

nach dessen Beendigung der endgültige Empfänger ein gleichartiges Eigentum, nur ohne die zeitliche Begrenzung, erhält. Bestätigt wird diese Anschauung von der östlichen Urkundenpraxis, für die Verf. 216ff, den P. Oxy. 2.237 col. VIII 34-37 (*FIRA* 1.60 S. 326: $\chi\rho\eta\sigma\iota\varsigma$) und Mod. D. 31.34.7 ($\epsilon\iota\varsigma$ βίου $\chi\rho\eta\sigma\tau\omega$ καὶ $\epsilon\pi\iota\chi\rho\eta\tau\iota\alpha\upsilon$) anführt. Das Material liesse sich aus den papyrologischen Belegen leicht noch vermehren, vgl. KRELLER, *Erbrechtliche Untersuchungen* (1919) 18f.; TAUBENSCHLAG, *The Law of Greco-Roman Egypt*² (1955) 262f. mit weit. Lit.

Diese Beobachtungen sind wichtig, weil sich in ihnen schon für die klassische Periode die vulgarrechtliche Anschauung eines beschränkten Eigentums auf Zeit widerspiegelt, die später, unter Konstantin, die herrschende werden sollte; vgl. LEVY, *West Roman Vulgar Law: The Law of Property* (1955) 34ff.; mein *RPr.* 2.179f.; 219f. In diesen Erscheinungen zeigt sich erneut, dass die vulgarrechtlichen Denkformen bereits neben der klassischen Doktrin und gleichzeitig mit ihr in juristischen Laienkreisen verbreitet waren; vgl. die Lit. in meinem *RPr.* 2.4 A. 8; *St. Betti* 5.569ff. Sie decken sich mit Erscheinungen im hellenistischen Osten, ohne dass doch an eine Einwirkung griechischer Rechtsvorstellungen gedacht werden müsste (*RPr.* 2.180 mit Lit.).

Einen Beleg aus der Reskriptpraxis Diokletians findet Verf. 220ff, schliesslich in vat. 283 (itp. in C. 8.54.2). Nachdem er eingehend glaubhaft gemacht hat, dass die Bestellung eines *u. an praedia stipendiaria* zur Zeit Diokletians Vertrauen verdient, gibt er den Schlussworten *usum fructum a proprietate alienare non potuisti* den Sinn: Wenn du einen *u.* geschenkt hast, kehrt er mit dem Tod der Usufruktuarin zwangsläufig zum Eigentum zurück, anders als wenn du Eigentum geschenkt hast, das nicht auf beschränkte Zeit übertragen werden kann (234f.). Ist diese Auslegung richtig — und dass sie möglich ist, wird nicht zu bestreiten sein — dann wendet sie sich wieder gegen abweichende vulgäre oder hellenistische Rechtsanschauungen, ähnlich wie in den zitierten Scaevolastellen. Wäre das Reskript gegen vulgaristische Abweichungen gerichtet, so stünden wir vor einem (von Pringsheim geforderten) Beleg für die Abwehr solcher Verschlechterungen des Reichsrechts durch Diokletian (vgl. *St. Betti* 3.571). Aber das ist nicht zu beweisen; die Inskription (vat.: *Aurelio Carrenoni*, CJ.: *Aurelio Zenoni*) lässt eher an einen östlichen Konsulenten denken, der von hellenistischen Vorstellungen beeinflusst ist.

MAX KASER

« VULGARISMUS » e « TEXTSTUFEN ».

I. Alla mia « lettura » del *Römisches Privatrecht* 2 (1960) del Kaser [GUARINO, « *Volgarismo* » e *diritto romano postclassico*, in *Labeo* 6 (1960) 97 ss.] il Wieacker dedica un breve « Diskussionsbeitrag » [*Nochmals über Vulgarismus*, in *St. Betti* 4 (1962) 509 ss.], raccogliendo con ciò l'invito al

dibattito che io avevo rivolto, « temperamentvoll » (è una critica?), ai romanisti. Il tutto esplicitamente limitato alla legittimità sul piano terminologico e metodologico della contestata categoria, nonchè, di scorcio, alla eliminazione di equivoci in cui sarei incorso a proposito delle sue *Textstufen klassischer Juristen* [cfr. 518 nt. 25].

Tralascio ogni spunto polemico offertomi da qualche frase, di cui il collega e amico di Göttingen sarà certo il primo, rileggendo il suo scritto (e un po' anche leggendo con maggiore attenzione il mio), a dolersi. Tralascio altresì la questione strettamente terminologica, essendo ovvio che tutte le terminologie sono legittime, sempre che ci si intenda sui significati. Dando anch'io per presupposto e assodato quello che tutti i romanisti di per che minima levatura, me quindi compreso, non possono ignorare (alludo particolarmente alla grande importanza delle ricerche del Brunner, del Mitteis, del Levy, che ho, del resto, anche espressamente sottolineata nel mio articolo [98 s.]), vengo immediatamente alla sostanza del nostro problema, iniziando con un tentativo di sintesi, nei limiti di quanto ho capito, delle argomentazioni del W.

2. Dice dunque il W. (509 s.) che non vi è motivo ragionevole per contestare l'adozione del concetto di « volgare », oltre che in materia filologica e artistica (ove quel concetto è ormai di casa), anche nel campo giuridico. Ma non bisogna intendere il volgare come una categoria etnica, sì bene come una categoria di carattere sociologico e di significato culturale, nè d'altra parte il volgare implica, in sè e per sè, *a priori*, un senso peggiorativo. In altri termini, il « volgare » non caratterizza determinati e circoscritti *vulgi*, ma caratterizza in generale il *vulgus*, ogni e qualsiasi *vulgus* sociale, e solo se contrapposto a « classico » (nel senso di ufficiale, perfetto, superiore) esso esprime un valore generalmente deteriore. Il volgare, preso in assoluto, sta a significare soltanto emozionalità (« Emotionalität »), drasticità di opinioni (« drastische Anschaulichkeit »), naturalismo povero di stile (« stilärmer Naturalismus »).

Posto ciò, dice ancora il W. [511 ss.], se per diritto si intende un fatto puramente normativo (come son forse portati ad intendere taluni romanisti latini, educati al principio di legalità), è spiegabile che la componente volgaristica, essendo per definizione estranea alla norma giuridica ufficiale, non venga presa in considerazione. Ma se, con i migliori storiografi (e in particolare con i romanisti tedeschi, influenzati dalla Scuola storica), per diritto si intende un fenomeno culturale, una manifestazione di civiltà, allora si è pienamente legittimati ad includere nel quadro della storia di un certo ordinamento giuridico anche le componenti volgaristiche, quali la prassi documentale, la letteratura atecnica (« Privatliteratur »), la coscienza giuridica degli uomini della strada (« Rechtsbewusstsein der Rechtsunterworfenen »), le stesse applicazioni distorte del diritto ufficiale da parte dei tribunali minori.

Ora, continua il W. [514 ss.], sta di fatto che l'analisi delle fonti post-classiche permette di reperire in larga misura gli elementi volgaristici [cfr.

WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Rechte der Spätantike* (1955) 27 ss., 40 ss.] e che solo la qualifica di « volgare », nel senso poc'anzi precisato, è in grado di unificare tutti questi elementi in un fattore generale di evoluzione del diritto romano. Per verità, il Vulgarismus non è l'unico fattore evolutivo dell'età postclassica, ma se si pensa che esso è il fattore su tutti prevalente, e se si pensa che tutta la vicenda del diritto postclassico è dominata dall'antitesi tra Vulgarismus e Klassizismus (quest'ultimo nel senso di attaccamento ai valori classici del diritto, principalmente manifestato dalle Scuole bizantine e da Giustiniano), ecco che si rivela opportuna la iniziativa, sia pur convenzionale, di qualificare il diritto postclassico come diritto romano volgare (o di qualificare, almeno, come volgare il diritto postclassico non classicistico). Nel che il W. [517 ss.] si distacca, se non erro, sia dal Levy e dal Kaser, che non esaltano sino a questo punto il fattore volgaristico di fronte agli altri fattori concorrenti, e sia, ovviamente, da me, che mi ostino a parlare del diritto postclassico come di un diritto romano decadente.

Per quanto mi concerne, i miei errori, almeno secondo il W., sono evidenti. Probabilmente informato ad una visione formalistica del fenomeno giuridico, io non dubito che volgare sia un non-diritto. Di qui la mia repugnanza verso il Vulgarrecht (che mi sembra addirittura una contraddizione in termini): repugnanza alimentata dall'equivoco che non si possa parlare, nel quadro della civiltà romana postclassica, di un unico *vulgus*, ma che si debba parlare se mai di molteplici *vulgi* etnicamente differenziati [cfr. 510 nt. 4]. Nè basta. Incurante dei persistenti valori del classicismo in età postclassica, equivocando sulla portata dell'indagine del W. in materia di « Textstufen » [cfr. 518 nt. 25], restando insensibile all'esigenza di una penetrazione a fondo nella dialettica dell'evoluzione postclassica, io finisco per proporre come qualifica di questa evoluzione il concetto semplicistico di « decadenza », che si risolve in una smorta tautologia.

3. Ritengo necessario, anzi tutto, eliminare l'equivoco implicato dalla distinzione posta dal W. tra storici (principalmente latini) ancorati ad una visione formalistica, normativistica del fenomeno giuridico e storici (principalmente non latini) informati ad una visione più aperta, giusta gli insegnamenti della « Historische Schule ». La distinzione è, a mio parere, assolutamente inammissibile, nel senso che gli insegnamenti della Scuola storica tedesca sono retaggio comune e indifferenziato di tutti gli storiografi del diritto degni di questo nome. Se esistono studiosi, i quali effettivamente limitano i loro interessi di ricerca agli aspetti strettamente tecnici e legalitari e ufficiali del fenomeno giuridico, essi non sono veri storiografi, ma superficiali dilettanti, immeritevoli di qualificazioni eufemistiche come quella avanzata dal W. E' ovvio infatti che lo storiografo del diritto (quello vero, intendo) è tenuto, e direi addirittura che è necessitato, a considerare il diritto come un aspetto di una realtà più complessa, cioè della civiltà cui inerisce, e non come una realtà autonoma e isolata [cfr. sul punto: GUARINO, *Storia del diritto romano*³ (1963) 25 ss.].

Tuttavia, ciò non toglie che debba essere preoccupazione costante dello storico del diritto (nella specie, dello storico del diritto romano postclassico) quella di distinguere, nel periodo considerato, la norma (o più in generale, il principio, l'ordinamento) dalla sua applicazione, positiva o negativa che sia. Se lo storiografo, traverso le esperienze di cui viene a cognizione, non cerca di creare, o meglio di ricreare criticamente un ordine, cioè di identificare l'ordinamento giuridico vigente, sceverandolo dalle applicazioni più o meno distorte, egli fa solo mostra di fare della storiografia giuridica, ma in realtà si limita a fare dell'erudizione. La storia del « diritto vivente » non è storia giuridica, ma storia generale. Di qui la mia convinzione, onestamente raggiunta, che il « *Vulgarrecht* » sia una contraddizione in termini: se per « volgare » si intende l'applicazione del diritto (indipendentemente dal problema della sua conformità o meno all'ordinamento), è chiaro che il *Vulgarismus*, per quanto diffuso esso sia, non costituisce diritto, non è *Vulgarrecht*. Di un *Vulgarrecht* postclassico è lecito parlare solo se si dimostri che il diritto postclassico era (in tutto o in parte) costituito dalle concezioni volgari, alle quali si riconosceva valore vincolante.

Queste mie precisazioni non escludono, dunque, che si possa e si debba andare alla ricerca del *Vulgarismus* postclassico; nè esse escludono che nel *Vulgarismus* postclassico sia ravvisabile un fermento importante, o addirittura importantissimo della evoluzione giuridica tardo-romana. Il mio scetticismo in materia non si fonda sull'impostazione metodologica dianzi riassunta, ma su ulteriori e distinte ragioni.

Giova, a quest'uopo, che io segnali un fraintendimento materiale di lettura del mio precedente articolo, in cui è incorso il W. Contrariamente a quanto questi afferma, io non ho mai espresso l'opinione che il *Vulgarismus* implichi una valutazione peggiorativa, di decadenza. Ho affermato, viceversa [99 ss.]: « se per *volgarismo* si intende (e sin qui non può non essersi tutti d'accordo) la valutazione volgare e atecnica delle norme, degli istituti e dei problemi giuridici... a questa valutazione atecnica o volgare... non è lecito assegnare una qualifica dispregiativa anzi non è lecito attribuire qualifiche di sorta, nè in male nè in bene: ... il *volgarismo* è soltanto il *volgarismo* ». Tuttavia, mi segua il W., proprio perchè il *Vulgarismus* non comporta alcun giudizio di progredito o di decadente, esso *Vulgarismus* non mi sembra atto a qualificare un particolare periodo storico, quale che sia, del diritto romano. « Come il diritto è un fenomeno di sempre, così è di sempre l'atteggiamento volgaristico nei suoi confronti (ed è, del pari, di sempre l'atteggiamento classicistico). E la storia del diritto romano, ci mostra che, se pure è vero (ma è vero?) che la recezione delle prospettive volgaristiche si è sempre risolta, nell'età postclassica, in un peggioramento del diritto romano, in una deprecabile deformazione delle sue strutture materiali e spirituali "classiche", è altrettanto vero che la formazione del diritto romano, "classico" è essenzialmente derivata, a sua volta, da una felice e oculata recezione di pro-

spettive volgaristiche, attuata nel corso dell'età preclassica da legislatori, magistrati, giuristi [seguono alcuni esempi] ».

Per conferire un senso, una capacità qualificante al *Vulgarismus*, il Levy, il Kaser e lo stesso W. (essi, non io) sono costretti a contrapporlo al classicismo: sicchè tra le tante manifestazioni di volgarismo di tutti i tempi della storia giuridica romana, quelle dell'età postclassica verrebbero ad assumere una significazione peculiare. Il volgarismo postclassico sarebbe, dunque, la deviazione dal modo di ragionare classico (delle età preclassica e classica) o classicistico (delle Scuole bizantine e di Giustiniano), la degradazione (che non sempre implica, d'accordo, decadenza delle istituzioni) del senso giuridico al livello del senso comune [cfr. KASER, *RPR.* 2.3: « Die Preisgabe des klassischen Denkstils und das Absinken auf ein primitives, unwissenschaftliches Niveau »]. Posta una certa configurazione del « classico » (inteso come valore, non come epoca storica), il volgarismo sarebbe, in buona sostanza, il « non classico ». Ora io domando: è storiograficamente corretto dare un rilievo apparentemente positivo ad un dato tanto chiaramente negativo, e non è meglio parlare per il periodo postclassico (in relazione al classico che lo ha preceduto ed a quel tanto di classico che ancora sopravvive in esso) di prevalente decadenza, cioè di allontanamento dai valori classici del diritto romano? La chiamata in causa del latino volgare e dell'arte volgare, me lo permetta il W., lascia il tempo che trova, perchè tutti sanno che queste sono denominazioni di comodo, con le quali si intende riassumere in una formula unitaria (e utilitaria) l'insieme delle varie, distinte, diverse deviazioni, positivamente accertate, della lingua o dell'arte dai canoni del buon latino e dell'arte classica: e il nostro problema non è di termini più o meno felici e sintetizzanti, ma di concetti storiograficamente ricostruibili e validamente operanti.

Ma, oppone il W., non è vero che il *Vulgarismus* sia una denominazione di comodo, priva di contenuto positivo: esso è espressione di una realtà sociale (il *vulgus* romano postclassico) e si concreta nei dati della Emotionalität, della drastische Anschaulichkeit, dello stilärmer Naturalismus. Al che oppongo: non è lecito allo storico travalicare la realtà storica dei vari e differenziati *vulgi* che costituivano la compagine sociale romana, nè è attendibile una identificazione che si basa su tratti fisionomici così vaghi e nebulosi come sono quella tale Emotionalität e via dicendo. Per quanto riguarda il primo punto, mi conceda il mio contraddittore di dirgli che io, nel mio precedente scritto, non sono affatto incorso nella banale confusione del concetto di *vulgus* con quello di *vulgi*: io ho voluto obiettare come tuttora obietto, ai sostenitori del *Vulgarismus* postclassico che il *vulgus* di cui essi parlano è un'astrazione, pienamente legittima in sede sociologica, ma pericolosa in sede storica, con riferimento al composito ambiente sociale romano postclassico. Per lo storiografo prima debbono venire, ripeto, i *vulgi* e poi verrà il *vulgus*, espressione delle qualità invarianti dei vari *vulgi* presi in considerazione: pre-

cisamente quello che fanno, del resto, i buoni storici della lingua e dell'arte romana, i quali prima ricostruiscono le varie manifestazioni del latino o dell'arte non classici e dopo, solamente dopo, parlano con espressione, l'ho detto, di comodo, di latino volgare e di arte volgare. Ma sta di fatto che la differenza degli ambienti sociali dell'età postclassica è tanto grande, che, a voler determinare un loro comune denominatore, si perviene soltanto alla *Emotionalität*, alla *drastische Anschaulichkeit* ed allo *stilarmer Naturalismus*: concetti (almeno quello della *Emotionalität*) che, stando al W., dovrebbero essermi piuttosto congeniali, ma che io confesso di non afferrare e di trovare poco meno che inconsistenti, buoni cioè a tutti gli usi, ma atti in realtà a spiegare un bel niente. [Si legga, a questo proposito, la recente ricerca del CANNATA, « *Possessio, possessor, possidere* » nelle fonti giuridiche del basso impero romano (1962), che dimostra la irrilevanza della spiegazione « volgaristica » persino in ordine a quel famoso scambio postclassico di *possessio* e *dominium*, che costituisce uno dei cavalli di battaglia dei fautori del *Vulgarismus*].

Questa astrazione (per non dire astruseria) del *Vulgarismus* è insomma, almeno a mio avviso, una poco felice escogitazione, che, fortunatamente, non intacca quasi per nulla le magistrali ricerche (principalmente, quelle del Levy) dalle quali, più che altro a titolo di sottoprodotto o di scoria, è derivata in questi ultimi decenni. Ma una escogitazione che, per l'autorità dei suoi autori e per la suggestività delle sue formulazioni, deve essere, sempre a mio avviso, rigorosamente combattuta, affinché le ricerche di diritto postclassico dei prossimi decenni non vengano ad essere, quale più quale meno, falsate dal comodo ricorso alla spiegazione volgaristica, che tagli la strada a più sofferiti approfondimenti.

4. Nel mio precedente scritto, dopo aver affermato che il *Vulgarismus* postclassico come fenomeno unitario non è configurabile, e che esso altro non è se non un sinonimo della qualifica corrente di decadenza postclassica, dicevo (103 s.): « L'unico modo per sfuggire alla ineluttabilità di questa critica potrebbe consistere nel far risalire molto all'indietro nel tempo la corruzione volgaristica del diritto romano, riportandola cioè ad un'epoca in cui non sussisteva ancora la bipartizione netta dell'Impero romano. Ma non basta risalire a Costantino, facendo fantasiosamente di lui un figura preminentissima di riformatore; nè basta dire che il volgarismo postclassico fu preceduto e preparato dalla "frühnachklassische (quasiklassische) Jurisprudenz" del sec. III d. C.: occorre avere il coraggio di affermare (come taluni studiosi tedeschi oggi effettivamente affermano [cfr. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen* (1960) 16 ss.]) che l'avventura del diritto postclassico si svolse in massima parte sullo scorcio dell'epoca classica, nel periodo di "anarchia giuridica" sino a Diocleziano, e che, a partire da Costantino, si affermò il più profondo rispetto per gli scritti classici. E trarne tutte le conseguenze del caso ».

Queste parole hanno indotto il W. [518 nt. 25] a parlare di un « Missverständnis » da correggere, in quanto egli ha bensì ipotizzato che « ein grosser Teil der vorjustinianischen Textänderungen in ziemlich früher Zeit, oft bis 300 zurückgeht », ma ha anche constatato che, almeno nei testi presi in esame nel suo libro, le alterazioni protopostclassiche sono di limitata importanza sostanziale ed hanno poco o niente a che vedere con il Vulgarismus: dunque, l'affermarsi del Vulgarismus sarebbe posteriore alla modificazione protopostclassica dei *iura* classici e questi ultimi « waren, unbeschadet zahlloser Textänderungen, inhaltlich ganz überwiegend klassisches, am allerwenigsten "vulgares" oder dekadentes Recht ». D'accordo (chi non ha letto con la dovuta attenzione il bellissimo libro del W.), ma appunto per ciò io ho parlato di conseguenze da trarre. Se è vero che il Vulgarismus (inteso come fenomeno sociale unitario) non trova posto nel frazionato mondo postclassico dei sec. IV e seguenti, l'unica possibilità di salvarlo consiste nel rapportarlo alle asserite modificazioni protopostclassiche dei *iura*: il che postula, ovviamente, che tali modificazioni abbiano avuto spesso carattere assai più incisivo di quello riscontrato dal W. nei passi da lui specificamente esaminati in sede di confronti testuali. Se poi si vuole insistere nell'affermazione che, presumibilmente, tutte le alterazioni protopostclassiche dei *iura* non ebbero carattere volgaristico, e allora il Vulgarismus viene di necessità ricacciato nel periodo storico postcostantiniano, ove peraltro, dato il frazionamento della società romana in molteplici *vulgi*, e quanto meno in un mondo occidentale ben distinto da quello orientale, esso Vulgarismus finisce per perdersi.

Se non erro, è spiaciuto al W. che io abbia parlato, a proposito del Vulgarismus postclassico, di « Fata morgana ». Mi spiace che gli sia spiaciuto. E respingo perciò la tentazione di parlare stavolta di « Araba fenice ».

ANTONIO GUARINO

LA LEGISLAZIONE PRIVATISTICA DI DIOCLEZIANO.

1. Un recente studio dell'Amelotti [AMELOTTI M., *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano* (Milano 1960) p. 157], pur non pervenendo a conclusioni definitive, sopprime all'esigenza, sempre più accentuatasi in questi ultimi anni, di una revisione del giudizio sull'opera legislativa di Diocleziano nell'ambito del diritto privato. L'interpretazione corrente, invero, propugnata soprattutto dall'Albertario¹, non può non lasciare insoddisfatto il romanista sensibile ai nuovi problemi suscitati dal prevalere di più moderni metodi di indagine. Ma all'A. l'impulso a superare l'attuale orientamento è venuto ancor più dal fatto che, essendosi egli ripetutamente occupato, per l'interesse che ha sempre sentito verso la vita giuridica delle provincie, di singoli rescritti dioclezianeî, questi, soprattutto in quanto esaminati con apprez-