

*Ferdinando Zuccotti*

## Considerazioni minime sulla terminologia tardoantica negli interventi sui testi classici (\*)

1. Eccessi dell'interpolazionismo ed eccessi dell'antinterpolazionismo - 2. Gli indubbi interventi giustiniani - 3. Trascolorare dell'esegesi dei testi - 4. Diffondersi di un antinterpolazionismo acritico - 5. Il problema della classicità dei passi del Digesto - 6. Stesura classica, postclassica e giustiniana - 7. D. 8.5.10.pr.-1, D. 39.3.1.23 e D. 43.19.5.3 - 8. La costruzione concettuale sottesa a tali interventi postclassici - 9. Per un «neointerpolazionismo critico».

1. Com'è noto, la critica interpolazionista, che a partire dalla seconda metà dell'Ottocento dominò a lungo la scena del diritto romano, intorno agli anni Cinquanta del secolo scorso conobbe una reazione di segno contrario, che in tempi sufficientemente brevi ne causò il superamento e la scomparsa quale metodo di indagine esegetica: mentre a lungo la romanistica era stata innanzitutto

---

\*) Per un eventuale approfondimento rinvio alle trattazioni già da me pubblicate (di cui ampi stralci vengono qui riportati) sia in ordine alla fine dell'interpolazionismo in generale sia relative ai tre passi qui in particolare trattati – D. 8.5.10.pr.-1, D. 39.3.1.23 e D. 43.19.5.3 –, ossia *Diabolus Interpolator. Per un ritorno della romanistica ad una reale esegesi critica del testo*, in «Legal Roots», II, 2013, p. 141-190 (edito anche, col titolo *Il problema delle interpolazioni: per una nuova prospettiva critica [Vivagni XII]*, in «RDR», XII, 2012, p. 1-31 [estr.]), e *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. Atti del Convegno in memoria di Arnaldo Biscardi (Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001)», Milano, 2011, p. 277-531 (cfr. altresì *Le servitù nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in «Studi R. Martini», III, Milano, 2009, p. 971-1059). Per i riferimenti qui recati all'interpolazionismo e al dibattito che portò al suo superamento (e in particolare per i cenni alle posizioni di Franz Wieacker e Max Kaser) si rinvia in breve F.J. ANDRÉS SANTOS, *Brevissima storia della critica interpolazionistica nelle fonti giuridiche romane*, in «Revista de Estudios Histórico-Jurídicos», XXXIII, 2011, p. 65-120 (cfr. ID., *El interpolacionismo. Auge y decadencia de un método de investigación sobre el Digesto*, in «Interpretare il Digesto. Storia e metodi» – cur. D. Mantovani e A. Padoa Schioppa –, Pavia, 2014, p. 557-595). I riferimenti agli autori via via citati nel testo sono: M. TALAMANCA *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie* (1998), in «Problemi e prospettive della critica testuale» – cur. M. Mi-

intenta a restituire i testi giuridici alla propria originale versione classica depurandoli dalle sovrapposizioni successive, tale impostazione scomparve del tutto in tempi abbastanza veloci, e subito divenne non più di moda ed anzi obsoleta lasciando abbastanza velocemente il posto ad una lettura delle fonti in linea di massima viceversa disposta ad accettarle come classiche nel loro dettato testuale qualsiasi esso fosse, mentre l'interpolazionismo diventava nella maniera più subitanea una sorta di sistema esegetico interdetto ed anzi alcunché di deplorabile e fallace. Ed in effetti, anche se la reazione andò oltre ogni misura, lo stesso interpolazionismo ebbe le sue colpe in tale infastidito rigetto da parte della romanistica.

Certamente, oggi nessuno potrebbe in effetti negare i cosiddetti eccessi di un interpolazionismo lessicale e per così dire meccanico, così come l'illusorietà del poter fare riferimento ad un paradigma di un diritto romano «puro» astrattamente eguale per tutti i *prudentes* e quindi tale da costituire la possibile pietra di paragone di ogni testo sospetto: né del resto sembra più accettabile l'idea di buttare ogni preteso scarto indegno dei giuristi classici in una «discarica» giustiniana implicitamente concepita come sorta di sentina di ogni nequizia e quindi pattumiera della sanie di qualsivoglia indebita incrostazione dei testi classici.

Ma il reale problema non è questo: per un verso, infatti, è noto come il tramonto dell'interpolazionismo si verificò proprio quando ormai era accet-

---

gietta e G. Santucci –, Trento, 2011, p. 217 ss., V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*<sup>7</sup>, Napoli, 1994, p. 395, M. VARVARO, *Riccobono e la critica interpolazionistica*, in «L'eredità di Salvatore Riccobono. Atti dell'Incontro Internazionale di Studi (Palermo, 29-30 marzo 2019)» – cur. M. Varvaro –, Palermo, 2020, p. 21 ss., F. GALLO, *A proposito delle interpolazioni nel Digesto*, in «A Pierluigi Zannini. Scritti di diritto romano e giusantichistici», Milano, 2019, p. 9 ss., R. LAMBERTINI, *Interpolazioni nei Digesta. Dichiarazioni di Giustiniano, esperienze di ricerca*, in «Problemi e prospettive della critica testuale», cit., p. 3 ss., E. RABEL, *Zu den sogenannten praetorischen Servituten*, in «Mélanges P.F. Girard», Paris, 1912, II, p. 408 s., P. GRÖSCHLER, *'Actiones in factum' e 'actiones utiles' intorno alla 'lex Aquilia'. Tra metodo interpolazionistico e anti-interpolazionismo*, in «Problemi e prospettive della critica testuale», cit., p. 29 ss., J.M. RAINER, *Problemi e prospettive della critica testuale: riflessioni in chiusura della 'Tavola rotonda'*, ivi, p. 201 ss., D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto fra passato e futuro*, ivi, p. 151 ss., e ID., *Appendice. 'Ea quae inter eos placuerunt': sui rischi del riuso dell'interpolazionismo. A proposito dell'emendazione di D. 2.14.1 pr. proposta da Giuseppe Falcone*, ivi, p. 173 ss., K.-H. ZIEGLER, *Max Kaser e la revisione della critica interpolazionistica nella romanistica di lingua tedesca dopo il 1967*, ivi, p. 61 ss., F. GORIA, *Che cosa potevano fare i Compilatori?*, ivi, p. 139 ss., L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Il deperimento di alcuni actus legitimi e la nuova realtà dei diritti reali, tra Repubblica e Principato*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto romano*, Roma, 1999, p. 169 s., V. ARANGIO-RUIZ, *La struttura dei diritti sulla cosa altrui in diritto romano (1908-1909)*, in *Scritti di diritto romano*, I, Napoli, 1974, p. 182 ss., e G. GROSSO, *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino, 1969, p. 281 ss. La «stanza» di Indro Montanelli su *Giorgio La Pira e le tre anime di Firenze* fu pubblicata sul «Corriere della Sera» del 12.6.1996, p. 37.

tata la possibilità di varie stratificate stesure del testo, altresì postclassiche, in una nuova prospettiva critica che di per sé, nell'alternativa tra tardoantico e bizantino, avrebbe verosimilmente condotto alla necessità di giustificare le interpolazioni riscontrabili nel testo dal punto di vista del diritto ad esse coevo, superando l'originaria attenzione al solo dettato classico dei passi, secondo prospettive che d'altra parte avrebbero con ogni probabilità suggerito altresì una miglior prudenza nell'individuazione degli interventi posteriori sulle opere dei *prudentes*: mentre soprattutto – se il rifiuto di ogni prospettiva interpolazionistica nell'esame dei testi da parte della letteratura più recente ha portato ad un notevole oblio della dottrina precedente, con conseguente abbassamento del livello esegetico di non poche opere di questi ultimi decenni (non sono molti oggi a menzionare in nota gli scritti di studiosi come Silvio Perozzi e Gino Segrè, e anche Pietro Bonfante non se la caverebbe molto bene se lo si dovesse giudicare con l'odierno criterio delle citazioni vantate) – tale fenomeno si è d'altra parte sovente concretizzato in un rifiuto generalizzato degli studi di tale epoca che, pur trovando la sua ragione formale in un ripudio ormai pressoché irriflesso dei metodi interpolazionistici, conduce peraltro ad ignorare qualsiasi scrittore di quel periodo, indipendentemente dal fatto che questo seguisse effettivamente tale metodo o meno (si pensi ad esempio, almeno entro certi limiti, a Salvatore Riccobono – come messo a fuoco recentemente da Mario Varvaro –, mentre in generale analogo destino tocca ormai anche agli scrittori precedenti il periodo interpolazionista così come a quelli immediatamente successivi), in una sorta di smarrimento della propria storia e delle proprie origini ultime in cui la cosiddetta scienza romanistica sembra ormai sempre più tristemente involversi.

L'ovvia conseguenza di tale smarrimento del proprio passato, come noto, è purtroppo il proliferare di trattazioni ove il diritto romano è affrontato e ricostruito sulla base di letture dei testi giuridici di una irrimediabile superficialità ove ogni approfondimento problematico recato dalla critica del periodo interpolazionista (e, come si è accennato, sovente anche da quella immediatamente successiva) viene programmaticamente evitato, dimenticando così, il più delle volte, le reali questioni testuali nonché sistematiche che le fonti presentano in se stesse e nel confronto tra loro, in una desolante parafrasi piatta ed anodina in cui sovente l'esegesi si risolve in una mera versione italiana del brano, con le inevitabili spiegazioni minime ed approssimative, e tende anzi talvolta a trasformarsi da parafrasi in una vera e propria parodia del testo, in vista di traduzioni spesso affrettate ed imprecise se non senz'altro sbagliate, come osservava Mario Talamanca nella sua nota sulla ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie.

L'oltranzismo antinterpolazionista, che nel suo complessato furore ge-

nuinista tende a temere come politicamente scorretto il rifiuto di una patente di classicità (o almeno di epiclassicità) a qualsivoglia testo, anche a quelli che, come diceva Vincenzo Arangio-Ruiz nel suo manuale di storia, «*redolent Triboniani* lontano un miglio», si attesta così, quand'anche percepisca il problema della effettiva attribuibilità del passo in esame al giurista indicato nell'*inscriptio*, su luoghi comuni e metodologie di sola facciata quali, in particolare, l'accorgimento della cosiddetta «genuinità sostanziale» (com'è noto stigmatizzato nella sua pressapochistica superficialità già da Franz Wieacker): giudizio di indole in ultima analisi tendenzialmente acritica e per di più fondato su una empirica visione del diritto classico in termini «sistematici» che corrisponde in sostanza proprio all'eseacrato metodo, tanto rimproverato agli interpolazionisti di una volta, di raffrontare i testi con una idea preconcepita di quanto è da ritenersi quasi a priori come classico o meno; a questo si aggiunge poi, per i casi più gravi, l'ulteriore criterio del salvare un passo invocando un accorciamento del testo per soppressione di una sua parte, specie in riferimento alla pluralità di opinioni richiamate dal giurista classico, metodo in cui tuttavia, persino in presenza di evidenti tracce di interventi riassuntivi, si tiene fideisticamente ferma l'attribuzione dell'opinione espressa nel passo al giurista indicato nell'*inscriptio*, senza troppo tenere presente – notava ancora Mario Talamanca – che tagli e parafrasi possono anche alla fine attribuire a quest'ultimo la soluzione da lui citata come altrui ma preferita dal compilatore se non addirittura – si potrebbe aggiungere – introdurre nel testo un'opinione anche diversa da quella originaria ma più consona al diritto postclassico o giustiniano coevo a tale revisione.

In effetti, se Giorgio La Pira – raccontava Indro Montanelli –, agli studenti che gli chiedevano come si può arrivare ad una certezza definitiva circa un'interpolazione, rispondeva un po' ironicamente «lo si chiede alla Madonna», simili dubbi non sembrano in ogni caso sfiorare l'odierno genuinismo imperante, e così come nella letteratura romanistica è ormai un luogo comune assai abusato parlare degli «eccessi» dell'interpolazionismo, sarebbe ormai anche opportuno indagare sulle sfrenate intemperanze e gli smodati abusi dell'opposta dottrina conservativa oggi prevalente: ne risulterebbe facilmente un piccolo museo di errori ed orrori metodologici nonché, soprattutto, la triste rassegna di una disinvolta insipienza esegetica purtroppo oggi sempre più diffusa.

2. In effetti lo stesso Giustiniano sembrava rendersi perfettamente conto del pericolo di un simile atteggiamento ostile e scettico verso gli interventi operati dai compilatori sui testi classici, tanto che in *Deo auct.* 7 – C.I. 1.17.1.7 –, dopo aver invitato i commissari a mutare in meglio quanto fosse da ritenere imper-

fetto (*‘hoc etiam nihilo minus observando, ut, si aliquid in veteribus legibus vel constitutionibus, quas antiqui in suis libris posuerunt, non recte scriptum inveniat, et hoc reformetis et ordini moderato tradatis’*) egli tenta addirittura di imporre una parvenza di originaria autenticità a tali interventi successivi ordinando di ritenerli veri e ottimi e quasi scritti fin dall’inizio, diffidando chiunque dall’osare, attraverso il confronto con gli antichi testi dei *prudentes*, ritenere *‘vitiosa’* la stesura contenuta nel Digesto (*‘ut hoc videatur esse verum et optimum et quasi ab initio scriptum, quod a vobis electum et ibi positum fuerit, et nemo ex comparatione veteris voluminis quasi vitiosam scripturam arguere audeat’*), in una artificiosa originarietà della riscrittura vista come la versione più vera e reale che prevarica sulla stessa stesura primigenia del testo (e pur con tutto il rispetto per l’imperatore ed ogni comprensione per la sua titanica e forse inevitabile impresa, di fronte ad una simile impostazione, persino un po’ folle nel suo delirio di onnipotenza, che pretende di considerare i testi del Digesto scritti come li avrebbero composti i giuristi qualora fossero stati bravi ed illuminati come Giustiniano ed i suoi collaboratori, diventando quindi più genuini ed autentici degli stessi scritti originali, a qualcuno potrebbe malinconicamente persino un po’ venire in mente, nelle recenti guerre jugoslave, la protervia dei generali che, distruggendo a cannonate Dubrovnick, la veneziana Ragusa «perla dell’Adriatico», rassicuravano i giornalisti occidentali promettendo che tanto ci avrebbero pensato loro a ricostruirla «più bella e più antica di prima»).

Come notava Filippo Gallo in uno dei suoi ultimi scritti, «l’attuale stupefacente disattenzione di correnti di romanisti per il problema delle interpolazioni nel Digesto mi induce a richiamare l’attenzione sulle univoche testimonianze di Giustiniano circa la loro esistenza. Come appare ovvio, non si tratta di interpretazioni od opinioni, bensì di dati storici, coi quali si elabora la ricostruzione e che, in più, nella specie, non possono essere disattesi per l’assenza di altri dati (non fantasiose supposizioni) in senso contrario», e riferiva quindi le testimonianze più salienti e significative di tale fenomeno. In primo luogo, «Giustiniano, nella costituzione *Deo auctore*, con cui dispose la compilazione del Digesto, prescrisse ai propri commissari (§ 7) di apportare ai testi giuristi classici (comprese le costituzioni imperiali in essi citate) tutte le modificazioni occorrenti per renderli adeguati, quali leggi vigenti, al proprio tempo. Nella costituzione *Tanta* (§ 11), l’imperatore attesta di aver ammonito i propri commissari di tener conto delle costituzioni da lui emanate *‘pro emendatione iuris’* e di attenersi ad esse anche nella compilazione delle Istituzioni. Ancora nella cost. *Cordi* (§ 1), egli ricorda: *‘Postea vero, cum vetus ius considerandum recepimus, tam quinquaginta decisiones fecimus quam alias ad commodum propositi operis pertinentes plurimas constitutiones promulgavimus, quibus maximus antiquarum rerum articulus emendatus et coartatus est omneque ius antiquum supervacua*

*prolixitate liberum atque enucleatum in nostris institutionibus et digestis reddidimus*». Inoltre, nella costituzione *Tanta* (§ 10), «Giustiniano sintetizzò così le operazioni effettuate per la compilazione del Digesto: 'Noi abbiamo fatto solo questo intervento: che se qualcosa nei loro testi [in quelli dei giuristi classici] ci sembrava superfluo o incompleto o non appropriato (*imperfectus*), ricevesse le aggiunte o i tagli necessari' (*nostrae emendationes*)». E «più avanti l'imperatore vieta come si è visto di confrontare tra loro *'ea quae antiquitas habebat et quae nostra auctoritas introduxit'* nel Digesto con questa giustificazione: *'quia multa et maxima sunt, quae propter utilitatem rerum transformata sunt'*. Ed è da sottolineare che «Giustiniano, detentore di un potere assoluto, ma legislatore oculato, non avrebbe vietato senza ragione (in assenza di modificazioni) il confronto tra la scrittura dei testi antichi e quella accolta nel Digesto, per di più comminando, contro i contravventori, le pene gravissime del *crimen falsi*. Nella costituzione *Tanta* (§ 1), Giustiniano attesta che il Digesto, grazie all'illuminazione celeste e al favore della somma Trinità, è stato composto secondo le sue istruzioni impartite fin dall'inizio. L'imperatore fu sicuramente ottimista: non è credibile che tutti i commissari abbiano osservato in ogni caso le sue istruzioni; ma non è neppure credibile che nessuno di essi le abbia mai osservate». E così concludeva Filippo Gallo: «nel Digesto ci sono sia frammenti genuini che frammenti interpolati e non si conosce a priori quali siano da annoverare tra i primi e quali, viceversa, tra i secondi. Per ciascuno di essi (per ogni parola da cui sono formati) occorre l'accertamento (l'indagine per compierlo), con la consapevolezza che in proposito non sembra valicabile il limite della probabilità. Il problema delle interpolazioni non è riducibile a una moda o a una fase superata dello studio del diritto romano, bensì è ad esso connaturato, perché non si può fare a meno del Digesto, sia per la ricostruzione del diritto classico (in generale della storia del diritto romano), che per quella del diritto giustiniano».

In tale prospettiva, in effetti, fa impressione che si possa negare, come faceva Renzo Lambertini, che gli interventi compilatori abbiano avuto il cosciente e pianificato scopo di attuare le riforme giuridiche introdotte da Giustiniano, e a sostenere che su tali basi risulta fortemente limitata l'incidenza sia numerica che sostanziale delle interpolazioni giustiniane, da considerare per di più, in base alla pur parziali indagini qui avanzate dallo studioso, soprattutto «di stampo meccanico».

Se dunque a proposito dell'attività «interpolatoria» le nozioni di «sottrazione», «aggiunta» e «mutamento» del testo erano già stati messe a fuoco quasi duemila anni fa dalla patristica e del resto la loro negatività intrinseca risultava *ab origine* legata nel verbo *'interpolo'* alle connesse truffe dei *fullones* che riciclavano per nuovi abiti usati (Non. Marc., *comp. doctr.* I, sv. *'interpolare'*

[Lindsay I, p. 49]: *'interpolare est inmittere et interponere et novam formam e vetere fingere ... et est tractum ab arte fullonia, qui poliendo diligenter vetera quaeque quasi in novam speciem mutant'*), e quindi, in ambito cristiano, all'opera di falsificazione della creazione divina che è specifico strumento di Satana *interpolator*, è evidente come lo stesso Giustiniano dichiarò nella maniera più esplicita e consapevole gli interventi operati sui testi classici: ed è strano come la romanistica moderna, a lungo dedita precipuamente a separare la genuina messe dei testi classici dalla zizzania degli interventi giustiniani, ora sembri aver rinunciato pressoché del tutto a tale compito, ed anzi giunga sovente a negare in pratica la stessa esistenza delle interpolazioni, quasi in un processo psicologico di rimozione che, verrebbe da dire, ricorda per certi versi quanto diceva Charles Baudelaire a proposito del fatto che la più grande astuzia del diavolo (*Diabolus interpolator*) è proprio quella di farci credere di non esistere.

3. Ed in effetti, non è difficile recare esempi di tale voluta ed ottusa cecità dei romanisti moderni che preferiscono non vedere neppure gli interventi più evidenti sui testi classici.

Così, per limitarsi a pochi esempi, vi è chi, di fronte alle variegato ipotesi interpolative prospettate in ordine ad un testo, com'è inevitabile sovente di segno opposto, si limita ad accennare genericamente alle tante censure mosse al passo senza entrare menomamente nel loro esame in base alla curiosa quanto disarmante considerazione che le singole ipotesi interpolative vanno in direzione contraria le une rispetto alle altre, e quindi si escludono a vicenda («talché accoltane una dovrebbe poi inevitabilmente respingersi l'altra»: esame cui peraltro lo studioso in questione si guardava bene dal procedere): paura degli estremi opposti che, se può corrispondere al noto *'in medio stat virtus'* che gli scolastici medioevali sintetizzavano dal *«meson te kai ariston»* aristotelico, procede ben oltre e tende addirittura a fare dell'analogo *'in medio stat veritas'* (apoftegma dedotto probabilmente da Bernardo di Chiaravalle, *serm. 6 de Ascens.: non amat veritas angulos, non ei diversoria placent. in medio stat ...*) un compiuto criterio della critica filologica, quasi che tracciare la mediana (termine ormai tristemente attuale) delle varie teorie interpretative sia un metodo sicuro per arrivare appunto alla veritiera soluzione di un qualsiasi problema testuale.

Vi è poi chi – oltretutto ahimè seguito da altri – come argomento per dimostrare la genuinità di un testo che *ictu oculi* risulta pesantemente sospetto, reputa sufficiente e soddisfacente trovare un secondo testo di analogo tenore sostanziale, anch'esso di classicità manifestamente piuttosto inverosimile, ritenendo che tale corrispondenza tra i due passi dimostri definitivamente ed al di là di ogni dubbio la loro comune risaleza alle idee ed alla penna (anche

se con qualche corruzione ovviamente soltanto «formale») di Ulpiano. Ora non interessa qui discutere sulla genuinità dell'azione *de servitute* adombrata in tali passi del giurista severiano (D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23, che in ogni caso verranno ripresi più avanti), né approfondire i persino troppi problemi sia formali che sostanziali da essi presentati, ma soltanto sottolineare come, secondo tale dubbia metodologia ricostruttiva, evidentemente i compilatori (nel caso, qui, postclassici) erano in grado di alterare un solo passo relativo ad una determinata materia, ma non sarebbero certamente mai stati capaci di manipolarne addirittura due, essendo, si deduce, una simile pluralità di interventi del tutto superiore alle loro forze e capacità: cosicché il fatto che la stessa impostazione, per quanto peculiare ed intrinsecamente sospetta, compaia addirittura in due passi (ed anzi, come si vedrà, persino in un terzo) costituirebbe di per sé un argomento sufficiente e metodologicamente definitivo per escludere in essi ogni corruzione (e che del resto, in relazione a tali due passi, la fallacia di simile argomento fosse già stata stigmatizzata un secolo fa da Ernst Rabel, poi, è argomento di nessun momento, dato che evidentemente, per questi studiosi, scritti così vecchi ormai non hanno più importanza alcuna e si possono oggi senza problema ignorare).

Ma il risultato più tragicomico di simili impostazioni genuiniste si ha quando il testo presenta obbiettive stranezze e contraddizioni che non si possono negare, come ad esempio avviene in un passo quale D. 43.20.1.13 (Ulp. 70 *ad ed.*: *Idem Labeo scribit, etiamsi praetor hoc interdicto de aquis frigidis sentiat, tamen de calidis aquis interdicta non esse deneganda: namque harum quoque aquarum usum esse necessarium: nonnumquam enim refrigeratae usum irrigandis agris praestant. his accedit, quod in quibusdam locis et cum calidae sunt, irrigandis tamen agris necessariae sunt, ut Hierapoli: constat enim apud Hierapolitanos in Asia agrum aqua calida rigari. et quamvis ea sit aqua, quae ad rigandos non sit necessaria, tamen nemo ambiget his interdictis locum fore*). Qui la frase finale, in cui l'uso dell'acqua calda considerato viene definito in ipotesi «non necessario» all'agricoltura, risulta incongrua rispetto al periodo immediatamente precedente, in cui il ricorso ad essa viceversa è ricompreso nell'ambito dell'interdetto solo in quanto del tutto «necessario» a tali scopi: ma per risolvere tale piccolo problema, è sufficiente postulare – se non senz'altro un riassunto del testo ovvero la caduta o il taglio di un segmento del discorso di Ulpiano – anche semplicemente che il giurista, dopo essere partito dalla posizione di Labeone, che si atteneva al requisito della necessità agricola, affermasse che ormai, al suo tempo, nessuno dubitava che gli interdetti *de aqua* fossero applicabili anche alle *aquae calidae* in generale, e questo indipendentemente da tale requisito, ossia altresì qualora il loro uso agricolo non fosse indispensabile: ritenendo cioè che nella frase finale (*et quamvis ea sit aqua, quae ad rigandos non sit necessaria, tamen nemo ambiget his inter-*

*dictis locum fore*’) sia caduto qualcosa (magari semplicemente ‘*nunc*’ o ‘*hodie*’) prima o dopo ‘*tamen*’, idoneo ad articolare il discorso del giurista in due parti, nella seconda delle quali tale successiva estensione alle acque calde non indispensabili alle necessità agricole risultasse meglio argomentata. Ma simili espedienti della critica testuale, già di per sé in odio a certi romanisti in quanto in intrinseco odore di interpolazionismo e del resto forse per loro troppo difficili, risultano ad alcuni autori così estranei alla loro limitata preparazione di stretta osservanza genuinista che essi, con inconsapevole comicità, pur di lasciare intoccato e intonso il testo preferiscono invece postulare che qui il povero Domizio Ulpiano fosse anzichè privo della più elementare logica consequenziale, e che quindi il suo discorso risulti, semplicemente, «fuori centro». Piuttosto che prospettare una possibile corruzione del testo, è per loro assai meglio postulare che il nostro sfortunato giurista fosse dopotutto uno stordito e che facesse dunque discorsi a vanvera ... (e qui viene in mente come Antonio Guarino consigliasse ai giovani studiosi, in un sapere esoterico e catacombale e tuttavia necessario, di andare sempre a consultare, ma di nascosto e senza dirlo a nessuno, l'*Index Interpolationum*).

Il carattere certo ilare ma in ogni caso estremo pur nella sua paradigmaticità di tali esempi mostra sin d’ora, se mai vi fosse necessità di una tale specificazione, che questo scritto si limita qui a voler essere altresì un mero *divertissement* sugli eccessi del rigido antinterpolazionismo conservatorista oggi imperante nella romanistica ed in particolare in quella italiana, tale da mettere un po’ alla berlina i ridicoli oltranzismi di simili tetragone posizioni e da lasciare emergere in maniera quanto più spontanea possibile la necessità di una loro completa revisione: necessità del resto ormai sempre più sentita sotto le dichiarazioni di lealtà che, formalmente, si continuano a rendere al regime genuinista per così dire ancora al potere. Lungi dunque da queste note, com’è ovvio, qualsivoglia velleità di una trattazione sistematica dei temi esaminati, così come ogni tentazione di procedere ad una loro rigorosa disamina di tipo propriamente argomentativo, anche se il procedimento affabulatorio condurrà inevitabilmente a dover talvolta affrontare in maniera più compiuta e persino talvolta potenzialmente definitiva alcuni aspetti più circoscritti di tali questioni. Del pari, le citazioni di autori del passato, e segnatamente di Franz Wieacker e di Max Kaser qua e là richiamate, non ambiscono menomamente a qualsivoglia riesame critico di tali posizioni, di cui si richiamano singole asserzioni più che altro esemplarmente, per mostrare come in realtà le visuali di questi studiosi del passato fossero alquanto diverse ed aperte alla critica testuale di quanto lo siano oggi le posizioni dei *pasdaran* dell’antinterpolazionismo, che pur ad essi si richiamano invocandoli a numi tutelari delle loro abitudini di pensiero: anche in quanto la progressiva accettazione di tali principi

ha in realtà inevitabilmente condotto ad una sensibile banalizzazione se non ad una vera e propria incomprendione delle più complesse prospettive di fondo che mezzo secolo fa erano sottese a questi dibattiti, mentre d'altra parte l'impovertirsi della tensione cosiddetta scientifica verso tali aspetti di fondo della metodologia di ricerca e lo scemare della capacità di approfondimento dell'esegesi testuale della romanistica più recente, a loro volta, non potevano che far perdere di vista le ben più articolate e per nulla semplici idee che animarono le discussioni in materia del secolo scorso. E anche per tal verso, sottolineare l'incolmabile distanza che separa l'attuale genuismo ed il suo acritico spontaneismo (il «livello più primitivo» paventato da Max Kaser) dagli approfondimenti del passato, non può a sua volta che contribuire a rendere per così dire autoevidente la necessità di una completa revisione delle posizioni di non poca parte delle odierne abitudini di analisi testuale, giustificando così anche per tal verso l'uso, se non certo acritico, quantomeno un po' impressionismo che qui ci si consente di fare delle citazioni di non pochi autori, soprattutto tedeschi, del secolo scorso.

4. In tale deprecabile abitudine di molti romanisti, come notava Peter Gröschler, a non riflettere più «sulla loro posizione rispetto alle interpolazioni» e soprattutto a «non motivare la genuinità di un passo», in un metodo di lavoro «disperso e incerto» dove vige acriticamente «il principio ... *'in dubio contra interpolationem'*», i reali motivi di tale atteggiamento in ultima analisi piuttosto illogico sono appunto alla fin fine in buona parte fondati su ragioni che vanno al di là di un atteggiamento propriamente razionale, e sarebbero piuttosto da ricercare come si accennava più sul piano psicologico e di ormai incontrollabili automatismi di pensiero che su quello rigorosamente metodologico della romanistica. In effetti, sembra d'altra parte piuttosto evidente che i tetragoni eccessi del genuinismo testuale oggi imperante, di cui in questa nota si sono recati alcuni esempi estremi, siano il frutto di una impostazione che è andata ben al di là delle contenute critiche all'interpolazionismo tra l'altro avanzate in particolare da Max Kaser, per giungere, come si è accennato, ad una supina accettazione acritica e superficiale del passo che talvolta rinuncia persino all'idea di una reale analisi testuale: e se la reazione all'interpolazionismo non mirava certo a un simile regressivo risultato, ma semmai a combatterne le esagerazioni e gli abusi ricostruttivi, si potrebbe in tale prospettiva notare come in realtà, molto più che tale reazione o altri fattori sovente invocati dalla storiografia romanistica, quali in particolare la «scoperta» del cosiddetto *ius controversum*, a far tramontare definitivamente tale metodo critico sia stata, in maniera alquanto meno razionale, proprio tale

indifferenza critica ai problemi testuali, adagiata sulla comoda e rassicurante convinzione che non vi era alcuna necessità di affrontare simili questioni in quanto, di per sé e prima di ogni compiuta indagine in tal senso, qualsiasi testo si poteva di norma presupporre genuino, stante la ormai definitiva condanna di ogni tendenza a sospettarne la possibile manipolazione e la scandalizzata reazione isterica – del resto presto poi sostituita da una più sicuro e corale atteggiamento di compatimento e di sufficienza – che ormai tendeva ad accogliere sconsiderati tentativi in tal senso (come osservava Michael Rainer, «a un certo momento l'interpolazionismo, insieme alla critica testuale, è praticamente, senza discussione alcuna, finito nel nulla» e «in genere senza discussione metodologica si è passati da un estremo all'altro»).

Così come l'ultimo interpolazionismo aveva superato la drastica alternativa tra classico e giustiniano, prendendo in considerazione altresì la terza ed anzi preponderante ipotesi di interventi postclassici sui testi, allo stesso modo il nuovo affermarsi ad esempio dello *ius controversum* – lungi dall'essere incompatibile, come pur si è postulato, con tale scuola critica – avrebbe posto fine soltanto a certi pur peculiari aspetti di indagine stilistica propri di tale metodo, e in particolare alla presupposizione della completa coincidenza di posizioni tra i giuristi classici, secondo una nuova impostazione tuttavia perfettamente inquadrabile in tale metodo ed anzi tale da raffinarlo e perfezionarlo. Se la reazione all'interpolazionismo si fosse dunque effettivamente limitata ad una critica razionale dei suoi metodi, senza arrivare ad un illogico rifiuto dell'analisi filologico-giuridica, la naturale evoluzione di tale metodo sarebbe verosimilmente stata, in una nuova e più matura critica del testo, quella semmai incentrata sull'individuazione delle varie stesure riscontrabili in un passo (gli «stadi testuali» propugnati da Franz Wieacker), senza più quindi usare il diritto giustiniano come sorta di discarica in cui gettare senza problema ogni elemento non classico e quindi di per sé negativo, ma semmai mirando a mettere a fuoco gli specifici motivi che avevano condotto il giurista tardoantico o il commissario giustiniano a quel determinato tipo di intervento sul testo classico e rinunciando altresì, di fronte alla presa di coscienza da parte della romanistica delle passate esagerazioni propri di tale metodo, agli aspetti più discutibili – i cosiddetti eccessi dell'interpolazionismo – che l'avevano una volta caratterizzato.

Poiché dunque la fine dell'interpolazionismo è andata molto oltre all'applicazione delle specifiche critiche rivolte a tale metodo, trasformandosi in una rinuncia di ogni effettiva critica del testo che non era certo nelle intenzioni di chi reagì a tale scuola, l'indagine sulle ragioni delle attuali condizioni della romanistica, e dell'acritico antinterpolazionismo oggi alquanto diffuso, che tende non poche volte a tradursi in un genuinismo oltranzista restio a priori ed anzi infastidito da qualsiasi discorso circa l'eventuale non classicità della

versione giustiniana del testo, va quindi condotta in una prospettiva più ampia, cercando appunto le ulteriori ragioni, più o meno accettabili e razionali, che hanno portato a tale preconconcetto rifiuto di ogni indagine storica in ordine alla formazione della stesura pervenutaci dei passi dei giuristi romani.

5. Un indizio in tal senso, sia pur in una formulazione di per sé accettabile, è ad esempio fornito da Dario Mantovani, che in particolare critica il «tipico formato argomentativo» proprio degli interpolazionisti di procedere per accumulazione di indizi: «non disponendo di prove, utilizzavano molti argomenti in sé deboli» – per il romanista pavese, anzi, «persino [...] contrari al vero» – «che nella loro somma gettavano così il sospetto» sul passo, cosicché «il testo sospettato (solo sospettato) diventava poi la base per screditare altri testi, finché, di rimando, ciò che all'inizio era un semplice dubbio si consolidava in certezza» (la «geometrische Progression» di cui parlava Max Kaser). Ora nessuno vuole certo qui mettere in dubbio i cosiddetti, ancora una volta, eccessi dell'interpolazionismo, e la sua tendenza a procedere sovente in maniera troppo sbrigativa nel condannare intere serie di testi in base al loro ricorso a parole o concettualizzazioni reputate estranee al diritto classico. Tuttavia, se le applicazioni troppo disinvolute ed affrettate di tale metodo per accumulazione – che certo vi sono state – sono com'è ovvio da condannare, il rifiuto di questo metodo per così dire indiziario in quanto tale (Dario Mantovani sottolinea come si tratta di un «procedimento che, se mi è consentito esprimere un gusto soggettivo, mi ha fatto sempre provare un'istintiva distanza da questo metodo») appare viceversa prospettiva alquanto pericolosa, e soprattutto metodologicamente inaccettabile (e tra l'altro si può a questo punto osservare una volta per tutte che se sovente furono eccessive certe «Wortmonographien» miranti a dimostrare il carattere postclassico di determinate parole, e su di esse si è riversata tanta facile ironia, non per questo appare giustificato, incontrando ad esempio espressioni come *'et ideo'* – o *'et (atque) ideo'*, *'et (atque) idcirco'*, *'ideoque'* ed *'idcircoque'*, secondo i due articoli di Gerhard von Beseler sulla «Savigny» del 1925 e del 1931 – ignorarle del tutto ed anzi non accorgersene nemmeno, senza che venga neppure in mente di porsi il problema se, alla luce del contesto complessivo, anche il ricorso a simili termini e locuzioni non possa a sua volta contribuire a palesare il carattere non classico della fonte).

In effetti, è ovvio che sarebbe alquanto preferibile arrivare ad una «prova», ossia a un riscontro definitivo, circa l'alterazione di un testo, ma questo com'è noto è possibile solo in casi piuttosto rari, come nelle ipotesi fortunate in cui si hanno a disposizione due stesure, ad esempio postclassica e giusti-

niana, di un determinato passo; ma nella normalità dei casi non è certo così, e l'interprete è costretto ad esaminare il passo valutando di volta in volta la sua affidabilità come stesura classica ovvero la sua eventuale natura di rielaborazione invece postclassica o giustiniana: ed in questo dovrà inevitabilmente fondarsi su un'idea per vari versi «a priori» ed intrinsecamente provvisoria di quelli che possono essere i verosimili canoni per valutare la genuinità o meno del testo (la famosa prospettiva «sistemica» del diritto romano classico tanto rimproverata agli interpolazionisti, ma che d'altronde costituisce in linea di massima lo stesso metodo usato dai genuinisti odierni per sostenere la fidabilità del testo, magari nel già ricordato giudizio imperniato sull'ambigua categoria della «classicità sostanzialmente» del passo): un'idea di massima certo non definitiva di che cosa può essere la classicità di un testo e che costituisce com'è naturale uno strumento se si vuole alquanto rozzo, ma di cui evidentemente non si può fare a meno se non si vuole fermarsi ad una completa afasia critica sinché un prodigio (magari l'intervento divino su cui scherzava Giorgio La Pira) giunga finalmente a miracolarci una compiuta e definitiva più precisa nozione di tali atteggiamenti di fondo caratterizzanti il diritto classico, tardoantico e giustiniano: insomma, uno strumento, quello dell'idea un po' «a priori» della genuinità di massima di un passo, che d'altronde, in maniera più o meno cosciente, qualsiasi romanista usa senza problema (ovviamente con una visione di massima dei vari fattori da considerare di maggiore o minore spessore a seconda dei casi) e di cui nessuno potrebbe mai fare a meno.

Non possedendo strumenti più precisi e definitivi, dunque, di fronte ad un qualsivoglia testo l'interprete dovrebbe porsi il problema del suo carattere classico, tardoantico o giustiniano, e darvi una risposta provvisoria in base alla propria visione di massima delle peculiarità del diritto di tali epoche, da verificare poi, com'è ovvio, attraverso più specifiche analisi testuali e giuridiche: se questa metodologia è inevitabile, ed in primo luogo ci è imposta dal semplice fatto che lo stesso Giustiniano nelle costituzioni introduttive del *Corpus Iuris* come si è ricordato ammette senza problema ed anzi come un proprio merito l'adattamento (o meglio il perfezionamento) dei frammenti dei giuristi classici, è altresì inevitabile che tale giudizio non potrà avvenire che appunto come accumulo di indizi e che, nella estrema rarità dei casi in cui si può arrivare ad una prova definitiva in un senso o nell'altro, si tenderà almeno provvisoriamente a considerare classico, tardoantico o giustiniano un testo in base alla direzione in cui si addensano indizi sufficienti e magari, in certi casi, altresì gravi, precisi e concordanti (le «congetture di verosimiglianza» di cui parlava Max Kaser).

Ma l'odierno genuinismo, cresciuto in una istintiva ed aprioristica repulsa

di qualsiasi taccia di non classicità mossa ad un testo dei *Digesta*, tende a rifiutare in linea di principio tale inevitabile metodologia empirica, o meglio, ad usarla soltanto perchè non ne può fare a meno, accettandola quando tale tipo di esame conduce ad una situazione sussumibile in una complessiva «classicità sostanziale» del testo, ma invece a rifiutarla del tutto quando essa si risolve invece in una verosimile diagnosi di non genuinità del suo dettato. Per tal verso, sono estremamente rivelatrici le stesse parole «indizio» e «prova» usate da Dario Mantovani, che nel contrapporre i due concetti enfatizzano la differenza e la distanza tra il «sospetto» e la «certezza» della classicità o meno di un passo, attribuendo quindi – secondo i canoni generali dei processi dimostrativi che vigono in altri ambiti gnoseologici dove la verità può ben diversamente essere assodata sperimentalmente – un valore implicitamente negativo alla nozione di «sospetto», con la conseguente automatica condanna di qualsiasi soluzione interpretativa che non si fondi appunto su di una compiuta «prova». Se percorsa coerentemente sino in fondo, tale via porterebbe com'è ovvio all'impossibilità di pronunciarsi sia sulla classicità sia sul carattere invece tardoantico e giustiniano di un testo, al di fuori dei rari casi in cui ciò per accidente fortunato sia possibile averne una doppia stesura, finché l'uno o l'altro carattere del passo non sia una volta per tutte compiutamente dimostrato, e quindi il più delle volte, di fatto, ad una generalizzata impraticabilità di ogni discorso critico su di esso: ma in realtà questo non avviene proprio in quanto, con procedimento metodologico non esplicito e alquanto ingiustificabile, la reazione agli eccessi dell'interpolazionismo ha finito con il condurre non pochi romanisti a coltivare l'idea, a livello più o meno conscio, che un testo debba essere considerato genuino sino a compiuta prova del contrario, per cui, nell'incertezza – ed anche quando nel senso di una manipolazione si accumulino un certo numero di indizi più o meno gravi – il testo va comunque considerato classico. Un'idea, questa, che emerge più o meno esplicitamente sia in vari testi che trattano in maniera specifica del problema delle interpolazioni (come ad esempio nelle ricordate considerazioni di Dario Mantovani), sia in non poche delle dichiarazioni di genuinità di un testo non propriamente suffragate da adeguate motivazioni (e sembra infatti che sia una simile sottaciuta impostazione quella che in fondo legittima i pressapochistici giudizi fondati sulla «classicità sostanziale» del passo). Quasi nell'illusione di essere non più una semplice *techné* in senso platonico, ma una vera e propria scienza in senso sperimentale, la romanistica sembra essersi come convinta di poter procedere nel suo lavoro esclusivamente in base a prove definitive, dimenticandosi come nella limitata empiria dei propri metodi dimostrativi e nella scarsità del materiale a disposizione il suo lavoro sui testi non possa che procedere attraverso provvisori ed incompleti indizi (i famosi «indizi

formali» – «sintattici, concettuali, linguistici»– ed «indizi materiali» di cui parlava Franz Wieacker, utili per arrivare, secondo le parole di Max Kaser, a «probabilità più o meno ampie», come ricordava Karl-Heinz Ziegler): e così, in base alla rozza semplificazione ormai di moda «*in dubio contra interpolatorem*», essa tende ormai assurdamente a pretendere la produzione di una impossibile prova assoluta per ammettere una qualsiasi corruzione rispetto alla originaria versione classica di un testo riportato dai *Digesta* giustinianeî.

6. Se da un punto di vista di metodo cosiddetto scientifico la posizione secondo cui un testo deve essere considerato classico appunto sino a compiuta prova del contrario non è in se stessa sostenibile, ed anzi va contro non solo alle esplicite dichiarazioni di Giustiniano, ma alla stessa normale cultura ed esperienza di ogni romanista, ecco che la sua diffusione ed acritica accettazione sembra dunque soprattutto fondarsi su di un fattore psicologico del tutto irrazionale, ma alquanto radicato nella mentalità di certa romanistica coeva. Anche qui, può essere utile riguardare l'ultima citazione di Dario Mantovani poco più sopra riportata, in cui si nota un verbo che – se può essere in certo modo giustificato avendo riguardo alla critica interpolazionistica più risalente ed estrema – risulta del tutto gratuito se riferito in generale alla critica testuale, e quindi altresì alla ricerca dei vari «stadi testuali» propria delle prospettive più recenti di tali impostazioni: il verbo in questione è «screditare» («il testo sospettato [...] diventava poi la base per screditare altri testi»), ed in esso si nota la implicita ed inconscia convinzione, che non reggerebbe un solo istante se messa a fuoco a livelli più consapevoli e razionali, secondo cui considerare un testo come non classico bensì come tardoantico o giustiniano, sia come un rifiutarlo, un buttarlo via, un condannarlo all'irrelevanza e all'oblio della non esistenza romanistica (non a caso, trattando del genuinismo oggi imperante, ho parlato talvolta di «buonismo interpretativo», mirante a concedere una patente di classicità – o epiclassicità, magari solo «sostanziale» – a qualsiasi passo sia pur nella maniera più evidente *redolens Triboniani* ovvero in netto odore di scuola postclassica, in quanto sembra a non pochi, in ultima analisi, troppo crudele e *politically incorrect* discriminare quasi razzisticamente tale povero testo, appunto «screditandolo» nella sua dignità).

Da un punto di vista astrattamente logico questa posizione, che poteva avere un senso quando, come si accennava, la critica interpolazionista tendeva a fare della categoria del «giustiniano» una specie di immondezzaio giuridico di tutto quanto non appariva classico e quindi «bello», appare oggi decisamente insostenibile di fronte alla eguale dignità che, quale oggetto di studio, non si può non riconoscere a qualsiasi fase del diritto romano, e soprat-

tutto in relazione alla necessità di mettere a fuoco le caratteristiche di ogni epoca quale strumento indispensabile per illuminare compiutamente le altre (e, quindi, in primo luogo il diritto classico, che rimane in ogni caso l'aspetto portante e la giustificazione ultima della disciplina romanistica). Tuttavia, in realtà, questa pur ovvia evidenza metodologica non imprime consequenzialmente, come pur in astratto ci si potrebbe aspettare, le proprie logiche implicazioni ai metodi della ricerca romanistica, un po' perché, come in compartimenti incomunicabili tra loro, gli studiosi del diritto classico tendono a disinteressarsi non poco delle epoche successive, un po' in quanto qualsiasi posizione giuridica, anche se contenuta in passi di evidentemente dubbia genuinità, trova sempre adepti disposti a creare castelli ricostruttivi su di essa, magari per semplice amore di una posizione facilmente innovativa, e a battersi quindi, sia pur con argomenti perlopiù inadeguati, per sostenerne la classicità: ovviamente, almeno «sostanziale».

In effetti, nelle ricerche che si pongono in una prospettiva di diritto postclassico ovvero giustiniano, l'individuazione di tratti successivi nei testi classici che direttamente interessino la materia oggetto di studio è operazione normale e non troppo problematica, dato che il testo – di cui non tanto si rifiuta la classicità, quanto piuttosto si individuano in esso elementi recenziori che servono alla ricostruzione condotta in ordine alle epoche successive – qui non sembra affatto venire «screditato» nella sua non risalenza al giurista classico cui è attribuito dall'*inscriptio*, ma al contrario valorizzato nel testimoniare aspetti giuridici relativi al periodo recenziore preso in esame (e non è un caso, ad esempio, che negli interventi al convegno di Trento del 2007 quello per certi versi più pronto ad accettare metodi, se non propriamente interpolazionistici, quantomeno di ricostruzione storica del testo, sia appunto quello di Fausto Gorla, che guardando tali fenomeni da un punto di vista di diritto bizantino ha ovviamente interesse a riscontrare anche nei testi del Digesto gli interventi dei commissari giustiniani e quindi le concezioni e le soluzioni giuridiche oggetto della propria specialistica disciplina: ed infatti egli è l'unico in tale contesto a dichiarare senza mezzi termini «devo dire subito che sono un sostenitore della necessità di scoprire le interpolazioni, perché, se riusciamo ad individuarle, naturalmente con metodo adeguato, otteniamo delle informazioni preziose sulla evoluzione del diritto o sul modo di esprimerlo e di presentarlo», esplicitando anzi la sufficienza di un soddisfacente grado di probabilità pur in assenza di una vera e propria prova definitiva e condannando, tra l'altro, le conseguenze pressapochistiche del metodo che si ferma a ritenere appagante il giudizio di «classicità sostanziale» circa un testo).

Per tal verso, le ricerche di diritto giustiniano e bizantino, che oggi trovano non pochi cultori, preservano dunque entro certi limiti, rendendola lecita

anche al più bigotto antinterpolazionismo di stretta osservanza, l'individuazione e l'approfondimento dei tratti di matrice compilatoria rinvenibili nel Digesto: e poiché qui, agli occhi del buonismo genuinista, non si tratta certo di «screditare» e di rifiutare un passo, rinunciando al suo apporto giuridico, bensì innegabilmente di collocare le sue alterazioni nel proprio contesto così da illuminare meglio le peculiarità del diritto del VI secolo, tale operazione appare giustificata ed accettabile. Ma quando ci si pone dal punto di vista del diritto classico, scartare un testo come corrotto viene invece percepito dai più come una sorta di spreco e di inutile rottamazione del passo, quasi una rinuncia dell'interprete ad un supposto suo compito di accettare e salvare qualsivoglia lacerto di quanto conservatoci dei giuristi classici, e quindi più o meno nei termini di un'ammissione di incapacità a valorizzare quel testo: per non parlare, ovviamente, del rischio di essere oggetto degli strali di recensori ormai restii ad ogni seria lettura ed effettiva critica di un libro, ma sovente pronti a stigmatizzare l'inadeguatezza inattuale di qualsivoglia pur episodica apertura interpolazionista (situazione, perdipiù, aggravata dal fatto che sovente, quando fa comodo, vari libri recenti non si fanno invece scrupolo di accettare senza problemi, ed in maniera sovente superficiale, isolate soluzioni di tale tipo, al fine di liberarsi di un testo che ostacoli la linea ricostruttiva percorsa, cosicché si leggono non troppo di rado monografie che prima professano come di prammatica la loro entusiastica adesione alla definitiva sepoltura del metodo interpolazionista, e poi in un caso circoscritto lo applicano nella maniera più brutale, limitandosi a fare riferimento alle censure riportate dall'*Index Interpolationum*, talvolta senza neppure indicare i loro autori e procedere ad un menomo esame di queste).

Se tale pur contenuta preservazione della critica del testo vale per la dimensione giustiniana dei passi del Digesto, per quanto riguarda invece l'aspetto postclassico degli interventi in essi riscontrabili il discorso è alquanto più triste, e nonostante la pubblicazione anche in tempi recenti di studi di ottimo livello sul diritto privato tardoantico si assiste in generale ad un sempre minore interesse verso le ricerche di tale tipo (si pensi, tra l'altro, a come ad esempio i convegni dell'Accademia Costantiniana evitino in pratica ormai da decenni di occuparsi di tale pur fondamentale settore dell'esperienza giuridica tardoantica): e questo forse anche in quanto, come osservava Fausto Gorla, «il cosiddetto 'diritto postclassico' è quello più difficile da conoscere e da interpretare», ed è quindi studiato in maniera alquanto limitata e, soprattutto, specialistica, in una esclusività di nicchia che purtroppo ha finito con il separare in maniera relativamente netta gli studi di tale periodo dalle ricerche sul diritto classico, senza contare il fatto che i tardoantichisti si dedicano prevalentemente, come si diceva, a temi di diritto pubblico (ma per quanto difficile e negletto, è proprio al periodo postclassico e soprattutto alla sua prima fase, com'è noto, che già

secondo Fritz Schulz e Franz Wieacker si riconnette la più parte delle alterazioni dei testi privatistici dei *prudentes*, e quindi la possibilità di rintracciare le nuove prospettive giuridiche che vi diedero luogo nonché, per tal via, le precedenti visuali classiche). E per tal verso appare qui ancora una volta da ricordare quanto a questo proposito scriveva Mario Talamanca, il quale, nel lamentare tale separazione sempre più accentuata tra lo studio del diritto classico e quello tardoantico («... pur nel sicuro riconoscimento della libertà delle scelte, io provo un forte senso di apprensione per i destini della nostra materia, quando vedo l'imperscrutarsi di indagini sul tardoantico, che su quell'opera», ossia il *Codex Theodosianus*, «principalmente si fondano, e soprattutto la specializzazione esclusiva in tale campo, perché penso a quanto sia difficile che chi si sia avviato a una tale specializzazione si trovi a suo agio con i testi dei *prudentes* che, a differenza delle costituzioni tardoantiche, sono l'unico vero retaggio che il mondo romano ha trasmesso al nostro presente»), consigliava «a coloro che pongono in non cale l'accertamento dell'attendibilità del testo» di «rileggere un po' più spesso i confronti testuali tra i frammenti dei *Libri ad edictum* e *ad Sabinum* di Ulpiano contenuti nei *Vaticana fragmenta* e nella *Collatio* ed i corrispondenti passi del Digesto», aggiungendo altresì che a «coloro i quali hanno un senso di fastidio all'idea di dover procedere all'accertamento dell'attendibilità dei testi su cui lavorare» conveniva – «anche se i romanisti di stretta osservanza» tendono a non guardare neppure tale raccolta» – «leggersi soprattutto il *Codex Theodosianus* nell'edizione di Theodor Mommsen e di Paul Krüger, dove si evidenzia il trattamento che le costituzioni imperiali hanno subito – su autorizzazione imperiale, senza dubbio (necessaria, trattandosi di *sacrae leges*) – nella compilazione giustiniana».

Tra l'altro, si sarà notato come negli autori citati si parla senza alcuna remora né imbarazzo di periodo «postclassico», parola che sovente ha destato in questa sede sdegnati rifiuti o sorrisetti di sufficienza, sostituita dal magico concetto di «tardoantico», che, a sua volta, ha definitivamente sconfitto l'antiquata quanto esecrata dizione di «basso impero», forse giustamente considerata dalle implicazioni di per sé troppo sprezzanti, ma divenuta ormai oggetto di un odio e di un livore degni di miglior causa: tuttavia il termine «tardoantico» può andare bene finché ci si occupi di diritto pubblico, dove è ormai usato tranquillamente e risulta convenzionalmente sufficientemente preciso, mentre, se si tornasse finalmente a trattare altresì del diritto privato di tale periodo, non sarebbe difficile accorgersi di come l'aggettivo «postclassico» sia di per sé necessario, se non di addirittura insostituibile ed imprescindibile, in quanto evoca subito con esattezza alcunché collocantesi tra il «classico» ed il «giustiniano», indicando immediatamente il diritto di tale periodo nella sua specificità tecnicistica: al contrario di «tardoantico», che se riferito al

diritto privato diviene un aggettivo generico e fuorviante nella sua imprecisione, in quanto troppo lato e per così dire «allogeno» ed estraneo nelle sue stesse coordinate concettuali. Né ci si periterà dunque di ricorrere qui tranquillamente al termine «postclassico».

In ogni caso, questa tendenziale frammentazione specialistica del diritto romano secondo le sue epoche, che ha affidato in buona parte il diritto giustiniano ai bizantinisti e quello postclassico a studiosi del tardoantico alquanto restii ad occuparsi del diritto privato di tale epoca, mentre a sua volta chi si occupa di diritto classico concede aperture solo *per receptionem* ai problemi relativi ai suoi sviluppi successivi, ha in modo forse decisivo contribuito a minare sin dalle sue fondamenta la necessità di procedere ad una critica testuale imperniata sulla storia del testo e sui fattori che possono avere decisamente influenzato la sua trasmissione ed il suo adattamento nell'età postclassica (a sua volta ulteriormente ripartibile in vari sottoperiodi) ed in quella giustiniana. Se non pressoché scomparsi, sono in ogni caso sempre più rari gli studi ove un istituto viene esaminato, oltre che nel diritto classico, altresì nei periodi successivi, secondo prospettive ove gli sviluppi postclassici e giustiniani giungono anche a confermare e a suffragare la conformazione classica della figura giuridica così ricostruita: ed anzi, quand'anche si segua in qualche modo tale metodo, si assiste sovente a un passaggio diretto dal diritto classico al contesto giustiniano, saltando senza troppe preoccupazioni né rimpianti la pur lunga parentesi tardoantica. Da qui, come si diceva, la forte tendenza a rifiutare qualsiasi possibilità di alterazione dei testi, se non in casi estremi e di sicurezza per così dire meccanica, appunto in quanto individuare interpolazioni non riesce ad essere strumentale ad individuare le stratificazioni dei testi e quindi il conformarsi del regime dell'istituto nelle varie epoche, ma viene invece percepito solo come una ingiustificata rinuncia ad avvalersi di un passo, senza cioè riuscire a mostrare che anch'esso può essere in ogni caso riconosciuto come «sostanzialmente classico», e quindi come un rifiuto che «scredita» il testo in questione e lo condanna ad essere gettato in quella sorta di immondezzaio giustiniano (o nel caso postclassico) cui si è accennato, relegandolo quindi in epoche che alla fine non interessano in realtà per nulla l'autore e di cui egli non ha nessuna intenzione di ricostruire le vicissitudini neppure per quanto riguarda l'istituto da lui studiato.

7. Questa acritica propensione ad attribuire ogni parola del Digesto al diritto classico, in una sorta di ingordigia interpretativa in cui una tendenziale bulimia esegetica teme di sprecare come inutile, deprivandone la propria sfera di indagine, qualsiasi lacerto attribuito ad epoche che non siano quella di cui

specialisticamente ci si occupa ed in particolare di quella classica, è dunque per vari versi alla base dei disperati tentativi di salvare ad esempio due testi come D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23, cui si è accennato ricordando prima la curiosa metodologia di evitare ogni esame delle tesi interpolazionistiche sul primo in quanto esse vanno in direzione contraria le une rispetto alle altre e così si escluderebbero a vicenda, e quindi mostrando come ulteriore esempio di simili procedimenti di ricerca l'assurdo argomento che fa leva sulle analogie presentate dai due testi per negare che entrambi possano essere interpolati, quasi che un qualsiasi tipo di intervento postclassico non possa di per sé riguardare una pluralità di passi. In realtà, una semplice scorsa ai due testi è sufficiente per mostrare gli svariati, gravi e concordanti argomenti che conducono a postulare senz'altro, nella maniera più piana, come già ampiamente messo in luce dalla critica interpolazionistica, la non classicità dei due passi di Ulpiano, entrambi tratti dal LIII libro *ad edictum* del giurista:

D. 8.5.10.pr.-1: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo, sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario posseddisse. Agi autem hac actione poterit non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum cum omnibus agi poterit, quicumque aquam nos ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium. et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri poterit

D. 39.3.1.23: ... si tamen lex non inveniatur, vetustatem vicem legis tenere. sane enim et in servitutibus hoc idem sequimur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur. non ergo cogemus vicinum aggeres munire, sed nos in eius agro muniemus: eritque ista quasi servitus, in quam rem utilem actionem habemus vel interdictum

Ma, in ogni caso, qui non interessa insistere troppo nel sottolineare i molti elementi formali, sostanziali, processuali e sistematici che conducono, come ho già mostrato altrove, a vedere in tali testi uno sviluppo postclassico della tutela della servitù prediale, ma semplicemente soffermarsi su alcuni risvolti metodologici che direttamente riguardano l'oggetto di queste note.

In primo luogo, infatti, si parla qui di un'*actio (utilis)* fondata su una titolarità della (*quasi*) *servitus* ottenuta tramite *diuturnus usus*: elemento, quest'ultimo, che non si comprende bene se costituirebbe qui un acquisto prescrittivo del diritto tramite usucapione ovvero un fenomeno meramente probatorio connesso alla *vetustas* o immemoriale: ed è meglio sorvolare su tale problematico punto, dato che i moderni sistemi esegetici arrivano a saltarlo a piè pari, come ad esempio fa

Luigi Capogrossi Colognesi, limitandosi ad affermare che «con Ulpiano appare ormai pacifico il valore del tempo ai fini della titolarità della servitù d'acquedotto o, almeno, della prova della loro esistenza», quasi che i due fenomeni fossero perfettamente sovrapponibili e che la confusione tra essi mostrata dai due passi non fosse invece di per sé preciso indizio di prospettive non più classiche (anche per più specifici motivi che non mi soffermo qui a richiamare).

In realtà è ovvio che la *'vetustas'* o «immemoriale», che trova applicazione nel regime dell'*actio aquae pluviae arcendae* e quindi nelle servitù idriche, per poi sopravvivere in molteplici ipotesi connesse soprattutto al diritto amministrativo, è istituto completamente diverso, per quanto sempre legato al trascorrere del tempo, rispetto alla figura della *usucapio*: mentre in quest'ultima il momento iniziale in cui ha avuto principio la situazione possessoria (o l'*usus* del rapporto idrico) ha qui un'importanza imprescindibile per determinare la sussistenza dei suoi requisiti costitutivi – durata del possesso, sussistenza iniziale della buona fede e così via –, ed è appunto a tale istante d'esordio cui si deve fare riferimento per determinare l'avvenuto acquisto prescrittivo, viceversa nella *vetustas* il momento iniziale è per definizione sconosciuto ed anzi completamente caduto nell'oblio (D. 22.3.28, Lab. 7 *pith a Paul. epit.*: *'Si arbiter animadvertere debeat, an operis facti memoria exstet, hoc ei quaerendum est, an aliquis meminert id opus factum esse. PAULUS: immo cum in arbitrio quaeritur, memoria facti operis exstet nec ne, non hoc quaeritur, num aliquis meminert, quo die aut quo consule factum sit, sed num hoc aliquo modo probari possit, quando id opus factum sit: et hoc ita, quod Graece dici solet ἐν πλάτει. enim potest hoc memoria non teneri: intra annum puta factum, cum interim nemo sit eorum, qui meminert, quibus consulibus id viderit, sed cum omnium haec est opinio nec audisse nec vidisse, cum id opus fieret, neque ex eis audisse, qui vidissent aut audissent: et hoc infinite similiter susum versum accidet, cum memoria operis facti non exstaret'*). I due fenomeni sono dunque estremamente diversi nella loro operatività, oltre ad avere esplicazioni sostanziali diverse, dato che mentre l'*usucapio* ha valore costitutivo e fa acquistare il diritto, la *vetustas* si limita a dispensare il detentore da ogni altra dimostrazione del diritto, agendo su di un piano esclusivamente probatorio: per di più, da un punto di vista processuale, sia l'*usucapio* che la *vetustas* vengono in questione solo nella fase istruttoria quando giunga il momento appunto di dimostrare in concreto la sussistenza della posizione del detentore del rapporto, e non nella formula dell'*actio*: e quindi, nel sistema formulare, vengono fatti valere attraverso la normale *actio in rem*, senza che vi sia menomamente necessità di ricorrere ad un'azione speciale, quale quella adombrata dai due testi, qualora l'origine della servitù sia dimostrata tramite la sua immemorialità o, al limite, mediante la sua usucapione.

E' quindi estremamente improbabile che Ulpiano potesse tendere a sovrapporre i due istituti creando l'incredibile guazzabuglio concettuale cui si assiste in D. 8.5.10.pr-1 e D. 39.3.1.23, e soprattutto che prevedesse per tali

casi un'azione speciale.

L'azione in esame, poi, sarebbe esperibile *erga omnes* e non più soltanto contro il titolare del fondo servente, secondo una generale specifica caratteristica della *vindicatio servitutis* ribadita dallo stesso Ulpiano specie nel XVII libro *ad edictum* (D. 8.5.8.1 – '*Competit mihi actio adversus eum, qui cessit mihi talem servitutem ...*' – e ad esempio D. 8.5.6.3 – '*Haec autem actio in rem magis est quam in personam et non alii competit quam domino aedium et adversus dominum, sicuti ceterarum servitutum intentio*' –, nonché D. 8.5.2.1 – '*Haec autem in rem actio confessoria nulli alii quam domino fundi competit: servitutem enim nemo vindicare potest quam is qui dominium in fundo vicino habet, cui servitutem dici debet*' – e D. 7.6.1.pr.: '*Si fundo fructuario servitus debeat, Marcellus libro octavo apud Iulianum Laeoneis et Nerva sententiam probat existimantium quidem eum vindicare non posse ...*'): contraddizione, questa, che viene spiegata dai moderni esegeti in base alla circostanza che si tratta qui di un'*actio utilis* e non della vera e propria *vindicatio*, ossia ricorrendo al secolare espediente già individuato dai glossatori, che dovendo usare il Digesto come diritto positivo non potevano ammettere che in esso vi fosse contraddizione alcuna e ricorrevano dunque a soluzioni conciliative come in particolare appunto quella di distinguere l'*actio directa* da quella *utilis*, secondo un metodo che può essere efficace quando si tratti di superare empiricamente problemi teorici per poi concentrarsi sulla dimensione positiva dell'ordinamento al di là di ogni prospettiva storica, ma che ovviamente lascia in realtà del tutto insoluti i problemi in una dimensione di ricostruzione critica dell'ordinamento romano classico (tanto più che non si tenta menomamente di spiegare in cosa sarebbe consistito il carattere «utile» di tale azione né le ragioni che la rendevano necessaria).

In effetti, le ragioni per cui le *actiones de servitute* sono esperibili esclusivamente tra i *domini* dei due fondi erano già state messe in luce più di un secolo fa da Vincenzo Arangio-Ruiz, che, muovendo dalla lite in materia di proprietà e dall'osservazione di come in essa ogni terzo stia su di uno stesso piano rispetto al proprietario, potendo venire in possesso della cosa e costringendolo quindi a dare la prova del dominio senza che peraltro la decisione così ottenuta possa in alcun modo riguardare i soggetti estranei a tale lite, prosegue affermando: «che in materia di servitù possa dirsi lo stesso, non vorrà ritenerlo nessuno»; infatti «il diritto di servitù è *costituito*, nel senso più preciso della parola, dal proprietario del fondo servente: riconosciuto l'atto di costituzione, è senz'altro riconosciuta la servitù», e tutto questo «non può non avere influenza sulla valutazione del giudicato», poiché «se la prova del diritto si riduce alla prova del rapporto tra i proprietari, sembra evidente che, quando una *pronunciatio de iure* abbia dichiarato questo rapporto, esso non possa più dar luogo a controversie ulteriori, né col *dominus* né con gli estranei, qualunque sia la pretesa che vi si appoggia nel processo nuovo». Né può essere qui invocata a sostegno della tesi opposta

la confessoria del diritto moderno, come faceva in particolare Giuseppe Grosso, poiché, al di là delle varie differenze, specie per quanto riguarda l'oggetto dell'azione, della confessoria attuale, che ora mira altresì a tutelare l'esercizio del rapporto, è soprattutto da tenere presente in primo luogo che oggi la coincidenza tra la titolarità del bene immobiliare e la qualità di costituente, presupposto della trascrizione e da essa accertato in linea di massima per sempre, permette appunto che l'azione confessoria sia esperibile, nel caso che la sussistenza del diritto venga contestata, anche da parte del semplice possessore o del *fructuarius* del fondo dominante e contro chiunque possedga o detenga il fondo servente, dato che questi non faranno altro che far valere un elemento obbiettivo risultante da pubblici registri (e in ogni caso, pur in presenza di questo più sicuro sistema di trascrizione, egualmente l'usufruttuario, qualora agisca di propria iniziativa per far riconoscere l'esistenza di servitù a favore del fondo ovvero l'insussistenza di analoghi diritti che i terzi pretendano di esercitare su di esso, deve in ogni caso chiamare in giudizio il proprietario della *res fructuaria*: art. 1012, II comma, cod. civ.): ma è soprattutto la peculiarità costituita, nell'*ordo iudiciorum* romano, dal carattere pecuniario della condanna, sia pur in un sistema che mira ad ottenere l'adempimento spontaneo del reo attraverso l'*arbitrium iudicis*, che risulta strutturare in linea di principio le *actiones de servitutibus* come un mezzo di tutela ove, dopo che l'organo giudicante ha espresso il proprio parere ed invitato il resistente a soddisfare la pretesa della controparte per evitare di giungere alla *condemnatio*, il convenuto è posto di fronte all'alternativa tra il riprestinare la situazione di diritto fatta valere dall'attore (impegnandosi innanzitutto, tramite *cautio*, a non esercitare più la pretesa servitù sul fondo di quest'ultimo, ovvero a non impedire all'altro di esercitarla sul suo fondo) ed il pagare invece la *litis aestimatio*, «acquistando», per così dire, il diritto oggetto della causa che l'ha visto soccombente: e, per tal verso, avvalersi della *litis aestimatio* per estinguere l'altrui servitù o per acquistare un analogo diritto a proprio favore, equivale in sostanza a compiere un atto di autonomia negoziale rispetto al fondo in questione, e quindi a disporre nel senso più pieno del diritto reale sotteso, ossia ad una manifestazione di volontà acquisitiva o estintiva che ben difficilmente potrebbe essere configurabile in capo a persona diversa dal proprietario del fondo.

In effetti, è tra l'altro da notare che, se anche sovente una certa dottrina ha teso ad identificare il carattere reale degli *iura in re aliena* con la possibilità di tutelarli attraverso un'azione *in rem*, tale impostazione si manifesta come sostanzialmente erronea soltanto a guardare nel loro complesso e nella loro storia tale tipo di diritti: basti pensare a come il diritto di superficie venga a lungo tutelato semplicemente con un *interdictum de superficiebus*, o a come il *pignus conventum* o ipoteca sia in un primo tempo protetto dall'*interdictum Salvianum utile*, senza che si sentisse menomamente il bisogno di aggiungere a tale

mezzo di tutela un'*actio (in rem)* in senso proprio per parlare di un vero e proprio diritto reale. Tali considerazioni fanno venir meno le basi ad un'altra illazione avanzata in tal senso da certa dottrina, ossia che l'azione (*utilis*) adombrata da D. 8.5.10.pr. potesse servire a tutelare, con una protezione appunto *in rem*, le servitù costituite *pactionibus et stipulationibus*, per le quali non era esperibile la normale *confessoria*: ma in realtà, come ho altrove mostrato, anche in questo caso a proteggere le servitù di tale tipo era del tutto sufficiente il normale interdetto relativo alla servitù, del tutto bastevole a tutelare di fatto il titolare di essa. Anche senza voler indugere qui a digressioni su tale argomento, ciò che rileva è che mentre l'*actio de servitute* era come si è visto esperibile esclusivamente tra i rispettivi *domini* dei due fondi, e serviva quindi a risolvere la questione dell'esistenza o meno della servitù su di un piano di diritto, per quanto riguarda invece la protezione della servitù su di un piano di fatto, ossia per quanto riguarda la concreta tutela del suo esercizio, il titolare aveva già a disposizione un interdetto che invece, come risulta dalle fonti, era esperibile *erga omnes*, e lo tutelava quindi da qualsiasi impedimento comunque recato da chichessia all'attuazione del rapporto fondiario (cfr. ad esempio D. 43.19.3.5, Ulp. 70 *ad ed.* – '*... nam et si quilibet prohibeat ire, interdictum adversus eum competit*' – nonché D. 43.20.1.25, Ulp. 70 *ad ed.*: '*competit hoc interdictum adversus eum qui prohibet me aquam ducere, et nihil interest, utrum quis dominium fundi habeat an non*'). E ciò tra l'altro mostra la fondamentale importanza dell'interdetto nella tutela quotidiana della servitù, ben maggiore rispetto ad un eventuale e remoto esperimento dell'*actio de servitute*, e spiega come, in caso di perdita della possibilità di esperire l'interdetto in quanto fosse trascorso più di un anno dall'ultimo atto di esercizio, in ipotesi meritevoli di tutela il titolare venisse rimesso nella possibilità di agire con esso attraverso una *restitutio in integrum* (cfr. D. 43.19.1.9, Ulp. 70 *ad ed.*: '*Si quis propter inundationem usus non sit itinere actuque hoc anno, cum superiore usus sit, potest repetita die hoc interdicto uti per in integrum restitutionem ex illa parte si qua mihi iusta causa esse videbitur. sed et si per vim hoc ei contigerit, in integrum eum restitui oportere Marcellus probat. praeterea et aliis casibus interdictum repetita die competit, ex quibus in integrum quis restitutionem impetrare solet*'); e questo – si noti – senza neppure soffermarsi a chiedersi se il soggetto avesse o meno la possibilità di agire con la *vindicatio servitutis*.

Se dunque D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23 destano già sotto tali aspetti problemi insuperabili, non risulta del resto agevole comprendere la posizione che nei *Digesta* giustinianeî viene attribuita a Giuliano, che avrebbe invece riconosciuto il *ius vindicandarum servitutum* a usufruttuario e possessore (D. 43.25.1.4, Ulp. 71 *ad ed.*: '*Item Iuliano placet fructuario vindicandarum servitutum ius esse ...*': cfr. D. 7.6.5.1, Ulp. 17 *ad ed.*): problema che del resto sarebbe ultroneo ed inutile sollevare in questa sede, ma che in ogni caso viene superato ampiamente da

D. 8.5.10.1, dove si ammette la possibilità di agire contro chiunque impedisca l'esercizio della servitù, indipendentemente dal fatto che egli possieda o meno il fondo servente.

Ad ogni modo, D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23 non sono gli unici casi in cui ci si trova di fronte a concettualizzazioni nonché all'uso di terminologie di questo genere.

In maniera analoga, ad esempio, Ulpiano, dopo aver affermato nel LXX libro ad edictum che l'*interdictum de itinere actuque reficiendo* spetta solo a chi abbia lo specifico diritto di procedere alla *refectio* in base all'atto costitutivo (D. 43.19.3.11: '*Ait praetor: quo itinere actuque hoc anno non vi non clam non precario ab alio usus es, quo minus id iter actumque, ut tibi ius esset, reficias, vim fieri veto*'), spiega diffusamente le immediate ragioni logiche che differenziano tale interdetto da quello *de itinere*:

D. 43.19.3.13: Hoc autem a superiori distat, quod illo quidem interdicto omnes uti possunt, qui hoc anno usi sunt: hoc autem interdicto eum demum uti posse, qui hoc anno usus est et ius sibi esse reficiendi oporteat. ius autem esse videtur ei, cui servitus debetur. itaque qui hoc interdicto utitur, duas res debet docere, et hoc anno se usum et ei servitum competere: ceterum si desit alterutrum, deficit interdictum, nec immerito. qui enim vult ire agere, tantisper, quoad de servitute constet, non debet de iure suo docere: quid enim perdit, qui eum patitur hoc facere qui hoc anno fecit? enimvero qui vult reficere, aliquid novi facit neque debet ei in alieno permitti id moliri, nisi vere habet servitum.

Tuttavia, poco oltre, ecco che inopinatamente il giurista concede un interdetto che fa a meno di tale presupposto a proposito di servitù ancora una volta conseguite non in base ad una regolare costituzione, bensì grazie alla mera *longa possessio*:

D. 43.19.5.3: si quis servitum iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.

Si tratta quindi di una ipotesi «minore», anche qui fondata sulla '*longa possessio*', rispetto a quella normale, e che dovrebbe perciò avere semmai una tutela più limitata, mentre qui viceversa ne ottiene una addirittura più ampia (così come nell'ipotesi dell'*actio utilis* questa aveva un ambito di applicazione più ampio e favorevole al titolare rispetto all'usuale *vindicatio*). E si noti l'analogia della terminologia e delle concettualizzazioni rispetto ai due frammenti relativi all'*actio utilis* sopra riportati.

Anche qui, la spiegazione conciliativa recata dagli zeloti dell'oltranzismo genuinistico è che si tratti di un *interdictum utile*, da distinguere nettamente da

quello normale (*directum*) di cui Ulpiano tratta a partire dal già ricordato D. 43.19.3.11: ma ancora una volta la facile obbiezione cui si presta una simile interpretazione conservativa è che, se vi fosse stato un interdetto che, fondato sulla mera *longa possessio*, avesse fatto acquisire una simile *praerogativa* anche in assenza di un effettivo rapporto di servitù regolarmente costituita (tra l'altro, la genericità del termine '*praerogativa*', che evita il ricorso al termine '*ius*' – '*ut tibi ius esset*' –, è appunto soluzione volta a evitare ogni problema di esatta sussunzione giuridica), Ulpiano non avrebbe mai potuto spiegare nei termini rigorosi ed assoluti che si sono in parte visti il valore della clausola '*ut tibi ius esset*' nell'interdetto relativo alla *refectio* così come la strutturale differenza tra quest'ultimo ed il normale *interdictum de itinere actuque*, ma avrebbe dovuto necessariamente tenere presente che, dopo un certo numero di anni di esercizio della servitù, fosse essa regolarmente costituita o meno, ci si sarebbe potuti avvalere di tale preteso interdetto utile che concedeva in termini molto più ampi ed illimitati il diritto di procedere alla manutenzione del sentiero: né soprattutto avrebbe mai detto in termini tanto generali e restrittivi che nessuno può procedere alla *refectio* '*nisi vere habet servitutem*' (D. 43.19.3.11).

Per tal verso, tendendo a salvare nelle fonti qualsivoglia elemento come il suo esatto opposto e sorvolando sulla più parte delle contraddizioni anche se intrinseche al testo in sé stesso o al confronto con testi di analogo argomento appartenenti al medesimo giurista, non pochi degli studi genuinisti di questo tipo, in ultima analisi, rendono i giuristi classici, ed in particolare Ulpiano, degni, piuttosto che di studi sulla loro logica argomentativa, di indagini di tipo psichiatrico sulla sindrome di sdoppiamento della personalità di cui essi sembrerebbe soffrire nell'ambito di tali impostazioni cosiddette metodologiche, che senza problema fanno affermare ai *prudentes* tutto e il contrario di tutto: tanto che non poche di simili ricerche di tale tipo potrebbero in effetti recare come sottotitolo qualcosa come «sulla schizofrenia di Ulpiano» e sulla sua impermeabilità a qualsiasi logica consequenziale e ad ogni principio di non contraddizione.

In ogni caso, volendo indulgere ad una ipotesi di ricostruzione della condizione originaria e classica di un testo come D. 8.5.10.pr.-1, sembra abbastanza agevole accorgersi di come Ulpiano dovesse con ogni probabilità trattare qui di un problema di tipo interdittale (come in particolare mostra l'espressione '*non vi non clam non precario*' nel finale del *principium*):

Si quis [diuturno usu et longa quasi possessione] ius aquae ducendae [nactus] <usus> sit (ovvero si quis <acquam duxisset> oppure <aquam usus sit> o anche <solitus fuit ducere>), non est ei necesse docere de <suo?> iure, quo aqua constituta est [, veluti <ex in iure cessione vel> ex legato vel alio modo], sed [utilem] habet (?) [actionem] <interdictum>, ut ostendat (?) [per] <hoc> anno[s forte tot usum

se] non vi non clam non precario [possedis]e] <duxisse>.

Agi autem [*hac actione*] <hoc interdicto> poterit (*ovvero: competit hoc interdictum*) non tantum cum eo, in cuius agro aqua oritur vel per cuius fundum ducitur, verum cum omnibus agi poterit, quicumque aquam nos ducere impediunt, exemplo ceterarum servitutium [*et generaliter quicumque aquam ducere impediatur, hac actione cum eo experiri potero*].

Che nel testo originario il frammento trattasse di una ipotesi interdittale è in effetti mostrato da due ordini di considerazioni: innanzitutto, la strana azione utile implicata da D. 8.5.10.pr.-1 si rivela estranea al sistema formulare in quanto, per ragioni che ho già affrontato altrove e su cui sarebbe inutile qui dilungarsi, a tale sorta di *vindicatio servitutis (utilis)* sarebbe difficile far corrispondere una congruente *negatoria*, in cui il titolare del fondo servente dovrebbe in ipotesi *ostendere* che l'avversario *non possedis]e usum non vi non clam non precario per annos forte tot* (e infatti, se nella sua ricostruzione dell'editto pretorio Adolf Rudorff riporta la confessoria ma non la negatoria, Otto Lenel evita del tutto di porre tale azione nella sua ricostruzione dell'editto); ma l'argomento decisivo è costituito dal fatto che in tale passo ci si riferisce a un detentore della servitù che attualmente risulta godere di essa (*'per annos forte tot usum se ... possedis]e'*) e che quindi, vantando una situazione di fatto *lato sensu* possessoria, dovrebbe semmai sedere nella posizione di convenuto, mentre qui diviene stranamente attore: ma è appunto nella procedura decretale che chi vanta uno stato di fatto o una situazione possessoria agisce come attore (si è qui nell'ambito degli *interdicta prohibitoria*, anche se la stesura attuale del passo finisce con il trasformarlo per vari versi in restitutorio), dato che il meccanismo interdittale serve appunto a difendere tale situazione e a respingere le turbative messe in atto contro di essa dalla controparte. E ciò conferma l'ipotesi, già resa probabile da tutto il contesto del frammento, che si trattasse di un testo ulpiano relativo appunto ad un interdetto.

In ogni caso, in una prospettiva sistematica di diritto classico, in D. 8.5.10.pr.-1 e D. 39.3.1.23, così come in D. 43.19.5.3, si assiste ad una costruzione concettuale e ad un generale impianto argomentativo difficilmente conciliabile con le coordinate del diritto di tale periodo: se già la terminologia assolutamente atecnica non trova sensate corrispondenze con il linguaggio e le sottese costruzioni dogmatiche dei giuristi classici (si noti in particolare, la *'quasi possessio'* delle servitù: *'usum possedis]e'*), anche i termini temporali non si inquadrano né con l'*usucapio* né con la *vetustas* né tantomeno con la *longi temporis praescriptio* (*'diuturnus usus'* e *'longa quasi possessio'*, che del resto corrispondono empiricamente alla locuzione *'per annos forte tot'*), e sono del resto ovviamente inconciliabili anche con il periodo annuale (*'hoc anno'*) previsto per la tutela in-

terdittale; del tutto assurdo, poi, in una prospettiva classica, oltre alla stessa idea di 'quasi servitus' ('*servitutus iure non impositam*'), l'asserzione secondo cui '*non est ei necesse docere de iure*', che contraddice patentemente le stesse costruzioni di fondo dell'*actio de servitute*, così come l'assai problematica esemplificazione dei modi in cui può sorgere una servitù ('*veluti ex legato vel alio modo*'), per non parlare dell'esperibilità di tale azione (e in particolare di quella descritta dal *principium* di D. 8.5.10) *adversus quemvis possessorem* del fondo servente ed anzi contro chiunque, indipendentemente da ogni suo rapporto con il fondo ('*cum omnibus agi poterit*'), mentre a sua volta non appare infine molto sensata se riferita ad un'*actio* l'espressione '*non vi non clam non precario*', che infatti come si è visto denuncia fino in fondo l'originario carattere interdittale di tale passo ulpiano.

Nel complesso dunque, passi come D. 8.5.10.pr.-1, D. 39.3.1.23 e D. 43.19.5.3, se collocati nel loro dettato giuridico nell'ambito del diritto classico, appaiono destare insuperabili problemi sia per quanto riguarda la terminologia e quindi le concettualizzazioni da essi usate, sia soprattutto la regolamentazione giuridica degli *iura in re aliena* da essi implicata: e stupisce come, nell'ap problematico e superficiale genuinismo oggi ancora imperante, vi sia chi, come Michael Rainer, affermi tranquillamente che non vi sono affatto interpolazioni nei libri VIII e XXXIX del Digesto.

8. In ogni caso, quello che soprattutto qui interessa, al di là di tali notazioni e della specifica questione dell'interpolazione dei due testi, è piuttosto mostrare come tale malinteso buonismo genuinista, sforzandosi di riconoscere a qualsivoglia passo del Digesto per quanto difficilmente autentico una patente di classicità quantomeno «sostanziale» (qualifica che ormai non si nega proprio a nessuno) al fine di non «screditare» il testo e di non sprecarne l'eventuale apporto al diritto romano (tuttavia in realtà inteso solo come ordinamento dei secoli classici), in ultima analisi finisca con il deprivare la storia generale di tale esperienza giuridica di non pochi e fondamentali spunti per un approfondimento del conformarsi degli istituti nelle epoche successive, e segnatamente in quella tardoantica, impoverendo così la nostra disciplina di interessanti possibili sviluppi ricostruttivi che oggi purtroppo si perdono in tale appiattimento di qualsiasi notizia fornitaci dal Digesto in una sempre più onnicomprensiva e nebulosa dimensione latamente classica ed epiclassica di presoché tutti gli elementi contenuti in tale raccolta.

Se si esaminano nel loro complesso D. 8.5.10.pr.-1, D. 39.3.1.23 e D. 43.19.5.3, infatti, ne risulta innanzitutto una terminologia forse «rozza» ed atecnica rispetto ai parametri del diritto classico, e tuttavia piuttosto efficace e coerente rispetto alla regolamentazione che in età tardoantica si vuole dare

alle servitù: un lessico semplice e forse *naïf* ma in ogni caso utile ad esprimere una serie di concettualizzazioni nuove e congruenti nel descrivere un diverso e più recente regime delle servitù prediali:

|   |  |  |
|---|--|--|
| <p>D. 8.5.10.pr.: Si quis diuturno usu et longa quasi possessione ius aquae ducendae nactus sit, non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est ..., sed utilem habet actionem, ut ostendat per annos forte tot usum se non vi non clam non precario posseddisse.</p> | <p>D. 39.3.1.23: sane enim et in servitutibus hoc idem sequitur, ut, ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute neque vi neque precario neque clam, habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutem videatur.</p> | <p>D. 43.19.5.3: si quis servitutum iure impositam non habeat, habeat autem velut longae possessionis praerogativam ex eo, quod diu usus est servitute, interdicto hoc uti potest.</p> |
|---|--|--|

In primo luogo, risulta tra l'altro particolarmente indicativo, in D. 8.5.10.pr., il ricorso al verbo *'nanciscor'* (dall'antico *'nancior'*, di origini indeuropee, conservatosi soltanto presso i grammatici, e che del resto, anche nella forma più moderna, nella lingua letteraria viene usato più che altro al perfetto), che significa propriamente «conseguire per caso», «imbattersi in qualche cosa», «trovare», «ottenere» e quindi «conseguire». Da un veloce ma relativamente completo esame delle fonti giuridiche che vi ricorrono, tale verbo non ha alcun significato tecnico nel lessico del diritto: in generale, infatti, per quanto riguarda il verbo *'nanciscor'*, si può concludere come emerge che tale lemma non acquista per tutta l'epoca classica alcun significato connesso al «conseguimento» in senso tecnico del *dominium* (o di altri diritti reali), ma una più limitata accezione che nel linguaggio giuridico mutua l'ampio significato atecnico del verbo proprio del linguaggio comune per indicare, in maniera descrittiva ed empirica, il conseguimento di una posizione di vantaggio legata più che altro ad una prospettiva possessoria, sottolineando così l'idea di «ottenimento» di una *res* legata ad una *naturalis ratio* che si manifesta innanzitutto in un «impossessamento», secondo una prospettiva strettamente connessa ad un contesto di «casualità», di «opportunità» e di «circostanza favorevole». Il ricorso a tale espressione, che riferita a una servitù suonerebbe alquanto imprecisa se non erronea in un contesto classico (*'si ... ius aquae ducendae nactus sit'*), viceversa nel contesto tardoantico mostra un preciso proposito di evitare qualsiasi problema tecnico-giuridico, e di trattare della servitù in una prospettiva meramente fattuale ed empiricamente descrittiva, tale da evitare quindi ogni sottigliezza dogmatica ed ogni precisione sistematica di linguaggio (come in particolare mostra la volontà di schivare qualsiasi indicazione tecnica circa il sorgere della servitù: *'non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est, veluti ex legato vel alio modo'*).

Tale atteggiamento si svolge in maniera piana e coerente nei tre passi: innanzitutto qui non si tratta propriamente di una «servitù prediale» in senso tecnico, bensì di una *'quasi servitus'* (*'eritque ista quasi servitus, in quam <in> rem utilem actionem habemus vel interdictum'*, conclude D. 39.3.1.23), una sorta di diritto che, mercè il *diuturnus usus*, sussiste anzi proprio nei casi in cui *'servitus non invenitur imposita'* (ancora D. 39.3.1.23, mentre D. 43.19.5.3 ribadisce *'si quis servitutum iure impositam non habeat'* e D. 8.5.10.pr. sottolinea *'non est ei necesse docere de iure, quo aqua constituta est'*). Quello che rileva è semplicemente che il fattore tempo abbia legittimato tale *'praerogativa'* (termine che in D. 43.19.5.3 sostituisce ogni riferimento al diritto – *ius aquae* – propriamente inteso), che crea una situazione di fatto tutelata dall'ordinamento che «sostituisce» lo *ius in re aliena* propriamente detto (D. 39.3.1.23: *'ubi servitus non invenitur imposita, qui diu usus est servitute ... habuisse longa consuetudine velut iure impositam servitutum videatur'*).

Tale impostazione, per quanto affatto distonica rispetto ai parametri del diritto classico, è svolta coerentemente e con terminologia e concettualizzazioni analoghe se non identiche nei tre passi, rivelando come si tratti di una nuova costruzione diffusa e portata avanti nel modo più tranquillo e coerente dai giuristi tardoantichi:

| D. 8.5.10.pr.:   | D. 39.3.1.23:  | D. 43.19.5.3:  |
|--|--|--|
| diuturno usu   | diu usus est servitute   | diu usus est servitute   |
| longa quasi possessione  | longa consuetudine   | longae possessionis  |
| ius aquae ducendae nactus sit  | ubi servitus non invenitur imposita                              | servitutum iure impositam non habeat   |
| non est ei necesse docere de iure utilem habet actionem, ut ostendat | velut iure impositam servitutum habuisse ... servitutum videatur | praerogativam ( <i>ius reficiendi</i> ) non habeat ... (interdicto ... uti potest) |

Nella fondamentale incertezza di rapporti e nell'insicurezza del mantenimento delle pur legittime posizioni giuridiche che com'è noto caratterizza in linea di massima tale periodo storico, emerge quindi anche in tema di servitù prediali l'esigenza di tener fermo e di tutelare lo stato di fatto esistente da tempo sufficiente perché si possa considerare conforme a diritto, proteggendolo sinché se ne dimostri compiutamente l'eventuale antiggiuridicità: da qui appunto l'enfasi e l'importanza data al fattore temporale, che anzi emerge in una dimensione totalizzante tale da superare le diverse regolamentazioni giuridiche che i giuristi classici, fin dalle XII Tavole, avevano dato alle sue esplicazioni (e tale situazione di incertezza dei rapporti e di difficoltà della loro tutela si riverbera altresì nelle stesse strutture processuali di fondo dell'azione: non si dimentichi che in C.Th. 11.39.1 Costantino scardinerà i principii dell'onere della prova

chiedendo che oltre all'attore anche il convenuto dia dimostrazione del suo diritto, così da abbandonare i canoni classici ed avvicinandosi semmai a sistemi processuali quali la *diadikasia* greca e l'*ejectement* del diritto anglosassone, dove ogni contendente sta sullo stesso piano rispetto alla necessità di provare la fondatezza della propria posizione).

Dunque, al di là e a monte della diversificazione dei suoi effetti in *usucapio*, *vetustas* e prescrizione dell'azione o *longi temporis praescriptio*, rileva qui più semplicemente il primigenio se non ancestrale valore onnisanante de tempo, che trasforma qualsiasi stato di fatto, quando sufficientemente stabilizzatasi nel suo permanere inalterato, in una situazione da proteggere in quanto tale, fino ad una eventuale compiuta prova della sua antiggiuridicità, poiché legittimata appunto dal suo *diuturnus usus* e dalla '*longa possessio*' (in senso lato) di cui è oggetto (e l'idea di un valore onnisanante del tempo era particolarmente diffusa nella mentalità comune dell'antichità, e in particolare nel contesto post-classico, caratterizzato da diffusa incertezza nella situazione dei rapporti giuridici, soprattutto in oriente, dove dovevano farsi ancora sentire fortemente le concezioni alla base della *prothesmia* greca).

In effetti, guardando alle servitù prediali, tale riconoscimento dell'esercizio di fatto del rapporto che col tempo si trasforma in una sorta di diritto, corrisponde pianamente ad una considerazione generale della storia di tale istituto, che forse si è troppo abituati a considerare distrattamente nella sua *facies* di diritto romano classico, che poi corrisponde latamente alla sua disciplina moderna e codicistica. Ma nella storia non è stato sempre così.

In effetti, per quanto riguarda in particolare il sistema di tutelare la servitù prediale in base al protrarsi del suo esercizio – che come si è visto viene per taluni versi riallacciata alla valenza probatoria dell'immemorabile o *vetustas* classica, ma che per vari ulteriori aspetti tende presto a divenire, altresì attraverso la valenza preclusiva della *praescriptio longi temporis*, una vera e propria usucapione del diritto, come del resto sarà definitivamente ufficializzato da Giustiniano – è da notare come uno studio di massima dei sistemi di tutela di tale figura in una prospettiva storico-comparatistica mostri che le vicende di fondo di tale istituto nei diversi ordinamenti si possano fondamentalmente riordinare sulla base di due differenti tipi di regime, uno – che si potrebbe dire più «evoluto» – proprio del diritto romano nonché dei moderni sistemi codicistici, l'altro, meno raffinato, che si sviluppa soprattutto nel mondo medioevale ma che trova le proprie radici già nel mondo romano tardoantico. Nel primo, la servitù viene costituita con un atto solenne, come avviene con la *mancipatio* e la *in iure cessio* nel contesto romano, ovvero con un atto scritto soggetto a trascrizione in pubblici registri come accade oggi, ed in linea di principio si affida ad una relativamente efficiente amministrazione dello Stato

in cui è appunto possibile provare attraverso tali metodi, anche a grande distanza di tempo dalla nascita del diritto, la sua esistenza ed entro certi limiti i suoi termini di esercizio (va da sé che una perfetta memoria di tali dati non sempre è in concreto possibile, e vi sono quindi istituti come la *vetustas* che, almeno in parte, giungono a rimediare a tali problemi, ma si tratta in linea di massima di contesti in cui il notevole livello *lato sensu* amministrativo permette in ogni caso di raggiungere per tale più complessa via una efficace gestione nel tempo di tali rapporti fondiari). Nel secondo sistema, più semplice e proprio di ambiti socioculturali meno raffinati da un punto di vista giuridico, si tende invece a costituire la servitù semplicemente come rapporto personale tra le parti ed i loro eredi, specie in vista del fatto che, in contesti ove la circolazione dei fondi è tendenzialmente alquanto limitata, tale soluzione consente in ogni caso di risolvere attraverso l'azione nascente dal contratto i problemi che, specie nella fase iniziale, possono sorgere tra le parti, mentre, sul lungo periodo, l'usucapione del diritto di servitù giunge per così dire a sancire *erga omnes* il rapporto fondiario, incardinandolo come situazione reale e imponendola in quanto tale ad ogni eventuale futuro acquirente di essi.

E il fatto che già nel tardo impero romano inizi a svilupparsi tale più semplice sistema di costituire prima su di un piano personale e quindi, col trascorrere del tempo, altresì su quello reale un rapporto di servitù (secondo processi su cui non è certo qui il caso di indagare, ma che in ogni caso, come ho già altrove mostrato, si ricollegano al regime del suolo provinciale romano, alla risalente concezione popolare della *vetustas* quale generale sanatoria delle situazioni attraverso il loro perdurare inalterate nel tempo ed alle prospettive aperte nel diritto postclassico dalla *praescriptio longi temporis*) è fattore in ogni caso tale da dimostrare, anche soltanto quale mera ipotesi di ricerca, come in realtà inquadrare i passi testè ricordati in un contesto tardoantico (in cui i problemi sempre più gravi di certezza giuridica e di ordinata amministrazione del diritto conducono inevitabilmente a escogitare nuove soluzioni, magari alquanto più rozze rispetto al diritto classico, ma tuttavia empiricamente adeguate alle nuove esigenze della diversa e drammatica realtà di tale epoca) costituisca in ogni caso una legittima ipotesi interpretativa volta a spiegare le peculiarità di tali passi – ed in particolare il loro insistere su nozioni quali la *longa possessio* ed il *diuturnus usus* – in relazione alle specifiche condizioni del contesto postclassico e del suo peculiare diritto: una costruzione delle servitù prediali come si diceva non certo raffinata, ma ormai stabilmente radicata nella prassi giuridica e soprattutto penetrata nella versione postclassica delle opere dei *prudentes*, che verosimilmente gli stessi compilatori giustinianeî non possono che a loro volta conservare in quanto diffusa in maniera irremediabile nelle concrete consuetudini giuridiche nonché nei tribunali dell'impero (e come ricordava Fausto Gorîa, nella

commissione incaricata di redigere il Digesto la maggioranza dei membri era appunto costituita da avvocati, che con ogni probabilità avevano tra l'altro il compito di tenere presente, nella scelta dei passi, qual'era l'effettivo diritto applicato nelle varie provincie dell'impero).

Tutto questo non è certo uno «screditare» i testi in questione, né tantomeno un estrometterli dallo studio dell'unico ambito che a molti sembra oggi importare affrontando il diritto privato, ossia da quello dell'ordinamento classico, ma semmai, com'è ovvio, un approfondimento di un settore del diritto romano che, sebbene oggi negletto sia dai cultori del solo diritto classico sia dagli stessi specialisti del tardoantico, ormai perlopiù concentrati sui suoi soli aspetti storico-pubblicistici, appartiene comunque a pieno diritto alla nostra disciplina, e va dunque legittimamente approfondito anche e soprattutto guardando a ciò che gli interventi degli operatori giuridici di tale periodo fecero sui testi poi conservatici dai *Digesta* giustiniani: poiché tali interventi, una volta correttamente individuati con un grado di probabilità accettabile, possono rivelarci non poco sul suo ordinamento; un approfondimento che del resto, in ultima analisi, naturalmente gioverà altresì a quello che, come si accennava, rimane in ogni caso l'aspetto precipuo della nostra disciplina, ossia alla migliore messa a fuoco del diritto classico e dell'opera dei *prudentes*.

Anche se, conformemente alle loro abitudini, gli autori postclassici, piuttosto di scrivere opere nuove e coerenti alle nuove esigenze, preferivano introdurre surrettiziamente quanto loro importava attraverso manipolazione di testi classici, nella loro naturale abitudine a lavorare su testi dati, tali riscritture tardoantiche, che pur se si è abituati a vedere dal punto di vista del diritto classico percependole quindi in termini «degenerativi», rappresentano purtuttavia un'adeguata ed intelligente risposta ai problemi che urgevano in tale contesto, cosicché, per tal verso, l'acquisto prescrittivo delle servitù che caratterizza l'età tardoantica sembra in effetti presentarsi, pur nel non eccelso livello scientifico-dogmatico del diritto di tale periodo, come una giusta ed inevitabile risposta all'esigenza di assicurare, tramontata la concreta possibilità di provvedervi attraverso il sistema delle *stipulationes* e la tutela interdittale, la permanenza e la sicurezza del diritto di servitù. E se si approfondisce tale argomento non ci si può non rendere conto di come quello delle servitù rappresenti per molti versi un fattore essenziale in particolare per la ricostruzione nell'epoca epiclassica e tardoantica delle vicende altresì legate alla valenza sanante del tempo, e segnatamente agli sviluppi della *longi temporis praescriptio*: ed in generale un elemento per nulla trascurabile per porre meglio in luce le caratteristiche di fondo dello stesso diritto privato nel suo complesso nella temperie tardoantica

9. Se quindi troppo settoriali specializzazioni imperniate partitamente per un verso sul diritto esclusivamente classico e d'altro lato, come studio un po' di nicchia, sul diritto tardoantico, e per di più qui virate in maniera solipsistica sul suo versante pubblico, sono state fenomeni concomitanti e tali da influenzarsi reciprocamente rispetto al tramonto non solo degli «eccessi» dell'interpolazionismo, ma altresì all'offuscarsi di una metodologia altresì incentrata sulla critica del testo, tutto questo ha finito inevitabilmente per impoverire la nostra materia, che ha sovente rinunciato a studiare i testi restituendoli alla loro intrinseca diacronia e quindi alla complessità della sedimentazione delle notizie da essi fornitaci in una prospettiva storica, appiattendolo la loro «multilateralità» in una discutibile visione del diritto classico onnifagocitante in cui si tendeva, anche per ragioni psicologiche di conformismo *politically correct*, ad attribuire ai *prudentes* tutto e il contrario di tutto pur di non incorrere nel sospetto di bieco cedimento interpolazionista. Le contenute ed attente censure mosse ai metodi dell'interpolazionismo ad esempio da Max Kaser, che certo non risultava in nessun modo ostile ad una necessaria indagine critico-testuale (e che anzi, come ricordava Karl-Heinz Ziegler, già sottolineava di essersi «già espresso contro alcuni lavori scientifici dei tempi più recenti, i quali fanno dondolare il pendolo verso l'estremo opposto e trascurano completamente l'intera dottrina della critica del testo, credendo di poter accettare senz'altro la maggior parte dei testi tramandati quali testimonianze del diritto classico»), di fatto sono state ignorate e superate da un ottuso entusiasmo genuinista che ha condotto per vari versi ad un non lieve abbassamento di livello della cosiddetta scienza giusromanistica (il «livello più primitivo» paventato da Max Kaser); mentre a sua volta l'illusione che il superamento del metodo antinterpolazionistico avesse reso lecito altresì l'ignorare il portato, problematico ma altresì sovente risolutivo, delle opere degli scrittori di tale periodo ha aperto la via ad un malinteso buonismo interpretativo e ad un conformismo genuinista che non poche volte ha in pratica rinunciato ad ogni preventiva reale indagine critica sui testi esaminati (le «soluzioni disinvolute e convincenti» – die «un-gezwungenen und überzeugenden Lösungen» –, notava sempre Max Kaser, che incominciarono a diffondersi verso la fine degli anni Cinquanta), nell'illusione che si potesse studiare il diritto classico senza tenere conto, quantomeno come riferimento esterno, di quello che era stato lo sviluppo successivo, ed in particolare postclassico, degli istituti: e ne è prova, insieme alla superficialità purtroppo sempre più diffusa degli studi sul diritto classico di non poca romanistica recente, soprattutto il progressivo venir meno, specie in Italia, di indagini specifiche sul diritto privato postclassico, certo in sé, come è stato osservato, per nulla facile, ma in ogni caso non tanto da giustificare anche da parte degli specialisti del tardoantico un suo via via sempre più sen-

sibile abbandono. Ed in tutto ciò, mi sembra, non è d'altra parte senza responsabilità un sempre più normale attenuarsi della capacità di dominare sufficientemente nella loro unitarietà immanente i diversi periodi storici del diritto romano, spingendosi magari per un verso agli ordinamenti greci e agli altri diritti dell'antichità, e dall'altro verso il diritto intermedio, e preferendo invece procedere in una apparente specializzazione settoriale che maschera in ultima analisi il non essere più in grado di padroneggiare quello che una volta era il reale oggetto della nostra materia, ossia – salva la precipua importanza del periodo classico – l'occuparsi del diritto romano *tout court*, in una prospettiva innanzitutto totalizzante che ne coglieva gli aspetti generali in una dimensione storica e che solo strumentalmente poteva poi concentrarsi in maniera settoriale sulle sue varie epoche.

Certamente, non sarebbe né possibile né auspicabile un qualsiasi ritorno ad un interpolazionismo concentrato, come una volta, sul solo diritto classico, ed incline a gettare in una spazzatura giustiniana qualsiasi elemento che non appaia consono alla pretesa «purezza» del diritto classico: ma sarebbe forse il caso di riallacciarsi a quella che avrebbe potuto essere, dopo la reazione della metà del secolo scorso, la naturale evoluzione di tale metodo qualora le nuove prospettive aperte da tale riconsiderazione dell'interpolazionismo non avessero assurdamente travolto la stessa critica del testo in una rinuncia da parte di non pochi romanisti a qualsivoglia effettivo approfondimento aperto a discernere nelle fonti il dettato dei giuristi classici dalle successive stratificazioni e dalle eventuali «corruzioni» (o meglio «adattamenti») dei passi del Digesto: un interpolazionismo, cioè, che non si limiti ad espungere dai testi ciò che non è classico, ma proceda in maniera critica a spiegare quanto più possibile sino in fondo i motivi di tali mutamenti della stesura pervenutaci. Non tanto quindi, come è stato detto, un «post-interpolazionismo attento», quanto semmai un «neointerpolazionismo critico» incentrato sullo studio storico del testo e sulle sue eventuali trasformazioni: una nuova fase della romanistica, cioè, che superi i suoi problemi attuali e si proietti in maniera credibile in una dimensione storico-dogmatica di ricostruzione degli istituti per tutto l'intero arco diacronico del diritto romano, ed aperta dunque anche a visuali di ordine comparatistico che, riuscendo a mettere in luce gli aspetti strutturali del conformarsi nei diversi contesti delle varie figure giuridiche, tra l'altro si renda altresì per tal verso alquanto meglio accetta alle nuove prospettive oggi imperanti nella cultura accademica, del resto sempre più imperniate su di un nozionismo limitato al diritto vigente: che certo possono essere condannate come contrarie a qualsiasi idea di cultura giuridica (il diritto, diceva Gottfried Wilhelm von Leibniz, senza un'adeguata prospettiva storica non può andare oltre al livello di una semplice empiria),

ma che in ogni caso rischiano nell'immediato periodo di condannare le materie romanistiche – in facoltà ormai sempre più destinate solo a formare meri operatori del diritto piuttosto che effettivi giuristi – ad un esiziale ridimensionamento e ad una lenta agonia che le priverà per sempre di ogni efficacia formativa nelle nostre università.

Mario Talamanca, nel suo più volte ricordato scritto, affermava di non volere certo procedere, nonostante le sue aperture verso di essa, «ad un improbabile riabilitazione della critica interpolazionistica», anche se si dichiarava convinto che il suo tempo sarebbe certo in qualche modo tornato, come accade per tutte le mode, in una sorta di gioco del pendolo («ci si ritrova sullo stesso punto da cui si era partiti, per gli ottimisti ad un livello più alto della spirale»), ma aggiungeva che soprattutto ci si doveva in ogni caso augurare che «non continui la spirale perversa degli estremismi». Ed in effetti quello che sembra aver nociuto alla romanistica non sono tanto la critica del testo in sé considerata o l'opposta tendenza conservativa verso le fonti, bensì gli eccessi di tali impostazioni, e la tendenza a fare del problema della classicità o meno di un testo qualcosa da risolvere, prima, in base ad una preventiva ed acritica idea di corruzione generalizzata dei passi del Digesto ovvero, poi, di granitica autenticità di ogni sua parte: se una volta – non ricordo più chi vi ironizzava – il sogno di ogni giovane romanista era quello di individuare una alterazione testuale per poter finalmente debuttare sull'*Index Interpolationum*, adesso la paura di risultare in odore di interpolazionismo fa accettare a molti qualsiasi assurdità recata da un passo di un giurista classico pur di non ammettere la possibilità di una sua corruzione. E in tali per così dire opposti estremismi, l'errore di fondo, che dalle sue origini di natura più che altro inconscia si trasforma in una ingiustificata sicurezza metodologica accettata a priori come «scientifica», consiste con ogni verosimiglianza nel considerare implicitamente un testo interpolato ovvero genuino sino a prova del contrario, in una percezione acriticamente preconcetta del problema che porta appunto ad un tendenziale rifiuto dell'opposta possibilità come di per sé inverosimile alla luce della complessiva idea che delle fonti romane l'interprete si è già fatto una volta per tutte e che non intende più sottoporre a riscontri e discussioni: per citare ancora un'ultima volta lo scritto di Mario Talamanca, «nell'analisi e nella ricostruzione del testo l'importante è sapere coniugare la serietà, la coerenza e la buona fede ... alla ragionevolezza che ... contribuiscono, in primo luogo, a saper trovare il giusto mezzo»: l'indagine su un qualsiasi testo e sui problemi da esso implicati, credo di poter concludere, è come un'avventura libresco che non sappiamo quasi mai dove in effetti ci condurrà alla fine, in una esplorazione di fattori ed elementi ancora in buona parte sconosciuti che ci porteranno ad una conclusione o ad un'altra a seconda di

dati sovente imprevisti che suggeriranno una determinata soluzione, che tuttavia sarà poi magari ribaltata in una di segno opposto quando nel caso ne scopriremo altri ed ulteriori, magari insospettati ovvero erroneamente oggi scartati; e, in tale sorta di spedizione sedentaria, di ben poco aiuto possono essere le false bussole offerte da una preconcepita idea di corruzione di massima ovvero di autenticità di fondo dei testi, che, anche quando non siano pregiudizi accettati a priori in base alle mode del momento via via succedutesi nella storia, possono tutt'al più costituire dei risultati a posteriori delle indagini compiute, e non certo una sicura traccia da seguire in qualsivoglia nuova analisi di un passo. Superati gli eccessi e gli apriorismi dell'interpolazionismo, sarebbe quindi forse tempo di liberarsi altresì degli isterismi di un genuinismo preconcepito ed irrazionale – non in un mero ritorno al primo, ma semmai in una sintesi dei due metodi –, e di affrontare dunque di volta in volta i problemi posti da ogni passo, accertandone in libertà la verosimile autenticità o corruzione, senza il dubbio aiuto apparente di simili metodologie fuorvianti e senza soprattutto illudersi del preteso carattere scientifico di un'adesione indiscriminata all'una o all'altra. Tra l'ottuso negazionismo genuinista di chi preferisce dare dello stolido ad Ulpiano piuttosto che ammettere una minima alterazione del testo e le follie creative di un interpolazionismo maniacale come quello di chi, pur non potendo dimostrare la corruzione di un testo, l'afferma comunque come esistente in quanto egli «la sente», o che in maniera ancor più esilarante rintraccia alterazioni giustinianee persino nelle epigrafi repubblicane (è successo anche questo), ci sono certamente altre strade: non necessariamente «vie di mezzo», ma posizioni libere ed aperte che sappiano senza remore metodologiche, a seconda dei casi, non farsi problemi nel ritenere la classicità di un passo o nel dimostrarne invece l'interpolazione o comunque la corruzione.

Non si tratta di ritornare a maledire Triboniano con i suoi *emblemata* – definiti appunto anche *facinora* – considerandolo un *graecus semilatinus proletarius in iurisprudentia*, che con *emplastra e flagitia* avrebbe oscenamente sconciato la purezza del diritto classico, come sosteneva l'*Antitribonianus* di François Hotman, bensì di ricordarsi, semplicemente, che dopotutto Triboniano è esistito, e che Giustiniano non lo aveva certo ingaggiato quale mero copista. Così come, anche se magari non è più il caso di parlare di «basso impero», sono comunque esistiti, e ci hanno conservato usandole ai loro fini le opere dei *prudentes* per più di due secoli, i maestri dell'epoca postclassica, periodo che non a caso oggi si preferisce indicare – con *pruderie* politicamente corretta e con anodino termine che non a caso nelle sue implicazioni risulta avere a che fare con la storia politica e magari con il diritto pubblico, ma certo ben poco con gli istituti privatistici – come età «tardo antica», dimenticando del

tutto il tecnicismo dell'espressione «postclassico» nel rinviare a quanto che si colloca appunto tra l'età classica e quella giustiniana e d'altra parte le congiunge: e non sta quindi a sé, in un limbo di isolamento neppure troppo splendido, come avviene il più della volte per quello che oggi invece si indica con titubante irrisolutezza come «tardoantico».

Nel Digesto, come forse in misura minore o maggiore in qualsiasi opera giuridica antica, non sta soltanto quanto posto dall'autore, ossia dai giuristi indicati nell'*inscriptio* dei vari frammenti, ma ovviamente il lavoro di tutti coloro che ci hanno trasmesso tale composito testo, dal semplice copista dei libri classici che ora ci crea problemi con i suoi errori di trascrizione sino alle soluzioni adeguate nonché semplificative degli esperti di diritto che oltre a raccogliere hanno soprattutto usato tali fonti per risolvere problemi di amministrazione della giustizia a loro coevi e talvolta assai remoti dalle prospettive classiche nel cui alveo le soluzioni dei *prudentes* romani erano nate, mentre d'altra parte, com'è noto, la trasmissione di questi passi è giocoforza avvenuta attraverso le abitudini di pensiero, le visuali giuridiche nonché le più o meno ampie prospettive mentali e culturali di coloro che vi hanno via via provveduto nel corso della storia, secondo adattamenti che – è bene ricordarlo – nel mondo antico non urtavano certo contro quell'istintivo senso di rispetto dell'esattezza filologica che oggi appare affatto scontato ma che, anche senza certo potersi qui soffermare sulle teorie prospettate in ordine alle sue origini, rimane in ogni caso un portato posteriore della storia. Dimenticare tale verità invero assai banale, quasi come un severo teologo che consideri blasfema ogni indagine sulla stesura dei libri biblici in vista del loro intrinseco carattere di rivelazione divina, non può certo giovare alla cosiddetta scienza romanistica e ai suoi oggi alquanto incerti destini.