

1938) 180 ss. <sup>18</sup> MASCHI, « *Humanitas* » come motivo giuridico. Con un esempio: nel diritto dotale romano, in *Annali Triestini*, 18 (1948) (= *Scritti Cosattini*) 278, 323 ss. <sup>19</sup> Com'è noto, lo Schönbauer, in una serie di articoli, ha tentato di opporre all'insegnamento tradizionale che risale al Mitteis, un altro insegnamento, e cioè che la *constitutio Antoniniana* avrebbe sì attribuito la cittadinanza romana, ma avrebbe anche conservato in vigore i diritti locali (teoria della doppia cittadinanza). <sup>20</sup> SCHÖNBAUER, *Diokletian in einem verzweifelten Abwehrkampfe? Studien zur Rechtsentwicklung in der römischen Kaiserzeit*, in *ZSS.* 62 (1942) 267 ss. <sup>21</sup> Cfr. DE FRANCISCI, *Storia* (Milano 1938) 3.1.87 s.; *Arcana Imperii* (Milano 1947) 3.2.86 ss. <sup>22</sup> Cfr. SEGRÈ, *Alcune osservazioni sulla costituzione dell'Impero da Diocleziano a Giustiniano*, in *Atti Congresso Roma*, I, 209 ss. (= *Scritti vari* 533 ss.). <sup>23</sup> MAZZARINO, in GIANNELLI-MAZZARINO, *Trattato di storia romana*, 2.383 ss., 414 ss., 421 ss., 563 ss.; cfr. ancora la sua opera *Aspetti sociali del quarto secolo. Ricerche di storia tarso-romana* (Roma 1951). <sup>24</sup> Cfr. VOLTERRA, *Diritto romano e diritti orientali* (Bologna 1937) 301 ss.

#### TAGLIACARTE.

1. Gaio e le sue Istituzioni continuano a formare oggetto di attente ricerche e di alterne diagnosi da parte della romanistica contemporanea. Da quando, e son circa sessant'anni, ci si è convinti che il discorso del Codice veronese non è affatto un modello di precisione e di lucidezza, le vie seguite sono state essenzialmente due: quella della ricerca dei numerosi glossemi postclassici che avrebbero intorbidato il limpido originale del giurista classico; quella della negazione dei tanti glossemi e dell'attribuzione a Gaio delle storture avvertibili nel Veronese. Ed è umano che i seguaci di questo secondo orientamento, per non incorrere nel sarcasmo solaziano di essere « le Vestali del veronese », si siano potuti trasformare nei detrattori di Gaio, qualificando quest'ultimo di giurista di second'ordine (Schulz), di stella di ridotta grandezza del firmamento giurisprudenziale romano (Kunkel), o addirittura di giurista « non classico », pur se vissuto nella così detta età classica del diritto romano (Kaser). Il mio punto di vista al riguardo è stato espresso assai chiaramente da tempo [cfr. GUARINO, *Il classicismo dei giuristi classici*, in *Scr. Jovene* (1954) 227 ss.; in senso adesivo, VAN OVEN, in *T.* 23 (1955) 240 ss.] ed è, quindi, con comprensibile soddisfazione che segnalo il recente, autorevole schieramento del Flume sulla stessa linea, che è quella del « classicismo » di Gaio [cfr. FLUME, *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in *ZSS.* 79 (1962) 1 ss.]. Le Istituzioni gaiane, dice (sante parole) il Flume, « können nicht als unklassisch, als vulgär oder halb vulgär, als Produkt von Unterströmungen usw. eingeordnet werden »; salvo che esse sono un libro di scuola e pertanto non possono avere le caratteristiche di lucentezza, di acutezza e via dicendo dei *libri tres* di Sabino e di tante altre opere celebrate della giurisprudenza romana. Il che viene specificamente illustrato attraverso

l'analisi della famosa distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* [p. 22 ss.].

Malgrado tutto, peraltro, vi sono troppe cose nel Veronese, che il carattere elementare e didattico delle Istituzioni non è sufficiente a spiegare. Per me la spiegazione è semplice: anche se non così numerose e profonde quali le hanno viste taluni (dal Beseler al Solazzi), è ovvio che di glosse ve ne siano anche in Gaio, sarebbe strano se di glosse non ve ne fossero nel Veronese. Ma il Flume non la pensa così e, aderendo a una poco felice tesi del Wolff [cfr. *St. Arangio-Ruiz* (1953) 4.171 ss.], sostiene, sia pur con argomentazione parzialmente difforme [cfr. p. 2 ss.], la non classicità del dettato veronese: il Codice veronese, in parallelo con le *Res cottidianae*, altro non sarebbe che una epitome dell'opera originale di Gaio, a noi non pervenuta. Ora, per quanto ingegnose siano le considerazioni dell'a. in ordine ai passi presi in esame (Gai 2.66-68,70-72,73 ss., 3.161), non mi sembra, con tutta franchezza, che il Flume riesca a conferire colore di verosimiglianza alla tesi del Wolff. Strano, davvero strano, che dell'opera originale di Gaio nessuna notizia ci sia conservata dai *Digesta* o dalle *Institutiones* giustiniane. Strano che una epitome postclassica, o comunque postgaiana, parli ancora di *imperator Antoninus*. Strano che nel veronese sia lasciato ancora tanta parte al processo formulare. Strano che nella tarda epitome di Gaio si dia ancora tanto rilievo alle dispute tra le due scuole giurisprudenziali e che queste non vengano ancora nominate come Sabiniana (o quanto meno, Cassiana) e Proculiana. E sarebbe facile continuare, elencando altri motivi di incredulità più o meno profonda.

Posso sbagliare, ma più gli Studi critici sulle istituzioni gaiane si moltiplicano e più queste ne escono fresche e « genuine », pur con i loro innegabili chiaroscuri. Le sdrucciture e i rattoppi che si avvertono nel Codice veronese non sono tali da compromettere il giudizio prevalente circa la bontà del tessuto e l'eleganza del taglio. [A. G.].

2. E' da segnalare un recente lavoro del Marrone, relativo al problema dei *praeiudicia* in diritto classico [M., *Sulla funzione delle « formulae praeiudiciales »*, in *Scritti Salemi* (1961) 121 ss.]. L'A. aderisce alla *communis opinio* che vede nelle *f. pr.* dei mezzi giudiziari a carattere incidentale, proponibili, cioè, nel corso di una questione principale ed in funzione di essa, e respinge l'opinione del Siber che ritenne i *pr.* classici azioni di mero accertamento aventi una propria autonomia processuale, anche se ordinate in vista di futuri ulteriori processi. Riaffermata così la natura incidentale dell'istituto, l'A. esamina criticamente l'opinione che ammette la possibilità di proporre un'azione pregiudiziale anche nella fase *apud iudicem* del processo formulare. A tal fine l'indagine viene condotta su Quinct. 5.5, da cui si può desumere che il giudice privato era investito della potestà di decidere in via incidentale la questione pregiudiziale relativa alla falsità di un testamento, senza bisogno di sospendere la lite per dar luogo ad un giudizio separato. L'assunto viene suffragato dall'esame di altri testi, tra cui D. 44.2.1 e D. 40.12.24.4. In quest'ultimo passo la soluzione particolare del problema si

Tale visione dell'interregno è senz'altro suggestiva, ma soltanto suggestiva. Perchè, stando al Magdelain, dato il collegamento *regifugium-interregnum*, si sarebbe avuto puntualmente ogni anno, il 24 di febbraio, un interregno di cinque giorni. E' chiaro che, sostenendo tale collegamento il Magdelain accetta *in toto* la teoria del MERRILL [*Class. Phil.*, 19 (1924), 37 s.] il quale sulla scorta del FRAZER ritiene che il *rex* veniva messo a morte il 24 febbraio, l'indomani dell'ultimo giorno dell'anno e che un interregno di cinque giorni si apriva sino al 1° marzo, cioè fino all'investitura del successore. Se si vuole accogliere tale congiunzione *regifugium-interregnum*, anche a non voler essere così spietati col *rex*, bisogna ammettere quanto meno che la monarchia avesse durata annuale. Ma il *rex* era vitalizio, e, se un interregno c'è stato ai tempi della monarchia, esso ha avuto luogo senz'altro — stando alla tradizione — alla morte del *rex* (avvenimento peraltro non annuale), quando gli « *auspicia ad patres redeunt* ». Nè vale, specialmente riferendosi alla monarchia, qualificare sacrale l'interregno e non politico. L'applicazione dell'*interregnum* per supplire in generale alla vacanza della magistratura superiore, fa sì che lo si ritrovi in epoca repubblicana. Contro il DE FRANCISCI (*Primordia civitatis*, 549) che, solo, vede nell'interregno un'invenzione della pubblicistica romana, è sorprendente anche lo sforzo del COLI (*NNDI.*, 1962, sv. *interregnum*) per spiegare perchè, in piena repubblica, si parlasse ancora di *interregnum*. « La spiegazione più plausibile — egli dice — è che la pubblicistica patrizia, partendo dal *regnum*, concepisse il periodo seguente, nel quale il re mancava, come un continuato *interregnum*, durante il quale, mancando il re, stava ai *patres interreges* amministrare la comunità ». Suggestiva anche questa spiegazione, ma troppo debole nelle sue argomentazioni.

Certamente questi problemi sono ardui, come del resto tutti quelli che affondano le radici nella preistoria e le molteplici possibilità di soluzione, non confortate da fonti o più spesso fuorviate dalle fonti non coeve, fanno piuttosto abbandonare lo studioso a costruzioni di fantasticherie romanistiche, per la verità, molto piacevoli, se interessano talvolta lo storico in generale, poco soddisfano il romanista. [E. D. S.].

7. *A propos du droit vulgaire* è il titolo di un saggio, come sempre lucido e pacato, che Jean Gaudemet ha recentemente dedicato alla contestatissima categoria del « *Vulgarrecht* » [in *St. Biondi* 1, 271 ss., estr. 1963]. Il lungo articolo si divide in una introduzione e due parti. Il secolo decimonono, esordisce l'a. [cfr. specialm. 272 s.], aveva del diritto una concezione elevata, come di alcunchè di superiore al contingente umano, di normativa suprema e inderogabile insomma, che le vicissitudini di questi ultimi quarant'anni, così pieni di drammatiche offese alla dignità del diritto, hanno non poco contribuito a corrodere. « *Nul juriste aujourd'hui ne peut ignorer que le Droit est costamment tourné, méprisé, violé; que la réalité sociale diffère souvent de ce que prescrivent les textes; que les principes juridiques sont remis en question* ». Questo ormai endemico incontrarsi e confondersi

del diritto col fatto costituisce forse la ragione, o comunque l'occasione saliente dell'accresciuto, e talvolta preponderante interesse che, per restare nel nostro seminato, gli storiografi del diritto romano stanno dimostrando, da qualche tempo a questa parte, per il fenomeno cd. del Volgarismo e del cd. diritto volgare, « qui aurait existé en face d'un droit qui ne le serait pas ». Ma le incertezze sulla nozione, sulla realtà storica, sulla effettiva portata del diritto volgare sono tante, che il G. si propone di riesaminare tutta la questione, in tutti i suoi svariatisimi aspetti, onde poterci poi suggerire « comment on pourrait exquisser l'histoire du droit vulgaire à Rome ». Ed effettivamente, nella prima parte del suo articolo [p. 274-284], l'a. compie l'opera meritoria, e tutt'altro che facile, di riordinare criticamente in un panorama unitario le molte, troppe concezioni diverse (spesso, bisogna dirlo, formulate in un clima di ignoranza o di incomprendimento vicendevole), che al proposito si sono manifestate. Sorvolando su concezioni ormai superate o abbandonate (come quelle del Besta, del Solmi, dello Schupfer, dello stesso Brumer, che ha coniato l'espressione « Vulgarrecht »), il G. si ferma [p. 276 ss.] sulle formulazioni più moderne (tutte unificate, a parer suo, dal fatto che il « Vulgarrecht » è l'insieme delle soluzioni giuridiche scaturite da una « Stilhaltung », per usare la parola del Wieacker, qualificabile come « Vulgarismus ») e le classifica secondo tre criteri: a) un criterio di valore, che sta a base delle concezioni di chi (Kaser, Grosso, Boyer) vede nel Vulgarrecht il diritto romano qual'è inteso dai non giuristi, dai pratici, dai giuristi di mezza tacca; b) un criterio di origine, che sta a base della concezione del Lévy, il quale peraltro dapprima ha sostenuto che il diritto volgare (occidentale) è quello scaturito dalla pratica che si oppone alle costituzioni imperiali [*West Roman Vulgar Law, The Law of Property* (1951)], di poi è passato a ritenere [*Röm. Vulgarrecht* cit.] che il diritto volgare si manifesta anche nelle fonti ufficiali e si caratterizza per la sua evidente derivazione, attraverso l'opera mediatrice dei pratici del diritto, dalle concezioni caratteristiche del *vulgus* (concezione che si riattacca al criterio di valore e che sembra condivisa, oltre che dal Kaser, anche dal Wieacker); c) un criterio storico (o per meglio dire cronologico), che è quello suggerito, come unico modo per giustificare almeno formalmente il diritto volgare, dai critici degli altri due criteri (Pugliese, Guarino, Feenstra, Archi), i quali sostanzialmente concordano nel ritenere che la sostanza del diritto volgare è costituita dalla individuazione storiografica del diritto postclassico o del Basso Impero che sia. Il terzo criterio è evidentemente un criterio eversivo della categoria del diritto volgare, ma gli altri due criteri, il G. non se lo nasconde, non suffragano affatto la verità della categoria: non il secondo, perchè si riconduce ed è stato effettivamente ricondotto, *re melius perpensa*, al primo; non il primo (il criterio di valore), perchè postula antistoricamente che si possa individuare un diritto romano « perfetto » di fronte al quale il diritto volgare si ponga come « diritto meno perfetto ». E allora? Allora la questione del diritto volgare è una questione essenzialmente scolastica e formale. Tuttavia

(ed eccoci alla seconda parte dell'articolo del G. [p. 283-300]), « malgré son formalisme, le débat n'est pas inutile », perchè sottolinea il ruolo della pratica nella formazione delle regole giuridiche, la persistenza nei secoli di certe contaminazioni tra fatto e diritto, la particolare importanza e influenza del volgarismo nell'ambiente romano postclassico. Dopo di che l'a. passa ad indicare partitamente alcune manifestazioni non solo postclassiche, ma anche classiche di deviazioni pratiche delle regole del diritto [p. 284 ss.] e, mentre sottolinea che diritto volgare non significa sempre diritto decadente, cerca di spiegare il perchè di un maggior successo del diritto volgare nell'età postclassica: ha favorito il diritto volgare, in questa età, l'inaridirsi della grande giurisprudenza romana, ma l'ha favorito altresì l'incostanza, la contraddittorietà, la precipitevolezza delle costituzioni imperiali, le cui decisioni « politiche » erano spesso lontane dalle esigenze pratiche affermatesi attraverso generazioni e generazioni. [A. G.].

8. Il recente *Corso* di Giannetto Longo [LONGO, *Corso di diritto romano. I diritti reali* (Padova, 1962) p. 363] si segnala per il tentativo di sintesi in una materia complessa e ricca dei problemi più diversi — di origine o di ricostruzione, esegetici o di configurazione dogmatica. In questo senso, perciò, a noi sembra interessante la prospettiva generale che l'a. segue — ponendosi nel filone dell'ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*<sup>14</sup> (1960) 174 ss. — nella distinzione fra diritti reali e obbligazioni. Perchè non risolve nulla — secondo l'a. — definire il diritto reale, nella concezione classica e nella sistematica moderna, nel senso d'una relazione immediata dell'uomo con la cosa. Orientamento unilaterale, certamente, in quanto non bisogna dimenticare che l'ordine giuridico comporta comandi e divieti tendenti a limitare la libertà di azione dei singoli e che, d'altra parte, prevede il diritto soggettivo come facoltà attribuita all'individuo di pretendere un certo comportamento dai consociati. Diritto di proprietà significa, dunque, inibire a tutti di ingerirsi in ciò che si vuole riservare alla libertà del singolo. E con siffatta impostazione — ch'è una sorta di premessa storico-giuridica e insieme metodica — il volume prende l'avvio, articolandosi in sei parti, altrettante « sezioni » e un congruo numero di capitoli. Nato per l'insegnamento, esso rivela costante, nell'autore, il proposito della chiarezza, e tuttavia mostra presente, in più punti, il rischio dell'anodino, se non del semplicismo. Sorprende, infatti, la rapida, scarna trattazione in ordine all'enfiteusi (p. 357-360): un tema che, per lo svolgersi storico dell'istituto, è diffusamente esaminato nei manuali di istituzioni, anche perchè presenta molteplici implicazioni per la costruzione della categoria generale. Sì che la estrema sobrietà dei richiami bibliografici, il gusto per la citazione erudita e, massime una strana trascuratezza verso la letteratura recente (e recentissima, com'è ad esempio a proposito del condominio) ne fanno quasi un'opera « demodée » [F. G.].

9. Ha visto recentemente la luce il primo volume del corso sulle garanzie delle obbligazioni di Paolo Frezza, dedicato alle garanzie personali [P. F., *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. 1. Le garanzie per-*