del libro XVI del Codice Teodosiano	
LEO PEPPE	273
Sulla cittadinanza nell'esperienza giuridica romana	
PIERLUIGI CIOCCA	299
Ricchi/Poveri: una scorribanda attraverso i secoli	

Valerio Marotta

Università degli Studi di Pavia

Modelli interpretativi e riflessioni storiografiche della romanistica della prima metà del Novecento*

1. Riccobono, Bonfante e Albertario – 2. Sviluppo per linee interne dell'ordinamento, *formulae iudiciorum e cognitio extra ordinem* – 3. Il *Vulgarrecht* – 4. *Wortmonographien, Textstufen* e interpolazionismo.

1. Fino a tempi recenti la storia del diritto tardoantico è stata contrassegnata, in ogni studio che l'ha assunta a proprio oggetto, dall'impiego di formule antitetiche e concise. La più nota – quella che subito richiama l'idea della decadenza – si serve dell'aggettivo 'postclassico'. Qui il prefisso cronologico propone immediatamente il contrasto con il 'classico', vale a dire con un'esperienza giudicata esemplare¹.

* Queste pagine, che, ad eccezione delle note, riproducono senza alcuna variazione il testo della lezione tenuta a Spello il 21 giugno 2018 nei Seminari intitolati alla memoria del caro e compianto professor Giuliano Crifò, ambivano unicamente a comunicare ai più giovani (ai dottorandi in primo luogo) il mio personale punto di vista sul contributo della storiografia romanistica della prima metà del secolo scorso al progresso dei nostri studi. Proprio per questo, anche nella versione a stampa, dopo aver velocemente ripercorso le tappe principali della polemica sulla valutazione critica del diritto giustiniano e sul metodo interpolazionistico, che, a partire dal 1917, divise Salvatore Riccobono e i suoi allievi dalle altre scuole di quel tempo, mi limiterò a riproporre, aggiornandolo, il contenuto di alcuni contributi pubblicati tra il 2004 e il 2007. Sono, pertanto, consapevole del fatto che vi sarebbe ancora molto da aggiungere a quanto ho scritto nel testo e nelle note bibliografiche. Del resto, a ben vedere, non basterebbe lo spazio di un volume per affrontare le questioni al centro di questa relazione. Sul tema rinvio, comunque, agli articoli di G. SANTUCCI, «*Decifrando scritti che non hanno alcun potere*». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto e identità disciplinari. Tradizioni e prospettive* (cur. I. BIROCCHI, M. BRUTTI), Torino, 2016, p. 63 ss., ove ampia letteratura, e di E. STOLFI, *Protagonisti e percorsi dell'interpolazionismo. A proposito di una recente indagine su Gradenwitz e Riccobono*, in *SDHI*, 84, 2018, p. 325-346. La bibliografia, a parte un solo caso, in questa versione a stampa non è stata aggiornata rispetto alla prima edizione.

¹ Così D. MANTOVANI, *Diritto e storia tardoantica. Tavola Rotonda*, in *Trent'anni di studi*

Sebbene sia proprio quest'ultimo il termine che ancor oggi gode di maggior fortuna nei nostri studi, la storiografia romanistica ha ampiamente utilizzato, nel corso della prima metà del XX secolo, anche altre formulazioni: nell'ordine, in primo luogo, 'diritto romano-ellenico' e 'diritto volgare'². Nel loro complesso, queste tre locuzioni, che hanno dominato il panorama degli studi fino alle soglie degli anni '80, corrispondono ad altrettanti modelli interpretativi che possono contrapporsi l'uno all'altro oppure coesistere pacificamente: «diritto romano-ellenico» in quanto esito finale della lotta tra il 'Reichsrecht' e il 'Volksrecht'³; 'diritto volgare' quale diritto corrispondente alle esigenze pratiche locali piuttosto che al sapere di un ristretto ceto di specialisti; 'diritto postclassico', terminologia assolutamente generica che non si preoccupa neppure di definire, nel confronto con le altre, i caratteri peculiari dell'esperienza giuridica d'età tardoantica.

Benché Pietro Bonfante⁴, Pietro de Francisci⁵, Emilio Albertario⁶ e Vincenzo Arangio-Ruiz⁷ esprimessero, talvolta, punti di vista divergenti, essi ritenevano che il diritto – in quanto fenomeno profondamente radicato nella vita sociale – doveva per forza di cose riflettere le vibrazioni del proprio tempo, confondendosi con tutti gli altri fattori che agivano in una certa epoca.

A questo canone interpretativo, condiviso da quasi tutti i romanisti europei della prima metà del XX secolo, si contrapposero Salvatore Riccobono⁸ e il suo

sulla Tarda Antichità: bilanci e prospettive, Atti del Convegno Internazionale, Napoli 21-23 novembre 2007 (cur. U. CRISCUOLO, L. DE GIOVANNI), Napoli, 2009, p. 396 ss. Sulle ambiguità inerenti all'impiego della nozione, decisamente non univoca, di diritto «classico» e sul condizionamento che ha essa ha esercitato sugli studi di diritto romano si vedano R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna, 1987, p. 535 s. e 546 ss., A. SCHIAVONE, *Un'identità perduta: la parabola del diritto romano in Italia*, in *Stato e cultura giuridica in Italia dall'unità alla repubblica* (cur. A. SCHIAVONE), Roma-Bari, 1990, p. 285 ss., M. BRETONE, *Il «classico» e la giurisprudenza*, in *Labeo*, 45, 1999, p. 7 ss., F. DE MARINI, C. LANZA, *Critica testuale e studio storico del diritto*³, Torino, 2001, p. 40 e nt. 12 e p. 169 ss., M. BRETONE, *Il testo giuridico* (1989), in *Diritto romano e coscienza moderna. Dalla tradizione alla storia. Scritti nomadi*, Madrid, 2011, p. 185 s., e MANTOVANI, *Diritto e storia tardoantica*, cit., p. 396.

² Ma non mancano altre terminologie, solo un po' meno fortunate: 'diritto romano-cristiano', etc.

³ L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs: mit Beiträgen zur Kenntnis des Griechischen Rechts und der spätromischen Rechtsentwicklung*, Leipzig, 1891.

⁴ Cfr. *infra*, § 1, p. 40.

⁵ Cfr. *infra*, § 1, p. 44.

⁶ Cfr. *infra*, § 1, p. 43.

⁷ V. ARANGIO-RUIZ, *Corso di storia del diritto romano*², Napoli, 1931, p. 268 ss., e *Storia del diritto romano*, Napoli, 1937, p. 310 ss.

⁸ Il primo, nel 1928, si espresse compiutamente nei suoi *Punti di vista critici e ricostruttivi. A proposito della Dissertazione di L. Mitteis 'Storia del diritto antico e studio del diritto romano (Antike*

allievo Lauro Chiazzese⁹. Essi, pur non negando che le norme riflettano le realtà economiche, spirituali e politiche di una determinata società¹⁰, assegnavano agli interpreti del diritto romano il compito prioritario di individuare i meccanismi tecnici che avevano consentito, tra Adriano e Giustiniano, il progressivo aggiornamento dell'ordine giuridico d'età imperiale per linee prevalentemente interne. In effetti, a esclusione dei mutamenti indotti dall'influsso del Cristianesimo¹¹, tra IV e V secolo si sarebbero registrati soltanto continui adattamenti dell'ordine giuridico al ritmo di sviluppo del *ius honorarium* e al suo processo di fusione con il *ius ci-*

Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium, in *Mitteilungen des Vereins des humanistischen Gymnasium*, Wien, 1918, p. 500-637) sulla dissertazione del 1917 di Ludwig MITTEIS intitolata *Storia del diritto antico e studio del diritto romano* (estr. *AUPA*, 12, 1928, p. 477-499, e, in parte, nel 1917 in *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in *AUPA*, 3-4, 1917, p. 165 ss. e in particolare p. 597-651. Ricorderei, inoltre, *La nozione del contractus*, in *Bollettino dell'Accademia di Palermo*, 1, 1918, p. 11 ss., *Dies e condicio nella costituzione di servitù*, in *RHD*, 3, 1922, p. 359 ss., *Stipulatio e instrumentum nel diritto giustiniano (parte seconda)*, in *ZRG*, 43, 1922, p. 262 ss., *Formazione del domma della trasmissibilità all'erede dei rapporti sotto condizione*, in *Studi S. Perozzi*, Palermo, 1925, p. 351 s., *Outlines of the evolution of Roman Law*, in *University of Pennsylvania Law Review*, 74, 1925, p. 1-19, *Die Vererblichkeit der Strafklagen und die Fiktion der Litiskontestation nach klassischem und justinianischem Rechte*, in *ZRG*, 47, 1927, p. 75 ss., *La formazione di un ius novum nel periodo imperiale*, in *Atti del Congresso di Studi Romani*, Roma, 1929, p. 236 ss., *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi P. Bonfante*, 1, Milano, 1930, p. 124-173, *Corso di diritto romano. Stipulationes contractus pacta a.a. 1934-35*, Milano, 1935, in particolare p. 262 ss., *Nichilismo storico-critico nel campo del diritto romano e medievale*, in *Annuario della Regia Università di Palermo*, 1929, p. 15-45, e *Lineamenti della rappresentanza diretta in diritto romano*, in *AUPA*, 14, 1930, p. 398 ss. Questi studi sono stati quasi tutti rifusi nel suo *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano. Parte II. Dalla lex Aebutia a Giustiniano/«Ius novum»*, Milano, 1933-1934, cui farò prevalentemente riferimento in séguito. Non di meno occorre segnalare che la prima compiuta definizione delle sue posizioni, S. Riccobono la offrì in *Fasi e fattori dell'evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges G. Cornil*, 2, Paris, 1926, p. 257 ss. Una nota bibliografica su Salvatore Riccobono in U. BARTOCCI, *Salvatore Riccobono il diritto romano e il valore politico degli studia humanitatis*, Torino, 2012, p. IX-XI nt. 1 e 2, M. VARVARO, 'Riccobono Salvatore', in *Dizionario biografico dei giuristi italiani (sec. XII-XX)* (cur. I. BIROCCHI et alii), 2, Bologna, 1685-1688; p. 1688, e ID., 'Riccobono Salvatore', in *Dizionario biografico degli Italiani*, 87, Roma, 2016, p. 394-397.

⁹ L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, Cortona, 1931, p. 3 ss, in particolare p. 80 ss.

¹⁰ Cfr. *infra*, § 2, p. 47.

¹¹ S. RICCOBONO, *Cristianesimo e diritto privato*, in *Rivista di Diritto Civile*, 3, 1911, p. 3-36; ID., *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano. Parte II*, cit., p. 568 ss.; si veda anche CHIAZZESE, *Confronti testuali*, cit., p. 399 ss. I tre volumi di B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, 1, Milano 1952; 2, Milano 1952, e 3, Milano 1953, riassumono compiutamente la visione dominante, nella prima metà del XX secolo, sui rapporti tra cristianesimo e diritto dopo Costantino.

vile¹² e con il diritto della *cognitio extra ordinem*¹³. Ove l'equità e speciali condizioni lo esigessero, giuristi e cancelleria imperiale, già a partire dal II secolo d.C., avrebbero utilizzato i meccanismi del *ius honorarium* e, in primo luogo, la finzione¹⁴ per adeguare il regime giuridico di un determinato istituto alle nuove esigenze sociali di un certo periodo. Il diritto giustiniano, per esempio, allorché riguardava, nella sua sostanza, la *dos* come *res mulieris*, non si sarebbe adeguato alle prassi e ai principi del mondo grecofono (come, al contrario, sosteneva l'Albertario)¹⁵, ma avrebbe semplicemente riassunto gli esiti del graduale sviluppo guidato, fin dal I secolo dell'Impero, dalla giurisprudenza e attuato dal pretore¹⁶. In altre parole, per il Riccobono, attribuire all'Oriente tutto quello che si distaccava o pareva distaccarsi dalle pure forme del *ius civile* o, in generale, dal cosiddetto diritto classico costituiva un errore esiziale. Il IV secolo non inaugurò la fase dell'orientalizzazione del diritto romano. Non tutto quello che appariva giustiniano doveva, per forza di cose, considerarsi, sul piano dei contenuti normativi, d'origine ellenica o medio-orientale. Non di meno, alla lunga, questo incessante sviluppo per linee interne

¹² Cfr. S. RICCOBONO, *La fusione del Ius Civile e del Ius Praetorium in unico ordinamento*, in *Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie*, 16/4, 1923, p. 503-522, *La definizione del ius al tempo di Adriano*, in *AUPA*, 20, 1949, p. 5 ss. (= *BIDR*, 53-54, 1948, p. 5-82), e *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano. Parte II*, cit., p. 452 ss.

¹³ Si veda, in particolare, S. RICCOBONO, *La cognitio extra ordinem e il suo influsso sul ius civile*, in *Mélanges G. Cornil*, 2, cit., p. 375-381, *Cognitio extra ordinem. Nozione e caratteri del Nozione e caratteri del «ius nouum»*, in *BIDR*, 55-56, 1952, p. 1-17, e *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano. Parte II*, cit., p. 386 ss.

¹⁴ S. RICCOBONO, *Formulae ficticiae a normal means of creating new Law*, in *RHD*, 9, 1929, p. 1-61, *Diritto romano e diritto moderno. Discorso inaugurale letto nell'Aula Magna il giorno 5 dicembre 1924*, Palermo, 1925, p. 3-24, in particolare p. 5 ss., e *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano. Parte II*, cit., p. 211 ss. Quantunque Giustiniano abbia probabilmente disposto o autorizzato l'eliminazione di tutti i riferimenti alle *actiones ficticiae* nei frammenti dei giuristi escerpiti per la compilazione del Digesto, occorre riconoscere che la *fictio*, in quanto artificio del diritto, continuò a interpretare un ruolo perfino nell'attività normativa della cancelleria imperiale in età tardoantica. Se, per esempio, si guarda alle disposizioni emanate il 7 novembre 426 dalla cancelleria di Valentiniano III che disciplinano l'acquisto dell'eredità da parte dell'impubere e la destinazione dell'eredità stessa nel caso della sua morte (si tratta, com'è noto, di norme comprese in un provvedimento molto ampio, che forse includeva anche le disposizioni concernenti l'efficacia delle costituzioni imperiali nonché la 'legge delle Citazioni', cioè quelle sulla *recitatio* in giudizio degli scritti dei giuristi), ci si rende conto che i meccanismi tipici di sviluppo del *ius honorarium*, in primo luogo la *fictio*, interpretavano ancora un ruolo decisivo (C. 6.30.18): si veda, a tal riguardo, MANTOVANI, *Diritto e storia tardoantica*, cit., p. 402 ss.

¹⁵ E. ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano. Parte prima*, Milano, 1935, p. 81 ss., in particolare p. 100. Si veda, in ogni caso, MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., in particolare p. 238 ss.

¹⁶ RICCOBONO, *Punti di vista critici e ricostruttivi*, cit., 519, e *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano. Parte II*, cit., p. 234 ss.

avrebbe comunque determinato, se non una rivoluzione, un radicale mutamento dell'ordine giuridico romano, con il passaggio da un diritto di casi e azioni orientato, in un incessante confronto d'opinioni, dal magistrato giudicante e dai giuristi a un diritto identificabile, al di là della storia di ogni singolo contenuto normativo, esclusivamente con il comando del principe¹⁷.

Queste considerazioni – che oggi possono apparirci perfino banali – contestavano *in limine* il postulato che aveva condizionato la valutazione critica dei testi del Digesto nei primi decenni del XX secolo. In effetti, nella prospettiva del grande romanista palermitano, il diritto giustiniano risultava sostanzialmente, ossia sul piano dei contenuti normativi, tutto o in massima parte diritto romano, quantunque rifiuto e ricomposto nei suoi elementi costitutivi. Per il Riccobono non era possibile, in primo luogo sul piano di una corretta filologia, attribuire ai commissari giustiniani e alle loro interpolazioni tutto ciò che, nella compilazione, rappresenta elaborazione teorica del diritto, costruzione di figure e di categorie giuridiche, controversie di scuola: in poche parole, tutta la parte più viva del suo contenuto¹⁸. Gli appariva insensato trasformare il Digesto in un cimitero disseminato di croci piantate per segnalare l'elisione di quanto si riteneva dovesse attribuirsi ai compilatori giustiniani o ai glossatori di epoche precedenti. A suo giudizio, la stragrande maggioranza delle interpolazioni avrebbero avuto soltanto carattere formale, non comportando variazioni dei veri contenuti normativi del diritto. Il tentativo, in sé stesso discutibile, di risalire al dettato degli antichi testi, isolando e scrostando gli *emblemata Triboniani*, era degenerato, dagli inizi del Novecento, in una vera e propria caccia anche alle cosiddette glosse pregiustiniane¹⁹. Sul piano della con-

¹⁷ Mi permetto di rinviare a C. GIACHI, V. MAROTTA, *Diritto e giurisprudenza in Roma antica*, Roma, 2012, p. 289 ss.

¹⁸ Si veda, in primo luogo, S. RICCOBONO, *Summum ius summa iniuria. Un capitolo concernente la storia della interpretatio iuris del prof. Giovanni Stroux*, in *AUPA*, 12, 1929, p. 639-691, in particolare p. 640 ss. e 641: «il grande inganno in cui caddero gl'interpreti moderni derivò dal fatto, molto semplice in sé, che essi esercitarono la critica sui testi del *Corpus iuris* solo in base ad elementi e indizi formali e finirono con lo attribuire ai Compilatori pure la maggior parte degli elementi che si trovano nei passi dei Digesti, e alle scuole ed alle consuetudini elleno-orientali la sostanza dei medesimi testi»; cfr. ID., Rec. di J. STROUX, *Summum ius summa iniuria*, in *Gnomon*, 5/2, 1929, p. 65-87, rec. di J. STROUX, *Summum ius summa iniuria*, in *Bollettino di Filologia Classica*, 35/7, 1929, p. 173-185, e *Fine e conquiste delle indagini interpolazionistiche*, in *BIDR*, 45-46, 1952, p. 396 ss.

¹⁹ Riprendo il pensiero di G. FALCONE, *Chiazzese, Riccobono e i confronti ritrovati*, premessa a L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte speciale (Materiali)* (cur. G. FALCONE), Torino, 2018, p. X ss. Si veda, inoltre, l'ampia trattazione di M. VARVARO, *Circolazione e sviluppo di un modello metodologico. La critica testuale delle fonti giuridiche romane fra Otto Gradenwitz e Salvatore Riccobono*, in *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung des Interpolationenkritik. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert / Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Circolazione di modelli e metodi*

creta ricostruzione storica si impose così l'idea che si fronteggiassero, da un lato un diritto dei primi secoli dell'Impero ancora rigido e formalistico, dall'altro una Compilazione i cui progrediti valori, quali, per esempio, il richiamo all'*aequitas* e alla volontà negoziale, sarebbero stati introdotti mediante massicce interpolazioni, che avrebbero recepito, già nel corso della tradizione tardoantica della letteratura giurisprudenziale, consuetudini delle province ellenofone dell'Impero e pretese elaborazioni teoriche delle scuole giuridiche orientali tardoantiche²⁰.

Insomma chi adoperava, come categoria interpretativa, la nozione di 'diritto romano-ellenico' individuava la principale causa dello sviluppo normativo del diritto vigente, tra III e IV secolo, nella *constitutio Antoniniana*. Muovendosi sulla falsariga del *Reichsrecht und Volksrecht* di Ludwig Mitteis²¹, tanti immaginarono un drammatico confronto tra diritto romano e diritti locali. Questi ultimi, ridotti al rango di «usi formalmente illegali» («*formal gesetzwidrige Gewohnheiten*»), avrebbero, in specie nelle province orientali, resistito decisamente al diritto romano, il solo obbligatorio, dopo il 212, per tutti i nuovi cittadini dell'ecumene imperiale. Fino a Diocleziano, anzi soprattutto con Diocleziano, gli imperatori avrebbero reagito con forza alle prassi antiromane²². Dopo di che, da Costantino in poi²³, la legislazione imperiale avrebbe iniziato a disciplinare i rapporti familiari e sociali in modi più conformi ai costumi e agli istituti greco-orientali.

A mio giudizio, ponendosi queste domande, la storiografia romanistica intercettava un problema reale: scoprire come i diritti locali fossero stati integrati nel diritto dell'Impero e inclusi nel suo ordine giuridico, proprio come i legami di appartenenza alle differenti *civitates* lo erano stati nella comune cittadinanza romana²⁴. Ma, nel farlo, assumeva – quale principale, se non unico, punto di vista – l'opposizione tra Romanità ed Ellenismo. Il secondo – così Pietro Bonfante – adesso irrompe non più regolato, come in passato nel caso del *ius gentium*, dall'opera di prudenti organi nazionali. Al contrario si espande «senza ritegno né direzione,

fra giuristi europei nel tardo Ottocento (cur. M. AVENARIUS, CHR. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO), Tübingen, 2018, p. 55-110, e STOLFI, *Protagonisti e percorsi*, cit., p. 327 ss. e 331 ss., ove altri ragguagli.

²⁰ FALCONE, *Chiazze, Riccobono e i confronti ritrovati*, cit., p. XII ss.

²¹ MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., p. 159 ss.

²² La confusione tra tutori e curatori, l'adozione di un fratello, la nomina a tutrici di donne, la dote come proprietà della moglie, la successione nei contratti nuziali, etc.

²³ Esemplari, in tal senso, di Pietro BONFANTE, *la Storia del diritto romano*, 1 e 2-4 ed. riveduta dall'autore –, Roma, 1934, e, di Emilio ALBERTARIO, *Il diritto privato romano nella sua formazione storica*, Milano, 1927, nonché *l'Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano. Parte prima*, cit.

²⁴ Sul tema si veda, adesso, l'innovativo contributo di José Luis ALONSO, *The Status of Peregrine Law in Egypt: 'Customary Law' and Legal Pluralism in the Roman Empire*, in *JJP*, 43, 2013, p. 351-404, ove ampia letteratura.

travolgendo e rimescolando gli ordini della cultura antica»²⁵. Appaiono sintomatiche alcune espressioni: «lo sfacelo della famiglia romana precipita»²⁶; «lo sfasciarsi dell'antico ordinamento patrimoniale della famiglia»²⁷; «la proprietà romana perde ogni vestigio del suo carattere politico»²⁸; «anche nel campo delle obbligazioni le influenze provinciali svisano gli istituti romani»²⁹; si prepara il terreno alla «dannosa costruzione bizantina della *successio* come concetto generale, distinto ne' due rami, la *successio in res singulas* e la *successio in universum ius*»³⁰; «anche l'antica procedura ... scompare»³¹. Ancor più radicale l'Albertario, per il quale, dopo Costantino, il diritto delle province soverchia il diritto ufficiale dell'Impero³². Pietro Bonfante – nonostante i toni talvolta drammatici del suo periodo – non connota questo processo storico in termini di regresso o di progresso. Anzi, astenendosi dal formulare un giudizio definitivo, scrive: «se nel complesso il diritto nuovo, ch'ebbe la sua conclusione nel *Corpus iuris*, rappresenti un progresso sostanziale sul diritto classico è problema aperto, la cui disamina è forse atta a illuminare quanto v'ha di equivoco, di convenzionale, d'illusorio nell'idea di progresso e in quali termini debba essere intesa. Certo l'evoluzione interna e continuativa del diritto romano è finita; ma nondimeno, di nuovo, la storia del diritto romano offre nella regolare fusione di istituti romani e istituti greco-orientali un esemplare magnifico di azioni e reazioni di elementi disparati e – data la civiltà e la ricchezza di forme giuridiche de' due mondi, italico e orientale – unico esemplare anch'esso nella storia universale del diritto»³³.

Anche Emilio Albertario, l'allievo di Pietro Bonfante che, tra il 1935 e il 1942³⁴, curò la scuola romana e, di conseguenza, la formazione di gran parte dei più giovani studiosi italiani, giudicava non del tutto negativamente la profonda rielaborazione, dopo Costantino, dei contenuti normativi del diritto romano alla luce delle tradizioni e dei principii ellenici e cristiani. Che tutto questo avvenisse, era «fatale»: «e fu anche» – scrive l'Albertario – «per la società medievale e moderna, in cui il diritto romano dominò per tanti secoli, benefico avvenimento. Data la civiltà e la ricchezza di forme giuridiche dei due mondi, italico e greco-orientale,

²⁵ BONFANTE, *Storia*, 2, cit., p. 36.

²⁶ BONFANTE, *Storia*, loc. ult. cit.

²⁷ BONFANTE, *Storia*, 2, cit., p. 37.

²⁸ BONFANTE, *Storia*, 2, cit., p. 39.

²⁹ BONFANTE, *Storia*, 2, cit., p. 40.

³⁰ BONFANTE, *Storia*, 2, cit., p. 41.

³¹ BONFANTE, *Storia*, 2, cit., p. 42.

³² ALBERTARIO, *Introduzione storica allo studio del diritto romano giustiniano. Parte prima*, cit., p. 86.

³³ BONFANTE, *Storia*, 2, cit., p. 36.

³⁴ Si veda M. TALAMANCA, *Un secolo di «Bullettino»*, in *BIDR*, 91, 1988, p. CXXXVII.

queste vaste azioni e reazioni³⁵ di elementi disparati – fenomeno unico nella storia del diritto – furono provvide e salutari»³⁶.

Pietro de Francisci, nel 1920, aveva criticato, nella sua prolusione romana al corso di Papirologia Giuridica (1919-1920), la definizione di ‘diritto romano-ellenico’ per indicare l’ultima fase dell’evoluzione del diritto romano, sottolineando le carenze dell’interpretazione di quanti vedevano in essa la preponderanza dell’elemento greco. Egli enfatizzava, al contrario, l’azione più generale dei diritti nazionali. Nelle province orientali lo stesso greco, a differenza del latino in Occidente, non riuscì neppure a imporsi come unica lingua della liturgia cristiana, efficacemente contrastato dal copto, dal siriano, dall’aramaico e dall’armeno³⁷. Successivamente (in occasione della sua chiamata all’Università di Roma), nella prolusione al Corso di Storia del Diritto Romano (16 dicembre 1924)³⁸, dopo aver proposto una rassegna delle influenze che la filosofia e le istituzioni giuridiche greche avevano esercitato sull’ordine giuridico romano, il de Francisci si riallacciò, sostanzialmente, all’impostazione allora dominante. La legislazione imperiale – a séguito della *constitutio Antoniniana* e, a maggior ragione, delle riforme di Costantino – sarebbe stata deformata e sviata dall’infiltrazione di numerosi elementi stranieri. Soltanto con Giustiniano assisteremmo al tentativo di reagire contro le deformazioni che il diritto romano aveva subito nei secoli precedenti³⁹. Decisiva – a parere del de Francisci⁴⁰ – l’azione delle scuole di diritto orientali anche nelle alterazioni dei contenuti normativi delle opere dei giuristi. Insomma, a suo giudizio, le trasformazioni dell’ordine giuridico romano sarebbero state determinate dall’azione concomitante di fattori economici e sociali (la trasformazione delle basi strutturali dell’economia antica dopo il III secolo d.C.) e di fattori spirituali come il Cristianesimo. La stessa compilazione giustiniana – prodotto, in primo luogo, della teoria e della scuola – proprio per questo non sarebbe riuscita a piegare le persistenti resistenze che incontrò nella sua effettiva applicazione⁴¹.

Questo tema – quello cioè dell’influenza dei diritti greci e orientali sul diritto

³⁵ Si noti, qui, l’impiego della medesima espressione utilizzata da Pietro Bonfante.

³⁶ ALBERTARIO, *Introduzione storica*, cit., p. 107.

³⁷ P. DE FRANCISCI, *La Papirologia nel sistema degli studi di storia giuridica. Prolusione ai corsi di Papirologia Giuridica per l’anno 1919-1920*, Milano, 1920, p. 5-18.

³⁸ P. DE FRANCISCI, *L’azione degli elementi stranieri sullo sviluppo e sulla crisi del diritto romano*, in *AG*, 113/2, 1925, p. 157 ss.

³⁹ DE FRANCISCI, *L’azione degli elementi stranieri*, cit., p. 185 ss.

⁴⁰ DE FRANCISCI, *L’azione degli elementi stranieri*, cit., p. 195 ss. In primo luogo si veda, a tal riguardo, P. COLLINET, *Histoire de l’École de Beyrouth*, Paris, 1925, p. 264 ss.

⁴¹ DE FRANCISCI, *L’azione degli elementi stranieri*, cit., p. 197 ss. Su questa stagione della vita di Pietro de Francisci si veda C. LANZA, *De Francisci, Pietro*, in *Dizionario biografico degli italiani*, 36, Roma, 1988 [http://www.treccani.it/enciclopedia/pietro-de-francisci_(Dizionario-Biografico)/].

romano e viceversa – al centro degli interessi di Raphael Taubenschlag⁴² e, in Italia, di Carlo Alfonso Nallino⁴³, fu poi affrontato *ex professo* da Edoardo Volterra, nella terza parte del suo *Diritto romano e diritti orientali*⁴⁴. Per molte ragioni il suo contributo può considerarsi una compiuta messa a punto delle concezioni dominanti negli anni '20 e '30, in specie di quelle, allora condivise, in Italia, da quasi tutti gli allievi di Pietro Bonfante. La struttura decisamente analitica di tale scritto non ci consente di elencare nel dettaglio i suoi contenuti. L'obbiettivo, cui guardava il Volterra, era – e rimane tuttora – ambizioso: non limitarsi allo studio del solo diritto vigente in Roma, ma tentare di ricostruire, insieme con questo, anche gli altri diritti dell'Impero. Ma tutto ciò – benché tale aspetto non sia particolarmente enfatizzato dal Volterra – finisce inevitabilmente per coinvolgere lo studio della codificazione teodosiana e della compilazione giustiniana, le quali, accanto alle testimonianze che possono ricavarsi dall'esame della documentazione epigrafica e papirologica, dovrebbero fornire i materiali per ricostruire non soltanto il sistema giuridico romano, ma anche i vari diritti locali che, in forme differenti, avrebbero influenzato lo sviluppo del *Reichsrecht*.

Insomma Pietro Bonfante, Pietro de Francisci, Emilio Albertario ed Edoardo Volterra erano tutti concordi sul fatto che quest'incontro o questa fusione tra diritto romano e diritti romano-ellenici avrebbe comportato, prima e dopo Giustiano, una radicale rielaborazione dei contenuti normativi delle opere dei giuristi e, conseguentemente, una miriade di interpolazioni.

Ora nessuno può dubitare della presenza in gran numero di interpolazioni giustiniane nelle fonti della compilazione, sebbene, anche a tal riguardo, occorra pur sempre estrema cautela. Salvatore Riccobono definì un metodo, che – qualunque possa essere criticato per varie ragioni a volte di segno opposto – forniva una preziosa chiave di accesso alla storia del diritto tra III e VI secolo. Ancor oggi si possono proficuamente utilizzare i confronti testuali di Lauro Chiazzeze⁴⁵ – il suo allievo prediletto – che si prese carico di dimostrare, in modo analitico e sul piano della concreta analisi dei testi, le tesi del maestro, prendendo in esame ben 1500

⁴² *Vormundschaftsrechtliche Studien. Beiträge zur Geschichte des römischen und griechischen Vormundschaftsrechts*, Leipzig-Berlin, 1913, *The Law of Greco-Roman Egypt in the Light of the Papyri*, 1-2, New York, 1944-1948, e *Opera minora*, 1-2, Varsavia 1959. Ma su alcune conclusioni del Taubenschlag e, in special modo, sul problema dei caratteri della 'legislazione diocleziana' cfr. le misurate considerazioni di M. AMELOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960, p. 56 ss.

⁴³ Del quale ancor oggi si apprezza la misura nel giudizio: si consulti, a tal riguardo, il vol. IV della sua *Raccolta di scritti editi e inediti*, Roma, 1942, e, soprattutto, l'articolo intitolato *Sul libro siro-romano e sul presunto diritto siriano*, p. 513 ss.

⁴⁴ E. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali*, Bologna, 1937, p. 241 ss.

⁴⁵ FALCONE, *Chiazzeze, Riccobono e i confronti ritrovati*, cit., p. V-XXIV.

casi in cui uno stesso passo è pervenuto in versioni duplici o multiple. In massima parte le alterazioni riguardavano solo l'assetto esteriore dei testi. Le stesse interpolazioni cosiddette sostanziali non introducevano innovazioni normative elaborate nelle scuole orientali o recepite dalla prassi provinciale, ma si limitavano, quasi sempre, a sancire soluzioni già affacciate nel dibattito giurisprudenziale. Di conseguenza interpolazioni ed emendamenti giustinianeî (cfr. *const. Tanta* § 10), presenti certo in gran numero, devono essere individuati con estrema circospezione. Qualora valutassimo le posizioni del Riccobono con gli occhi del presente, dovremmo certamente convenire col fatto che occorra fare un uso molto limitato dei cosiddetti indizi linguistici. A tal riguardo Jan Lokin⁴⁶ ha giustamente ribadito, qualche anno fa, che scoprire interpolazioni linguistiche appartiene alla competenza specialistica di filologi con profonde conoscenze del latino tardo. Per gli emendamenti dogmatici è probabile – egli sostiene – che i compilatori dovessero chiedere un'autorizzazione specifica all'imperatore caso per caso. Qualora manchi, a raffronto, una costituzione giustiniana, databile tra il 530 e il 533, bisogna procedere con estrema cautela prima di indicare un'interpolazione, sebbene non si possa escluderla aprioristicamente la presenza, perché, come ricorda il Lokin, esistono esempi di cambiamenti dogmatici ('*fiducia*' in '*pignus*': già compiutamente colto da Otto Gradenwitz⁴⁷) rispetto ai quali non disponiamo della costituzione d'autorizzazione. Inoltre – rileva Fausto Gorìa⁴⁸ – bisogna tener costantemente conto delle esigenze della prassi di cui si fecero certamente paladini gli avvocati presenti in gran numero tra i compilatori.

Ovviamente chi si propone di ricostruire il pensiero di un certo giurista piuttosto che il regime normativo di un istituto, dovrebbe costantemente valutare queste premesse, quantunque sia opportuno segnalare come, in realtà, siano le cesure,

⁴⁶ J.H.A. LOKIN, *Il futuro della critica interpolazionistica. Riflessioni sulla costituzione «Tanta 10»*, in *Il tardoantico alle soglie del 2000. Atti del V Congresso nazionale dell'Associazione di Studi Tardoantichi* (cur. G. LANATA), Pisa, 2000, p. 65 ss. Ultimamente, del medesimo autore, si veda *Critica testuale e 'interpolazioni mancate'*, in *AUPA*, 62, 2019, p. 299 ss.

⁴⁷ Sul punto, con ulteriori ragguagli, si veda B. NOORDRAVEN, *Die fiducia im römischen Recht*, Amsterdam, 1999, p. 17 ss.

⁴⁸ F. GORÌA, *Che cosa potevano fare i Compilatori?*, in *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' e della 'Presentazione del terzo volume dei Iustiniani Digesta seu Pandectae Digesti o Pandette di Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani* (Trento, 14 e 15 dicembre 2007) (cur. M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI), Trento, 2011, p. 139-149. Ma occorre, quantomeno, segnalare i contributi di D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto fra passato e futuro*, *ivi*, p. 151-171, e di R. LAMBERTINI, *Interpolazioni nei Digesta. Dichiarazioni di Giustiniano, esperienze di ricerca*, *ivi*, p. 3-27. Accenti polemici nei confronti del contributo di Mantovani in M. VARVARO, *La storia del 'Vocabolarius Iurisprudentiae Romanae' I. Il progetto del vocabolario e la nascita dell'interpolazionismo*, in *Quaderni Lupiensis di Storia e Diritto*, 7, 2017, p. 251-335, in particolare p. 256 ss. e nt. 24.

cui i testi furono sovente sottoposti, a rappresentare l'ostacolo più arduo da superare, non già le interpolazioni formali più o meno presunte. Il confronto tra i passi dei *libri ad edictum* e *ad Sabinum* di Ulpiano – trasmessici, da un canto, dalla *Collatio* e dai *Vaticana Fragmenta*, dall'altro dal Digesto – vale, di per sé stesso, come un 'caveat'. Quando si verifica che nella versione della *Collatio*⁴⁹ o dei *Vaticana Fragmenta*⁵⁰, Ulpiano si dilunga in digressioni approfondite del pensiero giurisprudenziale su un determinato problema, tutto ciò deve indurci alla cautela nell'esame di quei passi del Digesto nei quali egli esaurisce, in due o tre righe o anche meno talvolta, un tema che si può presumere fosse di *ius controversum*. In alcune circostanze siamo addirittura certi del fatto che a un giurista si attribuisce un'opinione invero non coincidente con la sua: lo si constata, per esempio, in D. 27.1.18, Ulp. 20 ad l. Iul. et Pap.⁵¹, ove lo si confronti con *Vat. frg.* 197-199, Ulp. *liber de officio praetoris tutelaris*⁵².

2. Certamente confligge con la sensibilità storica contemporanea la rigida contrapposizione tra fattori esterni e fattori interni di sviluppo del diritto nei secoli IV e V, una dicotomia utilizzata, in Italia, da Pietro Bonfante, da Emilio Albertario e da Pietro de Francisci, e, sebbene si collocasse sull'opposta barricata, condivisa in fondo anche da Salvatore Riccobono. In effetti, a confronto dell'altra, la visione di

⁴⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *I passi di Ulpiano 18 ad edictum comuni alla Collatio e al Digesto* (1962), ora in *Scritti di diritto romano*, 4, Napoli, 1977, p. 315 ss. Cfr., per esempio, Coll. 12.7.9 con D. 9.2.27.11. In D. 9.2.27.12 scompare l'elegante discussione sugli opposti avvisi di Proculo e Celso che si legge, invece, nella *Collatio*. Si veda, inoltre, E. STOLFI, *Citazioni e 'dissensiones prudentium' nelle tradizioni dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni*, in *Studi A. Metro*, 6, Milano, 2010, p. 107 ss. e 204 ss., a proposito del confronto tra Coll. 7.3.2-3 e D. 9.2.5.

⁵⁰ G. ARICÒ ANSELMO, *La tradizione civilistica. Alcune riflessioni su Vat. 75 e 76*, in *AUPA*, 45/1, 1998, p. 69 ss., ove altri ragguagli.

⁵¹ D. 27.1.18: '*Bello amissi ad tutelae excusationem prosunt: quaesitum est autem, qui sunt isti, utrum hi, qui in acie sunt interempti an vero omnes omnino, qui per causam belli parentibus sunt abrepti, in obsidione forte. melius igitur probabitur eos solos, qui in acie amittuntur, prodesse debere, cuiuscumque sexus vel aetatis sint: hi enim pro re publica ceciderunt*'.

⁵² *Vat. frg.* 197-199: '*An bello amissi a tutela excusare debeant? nam et in fascibus sumendis et in iudicandi munere pro superstitionibus habentur, ut lege Iulia de maritandis ordinibus de fascibus sumendis et publicorum kapite XXVI, item privatorum kapite vicesimo VII de iudicando cavetur. et puto constituendum, ut et a tutelis excusent; proinde sive tres bello amiserit sive unum duosve, pro superstitionibus cedent. Sed utrum soli filii an et nepotes debent prodesse? subsistendum, quoniam lex quidem privatorum kapite XXVII 'ex se natos' appellat, lex vero publicorum kapite XXVI liberorum facit mentionem. puto tamen eandem esse aequitatem in nepotibus, qui in locum filiorum succedunt, quae est in filiis. Utrum in acie dumtaxat amissus an tempore belli amissus prosit? Aristo in acie amissum dumtaxat; ego puto per tempus belli amissum debere prodesse, ne publica strages patri noceat*'. Nel passo del Digesto, rielaborato dai compilatori, si accede alle conclusioni di Aristone, rigettate invero, se diamo credito alla versione dei *Vaticana Fragmenta*, da Ulpiano.

quest'ultimo parrebbe ancor meno disposta a incrociare la storia del diritto con lo studio della storia sociale. È certo che quest'eminente studioso non tenesse adeguatamente in conto l'esigenza di misurarsi con la peculiare realtà economica e politica che caratterizza ciascuna epoca. Nei suoi *Lineamenti di storia delle fonti*⁵³ – diversamente, invero, dall'*Introduzione allo studio del diritto romano* di Lauro Chiazzese⁵⁴ (ove si fornisce agli studenti di diritto un'ampia messe di informazioni sulla storia sociale ed economica di Roma antica⁵⁵) – si incontrano affermazioni⁵⁶, francamente sorprendenti per banalità, sul marxismo, il cosiddetto materialismo storico e su ogni tentativo di deduzione sociale delle categorie di pensiero⁵⁷. Dalle sue pagine non emerge un'adeguata riflessione sulle specifiche peculiarità che connotano la storiografia giuridica. Si percepisce un'assoluta devozione al diritto romano – ciò che il suo grande allievo Riccardo Orestano ha definito «l'ideologia del diritto romano»⁵⁸ – ossia l'esaltazione del diritto romano come fulcro di civiltà e il dovere di «elaborare i suoi valori eterni» – avrebbe detto Paul Koschaker⁵⁹ – che «consistono nei suoi concetti giuridici e nella loro evoluzione». In questo senso (ma solo in questo senso) la battaglia di Salvatore Riccobono è stata – osservò Mario Talamanca⁶⁰ – una battaglia di retroguardia, una reazione ideologica volta a trovare, in primo luogo nella 'giurisprudenza classica', il metro di validità dei problemi attuali del diritto. Non di meno – quantunque non si possa far nostra la sua

⁵³ S. RICCOBONO, *Lineamenti di storia delle fonti e del diritto romano. Compendio dei corsi di storia e d'esegesi del diritto romano*, Milano, 1949, p. 181 ss.

⁵⁴ Cito dalla ristampa del 1944 (ed. originale 1931): L. CHIAZZESE, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Palermo, 1944, p. 44 ss., 79 ss. e 205 ss.

⁵⁵ Anche attraverso il confronto con la allora ancor recente *Storia economica e sociale dell'Impero romano* di Michail Rostovzev.

⁵⁶ Comprensibili, invero, anche alla luce del particolare clima politico degli anni '40 del XX secolo e della netta chiusura della Chiesa di quel tempo a ogni forma di dialogo con il marxismo. Si tenga conto, inoltre, che queste lezioni furono dettate agli studenti dei corsi tenuti presso il *Pontificium Institutum utriusque iuris* e pubblicate, in prima edizione, nel 1942.

⁵⁷ Non risulta proprio che il Riccobono avesse qualche effettiva conoscenza, sia pure indiretta (per esempio attraverso la mediazione dei volumi di Giovanni Gentile e di Benedetto Croce), dell'opera di Marx.

⁵⁸ R. ORESTANO, *L'animus di Salvatore Riccobono*, in *Diritto. Incontri e scontri*, Bologna, 1981, p. 720. Quanto a tale attitudine di Salvatore Riccobono, esemplare il suo *Roma madre delle leggi*, in *BIDR*, 57-58, 1953, p. 1 ss.

⁵⁹ P. KOSCHAKER, *Europa und das römische Recht*, unv. Aufl., München-Berlin, 1958, trad. it. – *L'Europa e il diritto romano* –, Firenze, 1962, p. 139 ss. e 596 ss. Sul punto rinvio al bel volume di T. BEGGIO, *Paul Koschaker (1879-1951). Rediscovering the Roman Foundations of European Legal Tradition*, Heidelberg, 2018, in particolare p. 173 ss., ove altri opportuni ragguagli.

⁶⁰ M. TALAMANCA, *La romanistica italiana tra Otto e Novecento*, in *Index*, 23, 1995, p. 159 ss. Sui contrasti, anche accademici, con Emilio Albertario, si veda sempre ID., *Un secolo di «Bullettino»*, cit., p. CXXIII ss.

ideologia del diritto romano – il Riccobono, guardando alla foresta e non al singolo albero, riuscì a percepire, meglio di tutti gli altri studiosi contemporanei, alcune regolarità di fondo del suo sviluppo e, dunque, della sua autentica storia. Forse vi fu, negli ultimi anni della sua vita, un *revirement*⁶¹, un'apertura metodologica, cioè, verso impostazioni più concrete ed appaganti⁶². In effetti, tuttavia, già nel *De fati iuris Romani*⁶³ (come ha segnalato Ugo Bartocci)⁶⁴, il Maestro palermitano aveva riallineato i suoi criteri di analisi storiografica a quelli compiutamente indicati dagli studiosi fin dalla seconda metà del XIX secolo, proponendosi, se vogliamo adoperare le parole di Guido Padelletti, di «cogliere ... il legame intimo fra le diverse parti del diritto, e fra questo e le condizioni economiche, sociali e morali di un'epoca determinata»⁶⁵. Insomma, nella prospettiva del Riccobono – quantunque egli non riesca a definire compiutamente i presupposti della propria metodologia –, l'isolamento del diritto non dovrebbe mai essere fine a sé stesso, ma rispondere costantemente all'obiettivo di individuare la specificità delle norme e delle loro fonti di produzione in un determinato contesto sociale⁶⁶.

⁶¹ Così, sulle orme di Riccardo Orestano, A. MANTELLO, *La giurisprudenza romana tra nazismo e fascismo*, in *Quaderni di Storia*, 13/25, 1987, p. 23 ss., in particolare p. 51 ss.

⁶² *Il problema attuale più arduo della storia del diritto romano* (1953), rist. in *Labeo*, 31, 1985, p. 187 ss.

⁶³ In *BIDR*, 45-46, 1951, p. 353 ss.

⁶⁴ BARTOCCI, *Salvatore Riccobono il diritto romano*, cit., p. 123 ss. Sul tema si tenga conto anche degli acuti rilievi di M. VARVARO, *Gli «studia humanitatis» e i «fata iuris Romani» tra fascio e croce uncinata*, in *Index*, 42, 2014, p. 643-661.

⁶⁵ Ho citato un brano della lettera dedicatoria di Guido Padelletti a Filippo Serafini, pubblicata nell'esordio della sua *Storia del diritto romano* (1878), ried. an., con presentazione di R. MARTINI, Camerino, 1982, p. VI-VII.

⁶⁶ E, in effetti, noi sappiamo che la storia del diritto – diversamente da quel che, nel 1963, asserì provocatoriamente Arnaldo Momigliano – ha un suo specifico statuto e, perciò, una sua peculiare autonomia rispetto alla storia politica e alla storia sociale. Di conseguenza, una storia del diritto, che assumesse a proprio oggetto soltanto i cambiamenti o gli eventi, valutati esclusivamente nella loro puntiforme singolarità, perderebbe di vista l'essenziale: le strutture delle quali anche i cambiamenti sono solo un modo di adattarsi al tempo. Infatti la storia del diritto guarda (dovrebbe guardare) prioritariamente alla lunga durata. Va respinta, pertanto, una visione della sua storia per la quale le norme sono solo un riflesso delle realtà sociali; una visione che, in effetti, ignora come anche le prime abbiano una propria storia e proprie funzioni. Ogni prospettiva storiografica, che aggiri o non tenga conto di queste premesse, rappresenta, al di là delle apparenze, una regressione. E tale fu, in fondo, l'insistere, oltre il lecito, su presunti fattori di sviluppo del diritto romano o di quello italiano: l'ellenismo in un caso, la romanità o il germanesimo nell'altro. Una riflessione su questi temi, con ulteriori ragguagli bibliografici, in V. MAROTTA, *La 'rivoluzione giuridicamente permanente'. A proposito di una famosa formula mommseniana*, in *Legal Roots*, 7, 2018, p. 25-52, in particolare 35 ss., e *La solitude di Yan Thomas*, in Y. THOMAS, *La Mort du père: Sur le crime de parricide à Rome*, Paris, 2017, trad. it. – *La morte del padre* –, Macerata, 2023, p. 315-321.

Salvatore Riccobono aveva compreso che giuristi e legislatori non procedettero per linee interne solo per conservatorismo. L'innovazione nella continuità – che contrassegnava a suo giudizio la storia del diritto tra Diocleziano e Giustiniano – impone, allorché occorra corrispondere a nuove esigenze, di muoversi esclusivamente nel quadro della tradizione del sapere giuridico. La sua enfasi sul contributo del *ius honorarium* e sulla sua fusione con il *ius civile* può disorientare solo chi non pone sufficiente attenzione a queste premesse. È davvero solo un caso – consideriamo, per esempio, quel che emerge anche da alcune costituzioni tardoantiche – se, in materia di diritto di famiglia e di diritto delle successioni, si adoperava talvolta un artificio come la *fictio*, un meccanismo che permette l'innovazione senza, al contempo, contestare l'intangibilità dei principii del *ius*⁶⁷?

Oggi, invece, meno persuasive appaiono le sue riflessioni sulle presunte conseguenze della cosiddetta abolizione dell'uso delle *formulae* a opera di Costanzo II (nel 342)⁶⁸. A suo giudizio, essa avrebbe provocato la sostanziale, reciproca compenetrazione del *ius civile* con il *ius praetorium*. Ogni distinzione tra *actio directa* e *actio utilis* avrebbe perso senso, perché ormai nei giudizi straordinari, una volta fusi insieme il sistema del diritto civile e quello del diritto onorario, l'impiego dell'una o dell'altra azione avrebbe comportato i medesimi effetti⁶⁹.

In realtà – sebbene Salvatore Riccobono insistesse su questo punto – probabilmente così non è. Le testimonianze disponibili, a tal riguardo, risultano senz'altro scarse. Ma si può comunque mostrare come la terminologia '*actio utilis*' fosse, per esempio, ancora in uso nella cancelleria di Onorio⁷⁰.

⁶⁷ Sul punto opportuni rilievi in MANTOVANI, *Diritto e storia tardoantica*, cit., p. 400 ss.

⁶⁸ C.I. 2.57.1: '*Constantinus et Constans AA. Marcellino praesidi Phoenice. Iuris formulae aucupatione syllabarum insidiantes cunctorum actibus radicitus amputentur*'.

⁶⁹ RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano. Parte II*, cit., p. 216 ss.

⁷⁰ C.Th. 2.32.1: '*Honorius et Theodosius AA. Ioanni PP. Post alia: Hoc quoque creditoribus non negamus, ut, si liber a rationibus fuerit, quas regebat, inventus actor, servus procuratorve praediorum, utilis actio pateat de peculio et cetera. Data V. Id. Iul. Ravenna, Honorio XIII et Theodosio X. AA. cons.*'; C.Th. 2.31.1: '*Honorius et Theodosius AA. Ioanni PP. Post alia: Dominos ita constringi manifestum est actione praetoria, quae appellatur quod iussu, si certam numerari praeceperint servo actorive pecuniam. Igitur in perpetuum edictali lege sancimus, ut, qui servo, colono, conductori, procuratori actorive possessionis pecuniam commodat, sciat, dominos possessionum cultoresve terrarum obligari non posse. Neque familiares epistolas, quibus homines plerumque commendantur absentium, in id trahere convenit, ut pecuniam quoque, quam non rogatus fuerat, impendisse se pro praediis mentiatur: cum, nisi specialiter, ut pecuniam commodet, a domino fuerit postulatus, idem dominus teneri non possit; creditaque quantitate mulctari volumus creditores, si huiusmodi personis non iubente domino, nec fideiussoribus specialiter acceptis fuerit commodata pecunia. Data V. Id. Iul. Ravenna, Honorio XIII et Theodosio X. AA. cons.*'. Parrebbe che la cancelleria, innanzi al tenore della formula dell'*actio de peculio*, sottolineasse che, in tale circostanza, si dovrebbe in parte modificarne il contenuto, prospettando, di

Su questo versante, la costituzione di Costanzo II non rappresenta un'autentica cesura: in effetti già da tempo, nella *cognitio extra ordinem*, le *formulae* erano adoperate esclusivamente come un paradigma di riferimento, senza lasciarsi più avviluppare dal loro tenore verbale, soprattutto quando ragioni cogenti (in primo luogo l'*utilitas publica* o l'*aequitas*) imponessero di tutelare determinate situazioni. Proprio per questo non è detto che si debba attribuire, per intero, ai compilatori giustinianeî il contenuto di Paul 1 *sent.*, D. 3.5.46 (*Paul Sent.* 1.4.10). Ritengo, al contrario, che al Maestro delle *Pauli Sententiae* appartengano, quanto meno, le parole '*quia ... effectum*':

Actio negotiorum gestorum illi datur, cuius interest hoc iudicio experiri. Nec refert directa quis an utili actione agat vel conveniatur, quia in extraordinariis iudiciis, ubi conceptio formularum non observatur, haec supilitas supervacua est, maxime cum utraque actio eiusdem potestatis est eundemque habet effectum.

Qui si incontra il problema della sopravvivenza delle *formulae iudiciorum* al di fuori dell'*agere per concepta verba*. Nel concreto operare dei giuristi romani della repubblica e del principato, le aspettative delle parti dovevano essere commisurate ai principii desumibili dal confronto con il tenore della formula prescelta e quello delle formule affini. Sono convinto anch'io – sulla scorta di alcuni rilievi formulati negli anni '60 del secolo scorso da Arnaldo Biscardi⁷¹ – che esse sopravvissero nella *cognitio extra ordinem*. La tradizione delle formule processuali – azioni, eccezioni, etc. – si conservò nei repertori in uso per la pratica giudiziaria, come riferimento delle parti e, soprattutto, come falsariga delle istruzioni con le quali il titolare della *iurisdictio* affidava la decisione delle liti ai suoi delegati. In effetti l'esame di alcuni passi paolini e ulpianeî dimostra che, nella *cognitio extra ordinem*, il tenore verbale delle *formulae iudiciorum* costituiva pur sempre la premessa a partire dalla quale si

conseguenza, una sorta di *actio decretalis* (di *actio* concessa per una specifica fattispecie – *actio in factum*).

⁷¹ A. BISCARDI, *Nuove testimonianze di un papiro arabo-giudaico per la storia del processo provinciale romano*, in *Studi G. Scherillo*, 1, Milano, 1972, p. 111 ss. e 144 s., e *Un processo di tutela nell'Arabia Petrea (125-132 d.C.)*, in *Aspetti del fenomeno processuale nell'esperienza giuridica romana* 2, Milano, 1978, p. 178 ss., in particolare 229 s. In tal senso, adesso, anche P. BIANCHI, *Sui Fragmenta Augustodunensia e il processo*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII, II. Studi sulle fonti*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, p. 1 ss., in particolare 45 ss. Quantunque non condivida tutte le sue congetture, spunti di notevole interesse, a tal riguardo, si ritrovano nei contributi di G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Costanzo e Costante hanno davvero abolito il processo formulare?*, in *RDR*, 1, 2001, 1-9 (estr.), e *Presentazione*, in *Ravenna Capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII, I. Saggi*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2015, p. 9 s.

procedeva alla qualificazione giuridica del caso⁷². Limiti e ragioni del *ius honorarium* – lo sottolineò anche Salvatore Riccobono – erano ben valutati, quando un principio d'ordine superiore – l'*utilitas publica* per esempio – imponesse al giudice della *cognitio extra ordinem* una deroga rispetto al *ius* sancito dal pretore. Paolo⁷³, per esempio, riferisce che un certo Tiziano Primo aveva preposto uno schiavo a concedere prestiti garantiti da pegni. Questi, oltre a tale *negotiatio*, ne svolgeva solitamente anche altre, come quella di fornire credito agli acquirenti dai commercianti d'orzo, fungendo da delegato dei primi nei confronti dei secondi⁷⁴. A un certo momento questo schiavo fuggì e un commerciante, cui egli era stato delegato a 'dare pretium', convenne in giudizio il padrone con l'*actio institoria*. Costui, innanzi al tribunale del *praefectus annonae*, rilevò che la funzione creditizia svolta dallo schiavo fra acquirenti e commercianti d'orzo esulava dalla *praepositio*: ciò avrebbe escluso *in limine* la possibilità di rifarsi al modello dell'*actio institoria* e al conseguente principio della responsabilità *in solidum*. Tuttavia, dal momento che risultava provato l'esercizio di altre *negotiationes* da parte del *servus* e che questi aveva svolto il ruolo di *delegatus* di molti acquirenti per i quali aveva pagato il prezzo, il *praefectus* emanò una sentenza sfavorevole al *dominus*.

In sede di appello, nella discussione *in consilio*, alcuni giuristi e Paolo⁷⁵, in particolare, tentarono di sottolineare che il pagamento da parte dello schiavo poteva configurarsi come conseguenza di una sorta di fideiussione e non come assunzione di debiti altrui. Pertanto, secondo il giurista, l'esercizio dell'azione contro il

⁷² Mi permetto di rinviare a V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I.IV d.C.)*. Studi di diritto pubblico romano, Torino, 2016, p. 83 ss.

⁷³ Paul. 1 Decret., D. 14.5.8: 'Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se conveniri posse, quia non in eam rem praepositus fuisset. cum autem et alia quaedam gessisse et horrea conduxisse et multis solvisse idem servus probaretur, praefectus annonae contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse. sed quia videbatur in omnibus eum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator'. Si vedano E. HÖBENREICH, *Annona. Juristische Aspekte der Stadtrömischen Lebensmittelversorgung im Prinzipat*, Graz, 1997, in particolare p. 143 ss., M.G. RIZZI, *Imperator cognoscens decrevit. Profili e contenuti dell'attività giudiziaria imperiale in età classica*, Milano, 2012, p. 381-394, e J.-P. CORIAT, *Les constitutions des Sévères. Règne de Septime Sévère*, 1, Roma-Paris, 2014, p. 324-326 n. 135, ove altra bibliografia.

⁷⁴ La figura a cui si allude è, dunque, quella della *delegatio promittendi*.

⁷⁵ Sui *libri decretorum* si veda, adesso., E. DAALDER, *The Decreta and Imperiales Sententiae of Julius Paulus: Law and Justice in the Judicial Decisions of Septimius Severus*, in *The Impact of Justice on the Roman Empire. Proceedings of the Thirteenth Workshop of the International Network Impact of Empire* (Gent, June 21-24, 2017) (cur. O. HEKSTER, K. VERBOVEN), Leiden-Boston, 2019, p. 49-67.

padrone, in assenza di un suo specifico incarico, non risultava la soluzione tecnicamente migliore. Al contrario, a suo giudizio, sarebbe stato preferibile agire contro il compratore: in effetti ‘*non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse*’. Anche Paolo, dunque, pare disposto a superare i limiti del diritto esistente, lì dove suggerisce una soluzione che avrebbe imposto, nel quadro del processo formulare e dell’autentico *ius praetorium*, la concessione di un’apposita azione decretale, ma non fino al punto di stravolgere la disciplina dell’*actio institoria*, lasciando allo stesso tempo indenne il compratore dell’orzo. Severo non tenne conto di tali rilievi, confermando, perciò, la sentenza del *praefectus*. Nel farlo, egli si basò sul presupposto che il *dominus*, proprio perché aveva sostituito a sé il *servus* in tutte le attività anche al di fuori della *praepositio*, avrebbe sostanzialmente manifestato la propria volontà di estenderne anche a queste il contenuto, dovendo considerarsi responsabile in base all’*actio institoria*.

L’imperatore non si limitò a contraddire l’avviso dei suoi consiglieri, ma si spinse molto oltre. A differenza del giudice del processo *per concepta verba*, sempre vincolato al testo della *formula*, in questo caso il *praefectus annonae* e il *princeps* poterono tener conto – senza lasciarsi condizionare dal rispetto dei principii del *ius praetorium* e dal tenore verbale del *iudicium* – dello specifico profilo dell’affidamento dei terzi. In altre parole, nel processo *per formulas*, in assenza del nostro ‘principio di sostanziazione dell’azione’⁷⁶, il problema dell’affidamento dei terzi avrebbe potuto essere eventualmente risolto nella fase *in iure*, mediante la stesura di un *iudicium* che, rispetto al tenore verbale della *formula* dell’*actio institoria* o di un’altra *actio edictalis* e ai presupposti che disciplinavano la loro concessione, consentisse al giudice di valutare, assieme alla *negotiatio* che si realizzava con il concedere prestiti garantiti da pegni, anche quella di fornire credito agli acquirenti dai commercianti d’orzo. Operazione che – come appare evidente – avrebbe presupposto la previa emanazione di un *decretum* da parte del magistrato giudicante e, di conseguenza, un’adeguata scelta dei *verba* dell’apposita *formula iudicii* corrispondente all’*actio in factum* (*actio decretalis*). Detto diversamente, nei processi cognitivi, ove, come scrive l’autore delle *Pauli Sententiae*, «non si rispetta lo schema di redazione delle formule»⁷⁷, può finalmente operare il ‘principio della sostanziazione dell’azione’, secondo il quale la presentazione dei fatti è sufficiente a fondare la domanda quando essa giustifica la pretesa sotto un qualsiasi profilo giuridico. Ma inevitabilmente, così facendo, i contorni degli enti giuridici – quantunque, in

⁷⁶ Ho affrontato questo problema in GIACHI, MAROTTA, *Diritto e giurisprudenza*, cit., p. 289 ss. e 344 ss., V. MAROTTA, *Origine e natura della moneta in un testo di Paolo: D. 18.1.1 (33 ad edictum)*, in *Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi* (cur. CHR. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI), Trento, 2012, p. 161-205, in particolare 199 ss.

⁷⁷ Paul. 1 Sent., D. 3.5.46.

tal modo, si riesca talvolta a corrispondere meglio ai fini della giustizia sostanziale – risultano meno definiti di quanto i giuristi – Paolo in questo caso – vorrebbero.

La decisione imperiale si iscrive, perfezionandolo ulteriormente, in un preciso indirizzo normativo. Come è noto, il trasporto del grano a Roma era lasciato in mani private: i mercanti ricevevano solo un modesto sussidio per rifornire la città⁷⁸, ma, proprio per questo, occorre, al contempo, garantire una più pervasiva tutela dei loro interessi nelle *cognitiones extra ordinem*. Insomma, quando era in gioco il superiore interesse pubblico dell'*annona*, si violavano impunemente i confini del *ius praetorium*. Lo ricordò esplicitamente Ulpiano nel suo commento all'editto, sottolineando che il *praefectus annonae* e, nelle province, i governatori erano soliti, a motivo dell'incarico dell'*annona*, venire in soccorso *extra ordinem* degli armatori per i contratti conclusi dai comandanti delle navi:

Ulp. 28 ad ed. D. 14.1.1.17-18: Est autem nobis electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus. Sed ex contrario exercenti navem adversus eos, qui cum magistro contraxerunt, actio non pollicetur, quia non eodem auxilio indigebat, ... solet plane praefecti propter ministerium annonae, item in provinciis praesides provinciarum extra ordinem eos iuvare ex contractu magistrorum⁷⁹.

La decisione di Settimio Severo⁸⁰, sia pur implicitamente, si giustifica alla luce del principio dell'affidamento dei terzi⁸¹: ma se in tale circostanza quest'ultimo trovò tanto spazio, da imporsi sulle stesse regole del *ius praetorium*, fu soprattutto perché le *negotiationes* del *servus* di Titianus Primus avevano interferito con la gestione del rifornimento annonario di Roma, ossia con un profilo rispetto al quale l'*utilitas publica* doveva prevalere su ogni altro di tipo di considerazione.

Dunque la cosiddetta abolizione delle formule, decisa da Costanzo e da Co-

⁷⁸ Sul rifornimento granario delle città dell'Impero e di Roma, in particolare, si vedano G. RICKMAN, *The Corn Supply of Ancient Rome*, Oxford, 1980, P. GARNSEY, *Famine and Food Supply in the Graeco-Roman World. Responses to Risk and Crisis*, Cambridge, 1988, p. 218 ss., e P. ERDKAMP, *The Grain Market in the Roman Empire: A Social, Political and Economic Study*, Cambridge, 2005.

⁷⁹ HÖBENREICH, *Annona*, cit., p. 91 ss.

⁸⁰ Il biografo dell'*Historia Augusta* – Sev. 23.2: '*moriens septem annorum canonem, ita ut cotidiana septuaginta quinque milia modium expendi possent, reliquit; olei vero tantum, ut per quinquennium non solum <urbis> usibus, sed et totius Italiae, quae oleo eget, sufficeret*' – sottolinea Settimio Severo si era preoccupato così assiduamente del rifornimento annonario di Roma che, dopo la sua morte, i magazzini conservavano una quantità di grano sufficiente a sfamare la città per sette anni.

⁸¹ RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Formazione e sviluppo del diritto romano dalle XII tavole a Giustiniano. Parte II*, cit., p. 411 s. Ma il Maestro palermitano si limita a individuare nello sviluppo della vita commerciale la ragione ultima di una più ampia tutela dei terzi nel caso riferito da Paolo in 1 Decret., D. 14.5.8.

stante (a. 342⁸²), non va intesa come una loro totale eliminazione. Il vero intento dei *principes* fu probabilmente un altro: responsabilizzare i titolari dei poteri cognizionali, i quali, indipendentemente dalla qualificazione giuridica prospettata dall'attore e dal convenuto, sarebbero stati investiti, adesso, del dovere di garantire anche alle parti, che avessero indicato una *formula iudicii* inidonea, la giustizia sostanziale, procedendo *ex officio* sulla scorta di un riesame complessivo dei mezzi di tutela forniti dall'ordinamento.

3. Sebbene, in apparenza, la categoria di 'Vulgarrecht'⁸³, rispetto a quella di 'diritto postclassico', assuma una differente conformazione, anch'essa, almeno implicitamente, finisce per disconoscere l'autonomia del tardoantico. In tal modo, in effetti, ancora una volta si elabora una nozione oppositiva, che, come tale, implica l'esistenza di un modello stilistico anteriore, cui commisurare l'esperienza giuridica

⁸² C.I. 2.57.1: cfr. *supra*, nt. 68.

⁸³ Si può procedere dall'inchiesta a puntate promossa dalla redazione di *Labeo* a partire dagli anni '60 dello scorso secolo, con contributi di Max KASER, Alvaro D'ORS, Erwin SEIDL, Giuseppe GROSSO, Juan IGLESIAS, Arthur SCHILLER: *Il volgarismo e il diritto postclassico*, in *Labeo*, 6, 1960: *Inchiesta. Prima puntata* (M. KASER, A. D'ORS, E. SEIDL), p. 228 ss.; *Seconda puntata* (G. GROSSO, J. IGLESIAS, A.A. SCHILLER) p. 358 ss.; *Labeo*, 7, 1961: *Terza puntata* (C. SANCHEZ DEL RIO; H. LÉVY-BRUHL), p. 55 ss.; *Quarta puntata* (G.G. ARCHI) p. 210 ss.; *Quinta puntata* (T. MAYER-MALY) p. 349 ss. La questione di principio dibattuta concerneva la possibilità, in generale, di attribuire a un qualsiasi ordinamento normativo il termine «volgare». Imprescindibili le indagini condotte sul tema da F. WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955, *Vulgarismus und Klassizismus im römischen Recht der ausgehenden Antike*, in *Studi P. de Francisci*, 3, Milano, 1956, p. 117 ss., *Nochmals über Vulgarismus. Ein Diskussionsbeitrag*, in *Studi E. Betti*, 4, Milano, 1962, p. 509 ss., *Allgemeine Zustände*, cit., p. 5 ss., e *Recht und Gesellschaft in der Spätantike*, Stuttgart, 1964, p. 37 ss. Cfr. inoltre J. GAUDEMET, *A propos du «droit vulgaire»*, in *Studi B. Biondi*, 1, Milano, 1965, p. 271 ss. (secondo il quale il 'diritto volgare' – lungi dall'essere sinonimo di decadenza – introducesse soluzioni nuove), D. SIMON, *Marginalien zur Vulgarismuskussion*, in *Festschrift F. Wieacker*, Göttingen, 1978, p. 154 ss.; F. WIEACKER, «Diritto volgare» e «volgarismo». *Problemi e discussioni*, in *AARC*, 4, Perugia, 1981, p. 511 ss. (ove lo studioso ha sottoposto a revisione critica alcuni suoi precedenti punti di vista, tentando di definire meglio i confini del concetto di 'Vulgarrecht'), M. TALAMANCA, *L'esperienza giuridica romana nel Tardo-Antico fra volgarismo e classicismo*, in *Le trasformazioni della cultura nella Tarda Antichità*, Atti del Convegno tenuto a Catania, Università degli Studi (27 sett. - 2 ott. 1982) (cur. C. GIUFFRIDA, M. MAZZA), 1, Catania 1985, p. 27 ss., G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino, 1991, p. 720 ss., D. VERA, *Trent'anni dopo la morte del Vulgarrecht (a proposito di un libro recente sul diritto tardoantico)*, in *Athenaeum*, 79, 1991, p. 248 ss., A. GUARINO, «Vulgarismus» e diritto volgare, in *Pagine di diritto romano*, 1, Napoli, 1993, p. 363 ss. (ove si raccolgono scritti apparsi in precedenza in *Labeo*), e M. TALAMANCA, *Il diritto nelle epoche postclassiche*, in *Collatio iuris Romani. Études H. Ankum*, Amsterdam, 1995, p. 544 ss. Ulteriori rilievi in M. BRETONE, *Storia del diritto romano*⁵, Roma-Bari, 1998, p. 475 ss. Un'ampia rassegna bibliografica in L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardoantico: alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 22 ss. e nt. 59.

del Tardo Impero⁸⁴. Tutto sommato, dunque, non sbaglia chi giudica piuttosto reticente quest'espressione⁸⁵.

Ma del diritto volgare si potrebbe dire, parafrasando il noto adagio del Meta-stasio sull'Araba Fenice, 'che vi sia ciascun lo dice, cosa sia nessun lo sa'.

Coincide forse con quel diritto vivente di cui parlò, alla fine del XIX secolo, il giurista austriaco Eugen Ehrlich – uno dei fondatori della sociologia del diritto – professore a Czernowitz, capitale della Bucovina⁸⁶?

Questi, sorpreso dall'estrema vivacità delle consuetudini nazionali, in uso presso le differenti comunità di quella regione periferica⁸⁷, osservò che «il diritto vivente non è quello stabilito dalle disposizioni legali, ma quello che domina la vita concreta. Le fonti della sua conoscenza appaiono in primo luogo l'osservazione diretta della vita, del commercio e degli affari, delle consuetudini e degli usi di tutti i gruppi sociali, sia consuetudini e usi riconosciuti dal diritto ufficiale, sia quelli ignorati o, addirittura, disapprovati da quest'ultimo»⁸⁸.

Negli stessi anni Heinrich Brunner, quasi agli esordi della sua carriera di professore di storia del diritto nell'Università di Lemberg (Leopoli) in Galizia, una regione della Cisleitania⁸⁹ multietnica e multi-religiosa non meno della Bucovina, s'interessò a quello che egli definì, nel 1880, 'Vulgarrecht'. Colpito, forse, dalla degenerazione del diritto ufficiale nella prassi del luogo, egli utilizzò questo termine per connotare il diritto concretamente utilizzato dai Romani che vivevano nei regni costituiti sui territori di province un tempo imperiali⁹⁰. Assunta tale connotazione, la nozione di 'Vulgarrecht' fu rapidamente recepita dagli studiosi dell'espe-

⁸⁴ Condivido, perciò, le osservazioni di MANTOVANI, *Diritto e storia tardoantica*, cit., p. 398.

⁸⁵ Il punto di vista di Gian Gualberto Archi nell'*Inchiesta su Il volgarismo e il diritto post-classico* (*Labeo*, 7, 1961, p. 210-217), oltre a proporre una compiuta disamina delle rispettive posizioni storiografiche di Ernst Levy e di Max Kaser sul diritto volgare e sul volgarismo, pone in luce le difficoltà che inevitabilmente emergono quando si pretende di connotare un'intera epoca, come la Tarda Antichità, mediante l'uso di una formula *a priori*. Pionieristica, ai suoi tempi, apparve la monografia intitolata *L'«Epitome Gai»*, *Studio sul tardo diritto romano in Occidente*, pubblicata nel 1937 (rist., con una nota di lettura di C.A. CANNATA, in *Antiqua* [n. 61], Napoli, 1991), p. XIV-455.

⁸⁶ Allora provincia multietnica dell'impero austro-ungarico.

⁸⁷ Ove era nato, proprio a Czernowitz.

⁸⁸ E. EHRLICH, *Grundlegung der Soziologie des Rechts*, München-Leipzig, 1913, p. 319. Su questi aspetti dell'opera di Eugen Ehrlich si veda. G. MICHAELIDES-NOUAROS, *Quelques remarques sur le droit vivant à Rome aux époques préclassique et classique*, in *RHDFE*, 55, 1977, p. 329-357.

⁸⁹ Al pari della Bucovina.

⁹⁰ H. BRUNNER, *Zur Rechtsgeschichte der römischen und germanischen Urkunde*, Berlin, 1880, p. 113 s., e *Deutsche Rechtsgeschichte*, 1, Leipzig, 1887 (1906²), p. 377 s. A tal proposito si veda D. LIEBS, *Roman Vulgar Law in Late Antiquity*, in *Aspects of Law in Late Antiquity. Dedicated to A.M. Honoré on the Occasion of the Sixtieth Year of his Teaching in Oxford* (cur. B. SIRKS), Oxford, 2008, p. 35 ss., che propone la migliore sintesi oggi disponibile sulla genesi storica di questa nozione.

rienza giuridica altomedievale⁹¹, incontrando un crescente successo.

Ludwig Mitteis ne fu fortemente suggestionato, tanto da edificare la sua opera maggiore sulla contrapposizione tra diritto romano ufficiale e diritti locali, i diritti o gli usi propri dei popoli assoggettati da Roma⁹², che continuarono a sopravvivere anche dopo l'emanazione della *constitutio Antoniniana*. Lo studio di una documentazione papirologica sempre più imponente lo sospinse a restringere sensibilmente i confini – al più il cuore dell'Impero (l'Italia, Roma, e le province più romanizzate) – entro i quali avrebbe avuto davvero effettività il diritto romano ufficiale. Mentre in Occidente, perfino in aree di antica civilizzazione fenicia come l'*Africa proconsularis*, il diritto romano avrebbe soppiantato le consuetudini cartaginesi o, genericamente, puniche, gli usi dell'Oriente e della Grecia, ovviamente più elaborati e più ricchi di quelli delle Gallie, delle Spagne e delle Germanie, avrebbero sovente resistito con successo, facendo argine all'imporsi del diritto imperiale⁹³. Per connotare, nel suo insieme, questo sistema giuridico, il Mitteis contrappose il 'Volksrecht' al 'Reichsrecht', ossia al diritto ufficiale. Ma, al contempo, egli distinse il 'Volksrecht', manifestazione della resistenza delle province al diritto romano, dal 'Vulgarrecht', e, cioè, da quel diritto della prassi differente dal diritto elaborato dai giuristi e dalla cancelleria imperiale. In tal caso si proporrebbe, piuttosto, un diritto in senso lato romano generato in parte per effetto di una inappropriata interpretazione degli scritti dei giuristi e delle costituzioni imperiali, in parte per influenza di concezioni giuridiche provinciali. Una sorta dunque di diritto romano pervertito da differenti prassi e consuetudini locali. È proprio in questa più specifica accezione che la nozione di 'Vulgarrecht' è stata recepita nei nostri studi.

Nessuno può contestare – quantunque appaia piuttosto arduo individuare nelle fonti adeguate esemplificazioni – l'esistenza di siffatti fenomeni⁹⁴. A tal riguardo, si può perfino rilevare che, se si guarda alla parte occidentale dell'Impero, in alcune aree di queste province, estranee all'influenza del diritto imperiale, perché non investite a pieno dai processi di acculturazione inerenti ai modelli d'organizzazione locale di tradizione romano-italica, sopravvissero, tollerate dalle autorità provinciali e militari, sistemi di composizione delle liti che poco o nulla avevano

⁹¹ In Italia da Francesco Schupfer, che vi vide – eco della concezione romantica sulla creazione spontanea del diritto – la creazione popolare e libera di nuove regole: cfr. F. SCHUPFER, *Manuale di storia del diritto italiano, I. Le fonti*, Milano, 1892, *I semplicisti nella storia del diritto*, in *RISG*, 57, 1916, p. 157 ss., e *La pubblicità nei trapassi della proprietà secondo il diritto romano del basso impero specie in relazione alle vendite*, in *Rivista Italiana*, 39, 1905, p. 4 s.

⁹² MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht*, cit., in particolare p. 209 ss.

⁹³ Dagli usi locali va distinto il diritto romano provinciale, cioè quel diritto che promana dalle stesse autorità romane: penso, in primo luogo, alla *lex provinciae*.

⁹⁴ Anch'io ne ho rimarcato l'influenza sul successivo sviluppo del diritto altomedievale in *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino, 2009, p. 149 ss.

mutuato dai principii fissati dai giuristi nelle loro opere e dai rescritti elaborati nella cancelleria imperiale⁹⁵.

A partire dagli anni '20 del secolo scorso, Ernst Levy⁹⁶ tentò di conferire concreta consistenza alla nozione definita da Ludwig Mitteis, proponendosi l'ambizioso obiettivo di collocarla al centro del dibattito storiografico del proprio tempo.

Il 'diritto volgare' consisterebbe innanzi tutto in una radicale semplificazione dei concetti. Per esempio, la *possessio* diverrebbe un diritto: e al *iure possidere*, ossia al *dominium*, si contrapporrebbe il *corpore possidere*, il possesso⁹⁷.

Nella prospettiva di Ernst Levy il 'diritto volgare' non affondava le proprie radici esclusivamente nel terreno delle prassi provinciali o romane e nelle realtà della vita quotidiana, ma intratteneva più di un rapporto con il diritto imperiale, gravitando nella sua orbita. Pertanto, per approfondire lo studio del 'diritto volgare', occorrerebbe al contempo rivolgersi alle costituzioni imperiali, alle opere della cosiddetta giurisprudenza 'postclassica', alle leggi romano-barbariche⁹⁸. In tal modo la nozione di 'Vulgarrecht' finì per connotare una dimensione storica e culturale sideralmente distante da quella individuata, negli anni '80 del XIX secolo, da Heinrich Brunner e, prima d'ogni altra cosa, le tracce dell'attività letteraria di quegli epitomatori che avrebbero curato la riedizione e l'aggiornamento normativo degli scritti giurisprudenziali d'età severiana e diocleziana. A giudizio del Levy, le *Pauli Sententiae* potevano essere utilizzate come una sorta di bussola per orientarsi nel travagliato percorso del diritto romano verso il suo adattamento alle esigenze dei nuovi tempi. Dall'esame di quest'opera, nel testo tramandatoci dal *Breviarium Alaricianum*, trasparirebbe chiaramente la distanza del suo autore, vissuto in età diocleziana, e della sua superiore visione d'insieme dei dispositivi del 'diritto classico' dai modesti rimaneggiatori dei secoli IV e V, che, in un'epoca di decadenza,

⁹⁵ Si vedano le avvincenti pagine di S. KERNEIS, *Vox divi et vox populi, la pluralité des droits, in Une histoire juridique de l'Occident. Le droit et la coutume (IIIe-IXe siècle)*, Paris, 2018, p. 129-186, in particolare 173 ss.

⁹⁶ E. LEVY, *Vulgarization of the Early Roman Law in the Early Middle Ages*, in *Gesammelte Schriften*, 1, Köln-Graz, 1963, p. 220 ss., e *Pauli Sententiae. A Palingenesia of the opening Title sas a Specimen or Research in West Roman Vulgar Law*, New York, 1945, p. VII.

⁹⁷ E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951. Sulle peculiarità del pensiero del Levy e sulle sue disposizioni storiografiche si veda C.A. CANNATA, 'Possessio' 'Possessor' 'Possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica, Milano, 1962, p. 31 ss. Su questi temi si possono tutt'ora utilmente consultare i contributi di A. BISCARDI, *Studi sulla legislazione del basso impero. Orientamenti e tendenze del legislatore nella disciplina dei rapporti reali*, in *SSE*, 54, 1940, p. 276 ss., e *Studi sulla legislazione del basso impero. III. La nuova proprietà*, in *SSE*, 56, 1942, p. 275 ss.

⁹⁸ E. LEVY, *Römische Vulgarrecht und Kaiserrecht*, in *Gesammelte Schriften*, 1, Köln-Graz, 1963, p. 289 ss.

ne avrebbero aggiornato i contenuti.

Il graduale sviluppo del testo delle *Sententiae*, incrostato nel corso di due secoli da una fitta coltre di interpolazioni, avrebbe rispecchiato, al contempo, il processo di volgarizzazione subito dal ‘diritto romano classico’⁹⁹. A tal riguardo Detlef Liebs ha opportunamente osservato che, nel pensiero di Ernst Levy, quest’opera diviene quasi a una sorta di ‘Kochbuch’, un ‘libro di ricette’, nel quale scritture e aggiornamenti si stratificano incessantemente¹⁰⁰. Il Levy assumeva il diritto volgare come un’entità dal contenuto determinabile, con una propria coerenza interna¹⁰¹. Nella sua prospettiva, il ‘Vulgarrecht’ – proprio perché si allontanava dalle dottrine elaborate dai giuristi dell’età del principato per corrispondere meglio alle esigenze della prassi – finiva di fatto per identificarsi con il diritto del Tardo Impero.

In conclusione, se con la nozione di ‘diritto volgare’ volessimo connotare ogni diritto che non si conforma al *ius* elaborato dai giuristi cosiddetti classici, non riscontrerei nulla, in tale proposizione, che non si possa ogni volta discutere *sine ira et studio* sul terreno concreto dell’esame delle singole testimonianze e dei singoli documenti giuridici. Ma quando si pretende di utilizzarla come metro di valutazione delle vicende della tradizione tardoantica della letteratura giurisprudenziale, il quadro muta radicalmente. Si rischia, in tal modo, di incorrere in gravi fraintendimenti che possono condurci a conclusioni sformite di ogni vero riscontro. Per esempio, le congetture del Levy sulle vicende della trasmissione testuale delle *Pauli Sententiae*, che in certi anni hanno riscosso un consenso quasi unanime, sono state radicalmente smentite dalle indagini di Detlef Liebs e di Iolanda Ruggiero¹⁰². Non entro, in questa sede, nella *vexata quaestio* della paternità e della datazione delle *Sententiae*. Mi limito a constatare come, in base a un’approfondita disamina di una consistente porzione dei loro testi, sia stato dimostrato che i contenuti normativi che vi corrispondono sono in massima parte riferibili all’età severiana¹⁰³.

4. Facciamo ritorno, infine, al problema delle cosiddette glosse pregiustinianee. Secondo la storiografia romanistica della prima metà del XX secolo, l’inserzione di

⁹⁹ Si veda, su questi aspetti del dibattito storiografico, I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano, 2017, in particolare p. 21 ss. e 415 ss.

¹⁰⁰ D. LIEBS, *Die Rolle der Paulussentenzen bei der Ermittlung des römischen Rechts*, in *Hermeneutik der Quellentexte des Römischen Rechts* (cur. M. AVENARIUS), Baden Baden, 2008, p. 157 ss., in particolare 159.

¹⁰¹ E, in quanto tale, da contrapporre al ‘Kaiserrecht’, il diritto ufficiale.

¹⁰² Cui rinvio per un più informato quadro bibliografico: si veda, in particolare, RUGGIERO, *Ricerche*, cit., p. 418 ss.

¹⁰³ RUGGIERO, *Ricerche*, cit., in particolare p. 197-414. Quanto ai *libri opinionum*, il medesimo obiettivo fu perseguito, a mio giudizio con pieno successo, da B. SANTALUCIA, *I «libri opinionum» di Ulpiano*, 1-2, Milano, 1971. Nel secondo volume cfr., in particolare, p. 76 ss.

interpolazioni, anche sostanziali, avrebbe indelebilmente segnato, in età tardoantica, la riedizione e la trasmissione della letteratura giurisprudenziale d'età severiana e, di conseguenza, l'attività dei giuristi e, in particolare, dei giuristi accademici. Qui si riscontra davvero una distanza notevole dalle posizioni difese dai protagonisti delle generazioni immediatamente precedenti (che non di meno avevano dato inizio a imprese scientifiche come il *Vocabularium iurisprudentiae Romanae*)¹⁰⁴, e, in particolare, da Theodor Mommsen e dal più giovane Otto Lenel. Il Mommsen – è noto – respinse fermamente l'ipotesi di alterazioni sostanziali nelle *Pauli Sententiae*. Una volta, nel 1902, Ludwig Mitteis gli disse che, a suo avviso, nelle *Sententiae* esistevano ancora molte interpolazioni ignorate. Il Mommsen ribatté sdegnato (sottolineò il Mitteis): «In Paolo? No, qui nulla è interpolato» («Im Paulus? Nein, da ist nichts interpoliert») ¹⁰⁵. Otto Lenel, dal canto suo, sostenne che interpolazioni non potevano riscontrarsi, in linea di principio, nei testi pregiustiniani, dal momento che l'autore e gli utenti dei passi alterati avrebbero rischiato di esporsi alla pena dei falsari. Si poteva certamente ammettere la presenza di glosse esplicative o anche l'elaborazione o la rielaborazione, in età tardo classica, di opere impropriamente attribuite a questo o a quel giurista severiano, ma non di sostituzioni sostanziali. Insomma egli non riusciva neppure a immaginare, nel corso del IV e del V secolo, interventi glossematici tali da intaccare nel profondo i contenuti normativi degli scritti giurisprudenziali in presenza della 'Rezitationspraxis'¹⁰⁶.

Cosa si è obbiettato, nel dibattito storiografico, ai rilievi di questi due giganti della nostra disciplina? In Italia, invero, fino a tempi recenti – se si escludono (ma solo in parte) Salvatore Riccobono e Lauro Chiazzese¹⁰⁷ – non si è concesso loro

¹⁰⁴ Si veda il contributo di VARVARO, *Circolazione e sviluppo*, cit. (cfr. *supra*, nt. 19).

¹⁰⁵ MITTEIS, *Storia del diritto antico e studio del diritto romano*, cit., p. 491 s. = ID., *Antike Rechtsgeschichte und romanistisches Rechtsstudium, Mitteilungen des Vereins der Freunde des humanistischen Gymnasiums*, Wien, 1918, p. 70.

¹⁰⁶ Rec. di H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentäre und die Entstehung der Digesten*, in *ZRG*, 34, 1913, p. 373-390. Cfr. RICCOBONO, *Punti di vista critici*, cit., p. 594 s., secondo il quale Otto Lenel avrebbe avuto ragione in massima, ma non avrebbe tenuto conto della possibilità che leggi imperiali e consuetudini radicate nella pratica dei tribunali abbiano giustificato alcune interpolazioni pregiustiniane nelle nuove edizioni delle opere giurisprudenziali.

¹⁰⁷ Quanto al primo si veda *supra*, nt. 106. CHIAZZESE, *Confronti testuali*, cit., in particolare p. 320 ss, sulla genuinità delle fonti pregiustiniane osservava che, fino al '900, quei residui della giurisprudenza classica e delle costituzioni imperiali furono ritenuti genuini. Si ammettevano, ovviamente, mutilazioni e cesure, ma si escludevano alterazioni sostanziali. Negli ultimi anni la critica ha dimostrato che le credenze sulla genuinità assoluta di quei testi era infondata. Ma, nel far questo, si sono anche avanzate ipotesi estreme, ritenendo tutte quelle fonti pure inquinate da gravi interpolazioni formali e sostanziali. L'inopportunità di un siffatto metodo appare evidente. In primo luogo la critica, nell'analisi di questi testi, ha fatto uso degli stessi criteri impiegati nelle indagini interpolazionistiche della compilazione. Errore manifesto, dal momento che Giustiniano, nel proporsi il riordinamen-

gran peso. In Germania, viceversa, se ne è tenuto conto, dando inizio a un filone di ricerche culminato infine nelle *Textstufen* di Franz Wieacker.

A tal riguardo appare opportuna qualche precisazione preliminare. Quantunque Fritz Schulz, il suo coetaneo Gerhard Beseler e il più giovane (di circa dieci anni) Hans Niedermeyer possano essere tutti definiti interpolazionisti, essi percorrono – da un canto lo Schulz e il Niedermeyer, dall'altro il Beseler – due itinerari radicalmente divergenti. In effetti, mentre il Niedermeyer¹⁰⁸ utilizzerà per primo quel metodo poi compiutamente perfezionato, nelle *Textstufen*, da Franz Wieacker¹⁰⁹, il Beseler produrrà, invece, un'infinita serie di «Wortmonographien»¹¹⁰.

Per quest'ultimo, dopo i Severi, non rimase null'altro che perversione del pensiero e l'inatteso collasso della giurisprudenza nella seconda metà del III secolo va paragonato al ritrarsi della grazia di Dio¹¹¹. Al contrario, secondo Fritz Schulz¹¹², se la giurisprudenza del principato morì con esso, la giurisprudenza continuò a vivere. «I rescritti di Diocleziano» – egli osservò – «non sono a un livello inferiore dei *responsa* di Papiniano e Paolo»¹¹³.

Gli ignoti eroi della cancelleria diocleziana non avrebbero sfigurato se messi a confronto con i loro predecessori: proprio essi, anzi, in molte occasioni sarebbero gli autori delle più eleganti rielaborazioni delle opere classiche. Tante altre, invece,

to e la semplificazione del diritto, doveva procedere con tutta libertà nella manipolazione dei testi antichi, ed aveva tutto il potere di farlo, mentre gli epitomatori e i compilatori dei secoli precedenti, come privati, non avrebbero avuto alcun potere di alterare le fonti giuridiche, ché piuttosto, insegnanti o pratici, si sarebbero esposti alle pene comminate contro i falsificatori dei testi di legge. Si possono, pertanto, incontrare in queste fonti glosse di carattere esplicativo ('*id est*' e simili). Nei *Vaticana Fragmenta*, le *Sententiae* e le *Regulae* di Ulpiano si riscontrano alterazioni anche sostanziali giustificabili con un adeguamento al diritto del tempo.

¹⁰⁸ H. NIEDERMEYER, *Voriustinianische Glossen und Interpolationen und Textüberlieferung*, in *Atti del Congresso Internazionale di Diritto Romano* (Roma, I, aprile 1933), 1, Pavia, 1934, p. 351 ss. e 369 ss.

¹⁰⁹ Ciò spiega anche perché a lui siano state dedicate le *Textstufen*. «Hans Niedermeyer gewidmet» si legge nel verso del frontespizio di *Textstufen klassischer Juristen* (1960), rist. Göttingen, 1975, di Franz WIEACKER.

¹¹⁰ Si veda, con ulteriore bibliografia, F.J. ANDRÉS SANTOS, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos*, 33, 2011 (<https://scielo.conicyt.cl/pdf/rehj/n33/a02.pdf>).

¹¹¹ G. BESELER, *Recuperationes iuris antiqui*, in *BIDR*, 45, 1938, p. 170 nt. 2.

¹¹² F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*², Oxford, 1953 (= *Geschichte der römischen Rechtswissenschaft*, Weimar, 1961), trad. it. – *Storia della giurisprudenza romana* –, Firenze, 1968, p. 475.

¹¹³ SCHULZ, *Storia*, cit., p. 476. Sull'organizzazione della cancelleria in questo periodo cfr. S. CORCORAN, *The Empire of Tetrarchs. Imperial Pronouncement and Government AD 284-324*², Oxford, 2000, in particolare p. 75 ss.

dovremmo identificare i responsabili delle alterazioni con quei retori dotati solamente di una superficiale infarinatura giuridica. Una linea interpretativa che mi sembra restituisca, del peculiare *habitus* esegetico di Fritz Schulz, l'autentico metro di giudizio.

Molto meglio di ogni altra considerazione, il ricordo di un testimone oculare vale a misurarne gli effetti sul piano degli studi della tradizione testuale. Gian Gualberto Archi, in un intervento della fine degli anni Settanta del secolo scorso, volle condividere con chi l'ascoltava un'esperienza da lui vissuta a Berlino nella primavera del 1935. Nell'abitazione di Fritz Schulz, già estromesso dall'insegnamento e ormai prossimo all'esilio, si tenevano periodicamente seminari esegetici.

Un pomeriggio – mentre si leggevano i *libri responsorum* di Papiniano (e su Papiniano, tra la fine degli anni 40 e gli inizi del decennio successivo, lo Schulz pubblicò alcuni importanti contributi¹¹⁴) – l'attenzione degli studiosi si concentrò su un frammento del giurista severiano. La condanna fu senza appello. «Totalmente interpolato?», chiese Hans Lewald. «Totalmente», rispose Schulz («Ja, es ist alles interpoliert»). «Schade, es war so schön!» («Peccato: era così bello!»), concluse il Lewald¹¹⁵.

Insomma, un presupposto storiografico senz'altro condivisibile¹¹⁶ – la persi-

¹¹⁴ Penso, in primo luogo, alle sue indagini sui *libri quaestionum* di Papiniano: *The Postclassical Edition of Papinian's Libri Quaestionum*, in *Scritti beatificazione C. Ferrini*, 4, Milano, 1949, p. 254-267, *Papinianstudien I. Das 'Quare' und die Rationalisierung der römischen Rechtswissenschaft*, in *RIDA*, 1, 1952, p. 557-569, *Papinianstudien II*, in *RIDA*, 2, 1953, p. 381-410, e *Storia*, cit., p. 421 ss. Su questi temi imprescindibile, adesso, l'ampia indagine di U. BABUSIAUX, *Papinians Quaestiones. Zur rhetorischen Methode eines spätclassischen Juristen*, München, 2011. Sui *libri responsorum* del medesimo giurista si veda, invece, SCHULZ, *Storia*, cit., p. 424 ss.

¹¹⁵ G.G. ARCHI, *Intervento*, in *La giurisprudenza romana nella storiografia contemporanea* (cur. A. SCHIAVONE, A. GIORGIO CASSANDRO), Bari, 1982, p. 98 ss., in particolare p. 101 s.: un convegno tenuto presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Bari tra il 25 e il 27 febbraio 1977.

¹¹⁶ Ma non seguirei Fritz Schulz nella sua meccanica connessione tra svilupparsi dell'organizzazione burocratica e imporsi dell'anonimia: Ermogeniano e Arcadio Carisio firmarono le loro opere. Gregorio ed Ermogeniano diedero addirittura il proprio nome a una raccolta di costituzioni imperiali. Inoltre nell'*inscriptio* del solo frammento (D. 1.11.1), conservatoci del *liber singularis de officio praefecti praetorio* di Arcadio Carisio, si legge che l'opera è, per l'appunto, del *magister libellorum* Arcadio Carisio. Questo riferimento, che altrove non ha riscontro nei *Digesta*, è possibile che emergesse in una dedica o, più verosimilmente, nella stessa *inscriptio* del libro. Nell'insieme della produzione letteraria di Carisio lo scritto sulla prefettura appariva caratterizzato da un esplicito collegamento con l'attività di funzionario del suo autore, quasi a sottolineare l'intreccio fra elaborazione teorica ed esperienza amministrativa: si veda in tal senso F. GRELLE, *Arcadio Carisio, l'officium del pretetto del pretorio e i munera civilia* (1987), in *Diritto e società nel mondo romano*, Roma, 2005, p. 257 ss., in particolare 258 s. Si vedano, inoltre, M. FELICI, *Problemi di giurisprudenza epiclassica. Il caso di Aurelio Arcadio Carisio*, Roma, 2012, p. 13 ss., e D. PIACENTE, *Aurelio Arcadio Carisio. Un giu-*

stenza di una cultura giuridica d'alto livello – comportò effetti devastanti, sul piano esegetico, quando lo si subordinò a un canone critico che imponeva di confrontarsi con l'idealtipo del 'giurista classico' costruito dalla romanistica del XIX e del XX secolo¹¹⁷. Un uso tendenzioso della nozione di 'Isolierung' consentì di elaborare un'immagine dei giureconsulti romani estremamente parziale; un'immagine – già definita, in parte, dal Savigny e dalla Scuola Storica – che intendeva radicare, nella vicenda storica del diritto romano, il proprio modello di scienza del diritto, isolando il fenomeno giuridico da tutti gli altri aspetti che condizionano la realtà.

In tal modo si poterono imputare agli anonimi editori-giuristi, tra fine del III e inizi del IV secolo, non solo errori giuridici o perversioni dello stile, ma anche spunti culturali giudicati difforni dal modello del presunto originale definito dalla scienza romanistica. Qui, come si può constatare, si individua quella scansione temporale entro la quale si sarebbe determinata la più profonda rielaborazione del diritto creato dai giuristi d'età severiana e antonina. In altre parole proprio in età diocleziana si sarebbe addensata sui loro scritti la maggior parte delle alterazioni testuali.

È ben nota l'impostazione di Franz Wieacker nelle sue *Textstufen*, che si incentrano sulla presunta riedizione e sull'aggiornamento delle opere della giurisprudenza classica nella prima età postclassica. Tutti gli scritti giurisprudenziali, giunti ai compilatori giustiniane, sarebbero stati trascritti dal *volumen*, in cui erano stati originariamente pubblicati, al *codex*. Questa fondamentale innovazione tecnica – tra la fine del III e l'inizio del IV secolo – rappresenta il 'collo di bottiglia' che, per il Wieacker, ha segnato indelebilmente le vicende della tradizione testuale degli scritti dei giuristi¹¹⁸. Per recuperare i criteri, che, in quel tempo, regolarono la loro selezione e la loro 'canonizzazione', sarebbe preferibile, a suo giudizio, non pensare a mere trascrizioni, ma, piuttosto, a vere e proprie riedizioni. In concomitanza con il presunto affermarsi del *codex* – emblema di una civiltà che si riconobbe, a differenza di quella 'classica' nel valore della parola scritta – e della *recitatio* processuale delle opere dei giuristi, il diritto giurisprudenziale conquistò una nuova funzione processuale e, di conseguenza, una nuova autorevolezza. Tuttavia, nel passaggio da una forma all'altra di supporto scrittorio, su di esso e sulle forme testuali nelle qua-

rista tardoantica, Bari, 2012.

¹¹⁷ Qualche riflessione su questo tema in J. GILTAI, *Autonomy and Authority: The Image of the Roman Jurists in Schulz and Wieacker*, in *Roman Law and the Idea of Europe* (cur. K. TUORI, H. BJÖRKLUND), London-New York, 2019, p. 73 ss., in particolare 74-77.

¹¹⁸ Sulla forma del libro giuridico ampia letteratura in RUGGIERO, *Ricerche*, cit., p. 124 ss. Si veda, a tal riguardo, D. MANTOVANI, *Les juristes écrivains de la Rome antique. Les oeuvres des juristes comme littérature*, Paris, 2018, p. 241 ss.

li fu racchiuso si sarebbe anche addensata una fitta coltre di alterazioni e di interpolazioni. Il centro della proposta storiografica delle *Textstufen*, con l'opzione di un massiccio rimaneggiamento dei testi severiani fin dalle prime edizioni 'altopost-classiche', rimanda, dunque, dritto al cuore dell'interpolazionismo. Anzi – rilevò Vincenzo Arangio-Ruiz¹¹⁹ – le *Textstufen* propongono in fondo una *nouvelle vague* interpolazionistica. Che questa connessione sia sfuggita ai più tenaci partigiani dell'interpolazionismo è, a ben vedere, un paradosso. Insomma, esaurita, da tempo, una critica dei testi frammentaria, parziale e destoricizzante, il capolavoro del Wieacker ha inaugurato, in un differente terreno d'indagine, una storia della tradizione unitaria e globale, costruita sullo sfondo della rappresentazione d'insieme della cultura giuridica d'una intera epoca¹²⁰. Quantunque non condivida le conclusioni del Wieacker, tutti noi dovremmo riconoscere che questo grande, indimenticabile e indimenticato Maestro ha tentato, in tal modo, di conciliare l'interpolazionismo con l'essenza stessa della storia e della storiografia, che dovrebbero sempre essere conoscenza di fatti e di esperienze concrete e precise. Sicché chiunque individui un'alterazione avrebbe anche il dovere di rispondere alle seguenti domande: Chi? Quando? Dove? Perché?

A mio giudizio però, rifacendosi alla sostanza dell'osservazione di Otto Lenel, ricordata poc'anzi, non pare verosimile attribuire agli editori d'età tetrarchica interventi glossematici tali da intaccare nel profondo i contenuti normativi degli scritti giurisprudenziali in presenza di tracce attestanti la prassi della *recitatio* già a partire dalla metà del III secolo¹²¹.

Pertanto non dobbiamo stupirci se Hans Niedermeyer¹²², Fritz Schulz¹²³, Hans Julius Wolff¹²⁴ e Franz Wieacker¹²⁵ ne abbiano negato l'esistenza prima

¹¹⁹ ARANGIO-RUIZ, *I passi di Ulpiano*, cit., p. 315 ss.

¹²⁰ Così A. SCHIAVONE, *Il testo e la storia*, in *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 24, 1995, p. 587 ss. Si veda, inoltre, E. STOLFI, *Attorno a critica del testo e storia del pensiero giuridico*, in *AUPA*, 62, 2019, p. 249 ss., in particolare p. 268. Come è noto, per l'autore delle *Textstufen*, tutte le opere giurisprudenziali, giunte ai compilatori, sarebbero state trascritte dal *volumen*, in cui erano state originariamente pubblicate, al *codex: Textstufen klassischer Juristen*, cit., p. 93.

¹²¹ Com'è ovvio, questa conclusione deve pur sempre considerare la possibilità, rispetto a ogni singolo brano, d'un intervento editoriale conseguente a un errore meccanico e, dunque, al desiderio di ripristinare la comprensibilità del testo, o al volontario inserimento di una glossa.

¹²² Cfr. *supra*, nt. 108.

¹²³ Cfr. *supra*, nt. 113 e 114.

¹²⁴ H.J. WOLFF, *Ulpian XVIII ad edictum in Collatio and Digest and the Problem of postclassical Editions of classical Works*, in *Scritti beatificazione C. Ferrini*, 4, Milano, 1947, p. 64 ss. Contro l'ipotesi di una riedizione 'postclassica' dei *libri ad edictum* di Ulpiano, ha preso decisamente posizione A. WATSON, *The Texts of Ulpian 18 ad edictum in the Collatio*, in *RHD*, 30, 1962, p. 209 ss., in particolare 226.

¹²⁵ *Textstufen klassischer Juristen*, cit.

dell'età costantiniana. Non è un caso che Schulz giudicasse apocrifo perfino Gai., *inst.* 1.7¹²⁶. A suo giudizio, questo testo, ampiamente glossato, avrebbe voluto giustificare o legittimare proprio la prassi della *recitatio*, fondamentale nei tribunali tardoantichi, ma sconosciuta all'età classica. Si tratta, a mio parere, d'una posizione perfettamente coerente con le vicende della tradizione testuale degli scritti giurisprudenziali che questi studiosi delineano.

Se essi non avessero posto una tale premessa, la loro ricostruzione della storia della letteratura giurisprudenziale, avrebbe incontrato, sulla propria strada, ostacoli quasi insormontabili.

Quale editore avrebbe osato modificare il contenuto di opere che altri poteva *recitare* nella versione originale?

Il mio compito potrebbe anche considerarsi esaurito. Ma qualche parola va pur spesa per sottoporre a verifica la solidità della tesi, che data, solo a partire dal pieno IV secolo, l'affermarsi della *recitatio*, e la sua coerenza con le informazioni che emergono dallo studio di diritto e prassi dopo la morte d'Alessandro Severo. Subito vengono in mente, a tal riguardo, i *libri excusationum* di Modestino¹²⁷ e un documento epigrafico, probabilmente d'età tetrarchica («Inchriften von Ephesos», Bonn, 1979, II, n. 217, p. 30)¹²⁸, dal quale si trae un interessante termine di

¹²⁶ Cfr. *Iust. inst.* 1.2.8. Su tale passo, la congettura interpretativa più verosimile (anche alla luce di quanto emerge dall'analisi della *declamatio* XIII: cfr. D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura nella Declamatio maior XIII, in Testi e problemi del giusnaturalismo romano* (cur. D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE), Pavia, 2007, p. 323 ss., in particolare 352 e nt. 109) è che il *iudex*, in caso di dissenso, fosse comunque tenuto a seguire una delle due opinioni giurisprudenziali in campo. Quale che sia l'interpretazione da attribuire al rescritto di Adriano, esso propone un sintomo, come ha rilevato Dario Mantovani, delle difficoltà di funzionamento implicite in un diritto giurisprudenziale, rispetto alle quali, resta tuttora incerto se possa valutarsi come un tentativo di rimedio l'attribuzione del *ius respondendi*, qualora esso comportasse un'eventuale efficacia vincolante sul giudice. Altri rilievi, con ulteriori ragguagli bibliografici, in V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica, in Ius controversum e processo fra Tarda Repubblica ed età dei Severi* (cur. V. MAROTTA, E. STOLFI), Roma, 2012, p. 357 ss., M. BRUTTI, *Gaio e lo ius controversum*, in *AUPA*, 45, 2012, p. 75-124, A. PALMA, *Lo «ius controversum» quale espressione dell'artificialità del diritto*, in *SDHI*, 81, 2015, p. 45-96.

¹²⁷ *Infra*, nt. 129.

¹²⁸ ποια[- -]

ἴνα τῆς τε προσηκούσης διορθώσεως τ[ύ]χη τὰ παρ' αὐτῶν ἀ[- ca. 6 -]
καὶ νῦν φανερωθῆ ἢ τε ἐξ ἀρχῆς ἕκ τε τῶν νόμων καὶ τῶν θείων
διατάξεων καὶ τῶν δογμάτων τῆς ἱερᾶς συνκλήτου τῆ ὑμετέρα μητροπόλει
[5] προεδρία προσενεμημένη. ἐπειδὴ τοῖνον τὰ δικαιώματα σύνπαντα
τῆς πάντα ἀγαθῆς καὶ καθοσιωμένης μητροπόλεως Ἐφέσου δίκαιον
γνωσθῆναι τῆ θεϊότητι τῶν δεσποτῶν ἡμῶν, φροντίσατε σύνπαντα
συντάξαντες τὰ τε ἐκ τῶν παλαιῶν νόμων ἐν τοῖς δη ὀφικ[ι- - ca. 7 -]
Οὐλιανῶ εἰρημένα καὶ τὰ ἐκ τῶν διατάξεων ω[- ca. 15/17 -]

confronto con quanto emerge dall'esame di quest'opera del giurista postseveriano.

Nei primi possiamo cogliere un indizio, certamente il più antico, dell'esistenza della prassi della *recitatio*. Malgrado l'uso del greco, Modestino riferiva in latino costituzioni imperiali e sentenze dei giuristi citati¹²⁹: questo dato, di per sé,

[10] ἐκ τῶν δογμάτων τῆς ἱερᾶς συνκλήτου με[- ca. 18/20 - ἂ]=
ποστῆλαι πρὸς με ἴνα [- -]
τι τῶν εὐσεβε[στάτων ἡμῶν δεσποτῶν -]
[...]μι[- - -]
--.

Del testo, così come è stato stabilito da Denis Feissel, si offre qui, con qualche lieve modifica, la traduzione proposta da Allister FILIPPINI, *Efeso, Ulpiano e il Senato. La contesa per il primato nella provincia Asia nel III secolo d.C.*, Stuttgart, 2019, p. 11 ss., in particolare 15 s.: «ποιᾶ[- -] | affinché avvenga (τ[ύ]χη) che le cose (relative) al riordino (διόρθωσις) che (vi) riguarda [siano prese in carico?] (ἀ[ρ]θέντα?) da quelli (παρ' αὐτῶν = dagli imperatori?) | e risulti ora evidente il primo posto (o la presidenza, προεδρία) che fin dal principio (ἐξάρχης) è stato assegnato alla vostra μητρόπολις dai νόμοι (*leges* ? *iura* ?) e dalle divine disposizioni (θεῖαι διατάξεις) e dai decreti del santo senato (δόγματα τῆς ἱερᾶς συνκλήτου); |(5) poiché dunque (è) giusto che tutti i 'documenti attestanti le pretese' (δικαιώματα) della μητρόπολις di Efeso, del tutto buona e consacrata, | siano resi noti (γνωσθῆναι) alla divinità dei nostri signori (τῆ θεϊότητι τῶν δεσποτῶν ἡμῶν), provvedete a | raccogliere ordinatamente insieme tutte le cose, sia quelle (derivanti) dagli antichi νόμοι, che sono state selezionate (εἰρημένα) nei [libri] *de offic[iis]* ? -io ? da] | Ulpiano, sia quelle [stabilite?] (ὠ[ρισμένα?]) dalle (divine) disposizioni [- - -, sia quelle] | (10) [assegnate?] (με[μερισμένα?]) dai decreti del santo senato [- - -] | di inviare a me, affinché [- - alla divinità?] ([- τῆ? θεϊότητι]τι) | dei piissimi [nostri signori - -] | [...]μι[- - -]». M.U. SPERANDIO, 'Gai Scripta universa'. Note su Gaio e la 'legge delle citazioni', in *SDHI*, 79, 2013, p. 153-189, in particolare p. 167 e nt. 76, svaluta il rilievo storico di «Inscripfen von Ephesos», 2, n. 217, p. 30. A suo parere, proprio perché quest'epigrafe è databile all'età tetrarchica, non stupisce che essa faccia riferimento a un'opera (i libri *de officio proconsulis*), al pari di altre, utilizzabile *in iudiciis*. E, però, se si accede a tale conclusione, si ammette, al contempo, che attorno al 293-294 (per la datazione vedi FILIPPINI, *Efeso*, cit., p. 195 ss.), circa trent'anni prima della 'legge' costantiniana sulle *notae* di Ulpiano e di Paolo a Papiniano (C.Th. 1.4.1), nella prassi dei tribunali si consentiva la *recitatio* delle opere giurisprudenziali. Come non rendersi conto del fatto che tale conclusione stride con le premesse della tesi del Wieacker (cfr. *supra*, nt. 120), perché equivale ad ammettere che, mentre i libri dei giuristi d'età severiana avevano acquistato tanta autorevolezza da poter essere utilizzati nella *Rezitationspraxis*, alcuni, senza temere – per questo – di poter essere accusati di falso, ne curavano la riedizione su *codex*, aggiornandone o modificandone i contenuti normativi. Sebbene non abbia tenuto conto del fatto che, nel mio discorso, «Inscripfen von Ephesos», 2, n. 217, p. 30, va costantemente coordinata con Mod. 1 *excusat.*, D. 27.1.1.2 (cfr. *infra*, nt. 134), D. MANTOVANI, *Tradurre l'intraducibile diritto. La prefazione al 'De excusationibus' di Erennio Modestino fra Roma e Grecia*, in *Liber amicorum. Mélanges J.P. Coriat* (cur. E. CHEVREAU, C. MASI DORIA, J.M. RAINER), Paris, 2019, p. 537 ss. (ove altri ragguagli bibliografici), in particolare 548 e nota 42, ha opportunamente rilevato che Marco Urbano Sperandio non adduce argomenti per escludere che *νόμοι*, in Modestino, si riferisca anche agli scritti dei giuristi.

¹²⁹ A meno che, e mi riferisco alle costituzioni imperiali, non fossero state scritte direttamente in greco. In quest'opera di Modestino, tuttavia, soltanto l'epistola di Antonino Pio al *koinón tēs Asías* è riferita dal giurista nella sua lingua originale, vale a dire il greco: cfr. E. VOLTERRA, *L'opera di Eren-*

consente di sostenere che le dottrine dei giuristi tramandate dalla letteratura, in quanto *nómoi*, erano utilizzate in giudizio già nella prima metà del III secolo¹³⁰.

Quantunque Fritz Schulz¹³¹ abbia negato che tali peculiarità dei *libri excusationum* possano confermare siffatte congetture, il prezzo che egli intende pagare per avvalorare le proprie ipotesi è davvero molto elevato: non meno di un giudizio di condanna senza appello nei confronti di tutte le citazioni in latino nei *libri excusationum* di Modestino¹³².

Si tratta però, a ben vedere, d'una petizione di principio da tempo individuata come tale. Edoardo Volterra¹³³ – muovendo da un'affermazione contenuta nel proemio dei *libri excusationum* di Modestino, secondo la quale, al fine di render

nio Modestino de excusationibus (1970), ora in *Scritti giuridici*, V, *Le fonti* (con una nota di M. TALAMANCA), Napoli, 1993, p. 315. Tre brani di costituzioni sono riprodotti in greco (D. 27. 1.6.2, 3-4: così per il Volterra, ma cfr. §§ 7 e 8 – O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, 1, Leipzig, 1889, c. 711 n. 60; su D. 27. 1.6.8 si può aprire una discussione, che qui non rileva approfondire: ma cfr. V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*, II. *Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli, 2004, p. 21 ss.), sulla sua eventuale attribuzione all'epistola antoniniana al *koinón tēs Asías* cfr. J.H. OLIVER, *Greek Constitutions of Early Roman Emperors from Inscriptions and Papyri*, Philadelphia, 1989, p. 589 s. A suo giudizio, il destinatario di questo provvedimento, in assenza di altri riscontri, è da identificare con uno sconosciuto (o, meglio, con una città o con un *koinón* provinciale sconosciuti). Si veda, inoltre, T. MASIELLO, *I libri excusationum di Erennio Modestino*, Bari, 1983, p. 67.

¹³⁰ È questo il punto di vista di VOLTERRA, *L'opera di Erennio Modestino*, cit., p. 310.

¹³¹ SCHULZ, *Storia*, cit., p. 454 s. riteneva interpolate tutte le citazioni latine di opere giurisprudenziali in questi libri di Modestino. Si veda, inoltre, MASIELLO, *I libri*, cit., p. 37 ss.

¹³² Secondo Fritz Schulz, per esempio, esse rivelerebbero, in quanto resta di questo scritto, un invasivo intervento glossematico postclassico. Fritz Schulz, in verità, distingue due gruppi. Nel primo, le citazioni sono interamente latine; all'inizio è indicato il nome del giurista con il titolo dell'opera e il numero del libro; chiude, infine, il testo giurisprudenziale in latino. Nel secondo, le citazioni sono tutte introdotte da una frase in greco, nella quale si nomina il giurista, ma non l'opera: segue poi il testo latino. Le citazioni del primo gruppo sarebbero interamente spurie, mentre quelle del secondo proporrebbero, di volta in volta, tali e tante difficoltà interpretative da scoraggiare qualsiasi ipotesi ricostruttiva, giustificando, allo stesso tempo, gravi sospetti d'interpolazione: *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 454 s.

¹³³ VOLTERRA, *L'opera di Erennio Modestino de excusationibus*, cit., p. 310 s. In maniera meno esplicita – perché il Volterra affronta, in questo caso, un altro problema – la stessa opinione emerge anche a p. 322: «Non è forse troppo ardito azzardare l'ipotesi che dopo gli scritti di Ulpiano e di Paolo sulle *excusationes* (la cui importanza può desumersi dall'uso che ne fanno lo stesso Modestino e più tardi l'ignoto autore dei *Fragmenta Vaticana*) nei quali era stato ordinato l'insieme delle disposizioni emanate dagli imperatori in questa materia in guisa che gli interessati potessero esserne edotti, i privati sentissero sempre meno la necessità di rivolgersi agli imperatori per far decidere i loro casi particolari e pertanto fosse diminuito il numero dei rescritti intorno a questo argomento. Nello stesso tempo è presumibile che Modestino, data la natura della sua opera, si basasse precipuamente sulle due opere citate, le quali dovevano costituire veri e propri manuali pratici, e cercasse di non estendere la sua ricerca troppo oltre le fonti da queste usate».

disponibili le norme da recitare in giudizio, saranno riprodotti in originale τὰ τῶν νόμων ῥήματα¹³⁴ – ritiene che nei *nómoi* debbano ricomprendersi tanto le costituzioni imperiali quanto gli scritti dei giuristi precedenti, che si porrebbero nel trattato di Modestino come fonti di cognizione della normativa imperiale.

Il pensiero del Volterra si articola «con la forza di un sillogismo»¹³⁵: Modestino promette di riprodurre le parole delle norme; nel suo trattato sono richiamati letteralmente passi dei giuristi e costituzioni imperiali. Di conseguenza nei *nómoi*, di cui s'annuncia la citazione *verbatim*, sono da ricomprendere anche i passi tratti dalle opere giurisprudenziali citate¹³⁶. La lettura dell'iscrizione efesia («Inscripfen von Ephesos», II, cit., n. 217, p. 30) conferma anch'essa, se guardiamo agli anni della prima Tetrarchia e, in particolare, al 293-294, che il rapporto di cancelleria imperiale e prassi giurisdizionale con la cosiddetta giurisprudenza classica era mutato ben prima del 321, ossia anteriormente all'emanazione della costituzione costantiniana sul valore delle note di Ulpiano e Paolo agli scritti di Papiniano¹³⁷. Non è improbabile, secondo Ernst Schönbauer¹³⁸, che nell'archivio del governatore provinciale fosse depositato un esemplare di questo scritto¹³⁹. In tal caso si taglie-

¹³⁴ Mod. 1 *excusat.* D. 27.1.1.2 – LENEL, *Palingenesia*, I, cit., c. 707-708, n. 54: Προσθήσω δὲ τῇ τῶν λεγομένων διηγήσει αὐτὰ τὰ τῶν νόμων ῥήματα, εἴ που καὶ τούτου δεηθεῖην, ἵνα τὴν τε τῶν λεκτέων καὶ τὴν τῶν ἀναγνωστέων χρῆσιν ἔχοντες τὸ ὁλόκληρον τοῖς δεομένοις καὶ τὴν ὠφέλειαν παρασχόμεθα («Affiancherò alla loro esposizione il testo stesso dei *nómoi* nel caso che anche questo si renda necessario, affinché, avendo grande disponibilità dei *nómoi* da dire e da recitare in giudizio, possiamo offrirlo a chi ne ha bisogno la completezza e l'aiuto necessari»).

¹³⁵ Così MASIELLO, *I libri*, cit., p. 40, che, non di meno, contesta nel merito la tesi del Volterra.

¹³⁶ Un'anticipazione di questi rilievi già in A. AUGUSTINUS, *Ad Modestinum sive de excusationibus liber singularis*, in E. OTTO, *Thesaurus iuris Romani*², 4, Trajecti ad Rhenum, 1733, p. 1559-1604, in particolare 1566: «Ipsa legum verba, Leges a Modestino relatas nullas scio, sed constitutiones Graecas et Latinas, item ex Ulpiani ac Pauli libris quaedam. Quamobrem arbitror huiusmodi leges appellare, ut nonnumquam ab Iustiniano atque aliis appellant c. 2 tanta 10 c. de vet. jur. enucl. c. hac edictali 6 de sec. nupt. c. 2 de sent. ex per.».

¹³⁷ C.Th. 1.4.1, Imp. Constantinus A. ad Maximum P(raefectus) U(rbi) (a. 321).

¹³⁸ E. SCHÖNBAUER, *Drei Interessante Inschriften aus Ephesos*, in *Iura*, 16, 1965, p. 108 ss.

¹³⁹ C. CASCIONE, «De nuptiis philologiae et iuris». *La storiografia wieackeriana dalle «Textstufen» al rapporto tra diritto romano e «Nachbardisziplinen der Altertumswissenschaft»*, in *Seminarios Complutenses de Derecho Romano*, 23-24, 2010-2011, p. 65 s., che ricorda, tra l'altro, quanto ha scritto, L. ATZERI, *Gesta senatus Romani de Theodosiano publicando. Il Codice Teodosiano e la sua diffusione ufficiale in Occidente*, Berlin, 2008, p. 216 ss., ha senza dubbio ragione a sottolineare che non esistevano 'copie' di opere giurisprudenziali confezionate in *scriptoria* imperiali adibiti a produrre testi 'ufficiali'. Va, però, segnalato che né in MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*, II, cit., p. 41 s., né, tanto meno, in ID., *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, in *Studi Storici*, 48/4, 2007, p. 927 ss., in particolare 950 ss., si sosteneva tutto questo. Sulla scorta di un'osservazione di SCHÖNBAUER, *loc. ult. cit.*, mi limitavo soltanto a ribadire che la prassi della *codicum collatio* era, probabilmente, più antica di quanto, circa dieci anni fa, la

rebbe decisamente la strada a quanti immaginano riedizioni dei *libri de officio proconsulis* e d'altre opere giurisprudenziali, con glossemi o modifiche sostanziali del loro contenuto, perché il tempo, per inserirvi aggiornamenti pervasivi, risulterebbe davvero troppo breve.

Il controllo voluto da Costantino (C.Th. 1.4.1 e 1.4.2¹⁴⁰) sui testi giuridici intendeva garantirne la 'fedeltà'. Ma prassi come la *codicum collatio*, regolate, poi, più nel dettaglio dalla 'legge delle citazioni', non furono create *ex nihilo*¹⁴¹. L'esigenza di garantire l'autenticità delle forme testuali della letteratura giurisprudenziale costituiva, in fondo, soltanto un riflesso del concomitante stabilirsi della prassi della *recitatio*. Se, pur in assenza d'una specifica misura imperiale, già nel corso del principato si riconosceva valore normativo agli scritti dei giuristi, si può allo stesso tempo supporre – tenendo conto di quanto emerge dall'esame dei *libri excusationum* di Modestino e dalla lettura di «Inschriften von Ephesos», II, cit., n. 217 – che il controllo sulle loro forme testuali abbia avuto inizio pressoché contestualmente.

communis opinio fosse disposta ad ammettere.

¹⁴⁰ C.Th. 1.4.2, Imp. Constantinus A. ad Maximum P(aefectus) P(raetorio) (a. 327/328). Si veda RUGGIERO, *Ricerche*, cit., p. 1 ss., in particolare 14 ss.

¹⁴¹ La *codicum collatio*, per i giuristi non citati nel canone di C.Th. 1.4.3 (Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Ad senatus urbis Romae, a. 426) tra i principali, appariva comunque necessaria, perché le loro opere avrebbero posto notevoli problemi di reperibilità e, secondo alcuni, anche d'autenticità.