manate e grottesche istanze populistiche, quella che i due curatori di questa edizione dell'opera definiscono eufemisticamente (p. 4) « una improvvida riforma legislativa ».

Ma a che parlarne, ed a che farci altro sangue amaro? « *Fuimus Troes, fuit Ilium et ingens / gloria Teucrorum* » (Verg. *Aen.* 2.325 s.).

3. Due manuali di storia.

Due recentissimi manuali di « Storia del diritto romano », pur confermando a chiare note la spiccata individualità, con le conseguenti inevitabili diversità, dei rispettivi autori, sono tuttavia affini tra loro per piú di un motivo. Egual freschezza e limpidezza di dettato, corrispondente scelta degli argomenti, pari inquadramento storico della materia trattata (Kunkel W., *Römische Rechtsgeschichte*[2] [Heidelberg 1940] p. 158. Kaser M., *Römische Rechtsgeschichte* [Göttingen 1950] p. 277).

Salutiamo con piacere la relativa ampiezza delle due trattazioni, sopra tutto quella del manuale del Kaser, il quale, oltre che alla *cupida iuventus* delle università tedesche, è dedicato, forse un po' ottimisticamente, anche agli uomini di cultura non romanistica, nella supposizione che sentano il bisogno, in Germania o altrove, di penetrare nel vivo della civiltà giuridica romana. Se a noi italiani le due operette possono sembrare, a tutta prima, un po' smilze, ciò dipende dal fatto che in Italia abbiamo la fortunata consuetudine ad un apposito insegnamento universitario, a carattere fondamentale, esclusivamente destinato alla Storia del diritto romano. Per la Germania la cosa è sensibilmente diversa. Sensibilmente diversa anche oggi che, caduto il nazionalsocialismo, i colleghi delle università tedesche son pervenuti a disporre, per l'insegnamento romanistico, di due « Hauptvorlesungen ». In rapporto a tale situazione, può e deve sottolinearsi con soddisfazione che gli studiosi germanici tornino a dedicare alla storia della costituzione e delle fonti giuridiche romane tanto, e sinora inusitato, spazio.

Non sembra il caso di postillar da vicino l'insegnamento, misuratissimo, dell'uno e dell'altro autore, precisando consensi e dissensi sui singoli punti. Mi fermerò, piuttosto, alcun poco, a discutere i criterî seguiti, sia dal Kunkel, che dal Kaser, nell'inquadramento storico della materia.

* In *Iura* 1 (1950) 385 ss.

Tali criterî di inquadramento sono, come ho avvertito, quasi totalmente conformi, né possono dirsi, d'altronde, completamente nuovi. I due autori subordinano la trattazione della loro specifica materia (costituzione e fonti del diritto) alla ricostruzione dell'andamento di tutta la storia romana in generale, con particolare riguardo per i fattori sociali ed economici. Di modo che essi pervengono a distinguere i secoli intercorrenti tra Romolo e Giustiniano nei seguenti tre grandi periodi: *a*) il periodo arcaico, definito anche dal Kaser come « bäuerliches Zeitalter », che va dalle origini alla metà del sec. III a. C.; *b*) il periodo del predominio mondiale di Roma, che si spinge sino alla metà (Kunkel) o addirittura alla fine (Kaser) del sec. III d.C.; *c*) infine il periodo della decadenza, cioè il consueto periodo postclassico-giustinianeo.

Io vorrei permettermi di manifestare qualche dubbio circa la fondatezza scientifica e la stessa efficacia espositiva o didattica di una cosí fatta periodizzazione.

Da un punto di vista strettamente scientifico, io non contesto, naturalmente, che la storia di un qualsivoglia fenomeno, e quindi anche la storia del diritto romano, possa essere legittimamente inquadrata in base a criterî personali di valutazione. In questa personalità della visuale prescelta consiste anzi, per l'appunto, la « storia », o, meglio deve dirsi, la « storiografia ». Tuttavia, se qualsiasi criterio valutativo è formalmente legittimo, ciò non significa che, nel merito, esso sia sempre, altresí, opportuno e fondato. Per quanto, in particolare, riguarda la periodizzazione adottata nei loro manuali dal Kunkel e dal Kaser, io direi appunto che essa non sia sufficientemente giustificabile, né paia comunque convincentemente giustificata dagli autori.

L'evoluzione del diritto di un popolo è, sí, di certo, strettamente connessa con la evoluzione storica generale, cioè politica, sociale, economica, di quel popolo, ma non mi sembra che ne dipenda, che vi sia subordinata sino al punto di doverla tratteggiare solo ed esclusivamente come derivante da quel che, in fondo, può dirsi l'atteggiamento esteriore, diciamo pure « drammatico », di quella storia. Ora, l'affermare che Roma fu per un certo tempo chiusa in se stessa, senza aspirazioni egemoniche, e che poi, ad un certo momento (sec. III a.C.), « armò la prora, salpando verso il mondo »: questo certamente è anche vero, questo certamente ha anche influito sul diritto pubblico e privato romano, ma proprio non mi sembra che sia stato un fattore decisivo di evoluzione del *ius Romanorum*. Gli ordinamenti pubblici di Roma erano nettamente definiti già un secolo prima dell'epoca che il Kunkel ed il Kaser indicano come il punto di passaggio dal primo al secondo pe-

riodo; vero è che in tale epoca fu creato il *praetor peregrinus* (242 a.C.?), ma attivi rapporti commerciali tra Romani e stranieri si erano determinati già prima e, d'altro canto, fu solo alquanto tempo dopo, e cioè nel sec. II a.C., che dal « Fallrecht » del tribunale peregrino si svilupparono i principî (oggi diremmo « consuetudinarî ») del cd. *ius gentium*, e fu solo nel periodo di crisi della *respublica*, principalmente nel sec. I a.C., che germinò il *ius honorarium*. Questo dimostra, se non erro, che il sec. III a.C. non è opportunamente scelto come epoca di transizione dal primo al secondo periodo: a segnare il passaggio dall'età arcaica a quella « storica », sarebbe stato piú indicato il sec. IV; a segnare il principio di un effettivo rinnovamento del diritto di Roma, sarebbe stato piú indicato il sec. II. E non basta, perché, sommessamente, io affermerei che non è giusto negare al principato di Augusto la determinazione di una decisiva ulteriore evoluzione del diritto romano. Il I sec. d.C. non era ancora finito che già erano praticamente esauriti, se non formalmente estinti gli ordinamenti repubblicani pubblici e privati. Il controllo prima, e poi l'esautoramento della attività dei *comitia*, la creazione del *ius publice respondendi* (che il Kunkel e il Kaser non dubitano essere stato introdotto, nella sua forma piú perfetta e rigida, giust'appunto da Augusto), l'esaurimento del *ius honorarium*, la trasformazione dei *senatusconsulta* in *orationes principis*, l'invadenza della *cognitio extra ordinem* imperiale, l'efficacia normativa riconosciuta alle *constitutiones principis* anche *speciales*: sono tutti segni evidentissimi di una nuova atmosfera in cui vive il diritto romano dei sec. I-III d.C., e cioè di un suo nuovo « periodo » vitale, che merita di essere ben differenziato dal periodo vitale precedente (sec. IV-I a.C.).

Gli elementi or ora sommariamente accennati i nostri autori, beninteso, non li ignorano affatto: ché, anzi, li precisano e li sottolineano con notevolissima finezza. Giova, dunque, prestare orecchio assai attento alle loro parole per capire e valutare il come essi giustifichino l'aver loro negato rilevanza decisiva. Nel che, data la stringatezza del discorso del Kunkel, può sovvenire particolarmente la lettura del manuale del Kaser (spec. § 1, p. 14 ss., e § 16, p. 64 ss.). Ma, in verità, ben poco troviamo, a questo riguardo, anche nel Kaser. In particolare, per quel che concerne l'argomento piú scottante, che è quello della formulazione del mastodontico periodo dello « Imperialismus » e della « Weltherrschaft » (sec. III a. C. - sec. III d. C.), il Kaser (p. 64 ss.) ne fa dipendere la costruzione come periodo unitario dagli elementi, un po' vaghi, della « äussere Machtentfaltung » e dello « Erwachen des Gefühls für die innere Persönlichkeit », dopo di che ammette (p. 65) la necessità

di distinguere due « Teilperioden », quella della *respublica* e quella del *principatus*, ma istituisce tra esse un rapporto da « Vorbereitung » a « Verwirklichung ». Preparazione del dominio mondiale, attuato dall'organizzazione statale del *principatus*, sta bene; ma non riuscirei proprio ad intendere come mai e in che senso possa dirsi che la *res publica* abbia preparato quella « Ueberwindung der altrömischen Lebens- und Denkformen », che il principato avrebbe attuato. Se si vuole alludere al superamento delle « Lebens- » e « Denkformen » arcaiche, mi pare che esso sia stato sostanzialmente compiuto già tutto nella età preclassica (sec. IV-I a.C.); se si vuole alludere ad altri e ulteriori superamenti, è notoriamente discusso se questi siano stati compiuti solo in epoca classica o anche in epoca postclassica, ma è certo, mi pare, che essi furono superamenti delle « Lebens- » e « Denkformen » dell'età repubblicana. Si pensi alla fusione del cd. *ius gentium* con il *ius civile*; si pensi, ripeto, all'esaurimento del *ius honorarium*; si pensi al disciplinamento dell'attività giurisprudenziale; si pensi, sopra tutto, all'invadenza normativa dei *principes*. Per modo che io concluderei che la distinzione, netta e categorica, tra un periodo preclassico ed un periodo classico sia, scientificamente, indispensabile.

Né mi sembra, per finire queste brevissime note, che la periodizzazione accettata dal Kunkel e dal Kaser si raccomandi, almeno, ai fini della perspicuità espositiva. La storia, la vera storia, non conosce tagli netti, ma i manuali di storia debbono, sol che sia possibile, operare tali tagli, perché i giovani lettori (per quel che mi suggerisce una modesta, ma fervida attività didattica, svolta sui piú diversi manuali di insegnamento) hanno bisogno, per la loro comprensione, necessariamente elementare, di schemi inquadrativi categorici e definiti. I vecchi maestri aiutavano la comprensione e il ricordo delle loro discipline a colpi di righello; i maestri di oggi non dispongono del righello, e tanto meno ne dispongono i professori universitarî: il surrogato di quel sistema può essere solo lo schema, proprio e solo quel rigido schema storico, che tanto fa orrore ad alcuni storiografi, che, come il Croce, non hanno mai insegnato. Orbene, se tutto ciò non è inesatto, sembra evidente la scarsa opportunità didattica di una periodizzazione, che non tiene conto, sempre che possibile, del variare delle forme costituzionali in Roma, sí che nel primo periodo si parla prima di *regnum* e poi di *respublica*, e nel secondo si tratta nuovamente della *respublica* e poi del *principatus*. Non per difendere uno schema da me altrove adottato [*Storia del diritto romano* (1948) *passim*], io ritengo che gli egregi autori dei due manuali qui delibati avrebbero forse operato meglio, anche dal punto di vista della efficacia

espositiva, se avessero posto termine al periodo arcaico con le *leges Liciniae-Sextiae* (367 a.C.) o con quelle *Publiliae Philonis* (339 a.C.) e se avessero nettamente differenziato il periodo repubblicano da quello del principato.

4. I TRATTATI DI MAX KASER.

1. Tutti gli autori, si sa, sono generalmente portati a ritenere che l'ultima loro opera sia anche la migliore fra quante ne hanno scritte. Non sempre, e anche questo si sa, la loro opinione coincide con il giudizio dei lettori e dei critici. Tuttavia, questa volta par certo anche a me, lettore e modestissimo critico, che Max Kaser ci abbia dato, col primo tomo del suo trattato di diritto privato romano (Kaser M., *Das römische Privatrecht* 1 [München 1955] p. XXVI-651), l'opera sua piú valida e bella, tra le tante pregevolissime che ha pubblicato finora. Opera sua piú valida e piú bella, anche perché, a mio avviso, felicemente cònsona alle peculiari attitudini di attentissimo studioso e di efficace sintetizzatore dell'egregio collega di Münster i. W.

L'opera del Kaser si inquadra nel grande *Handbuch der Altertumswissenschaft*, cui presta le sue cure, dopo J. von Müller e W. Otto, Hermann Bengtson. Essa costituisce il volume III (tomo primo) di una ripartizione interamente dedicata al diritto romano, della quale faranno parte una Storia delle fonti ad opera del Wieacker, una Storia della costituzione ad opera del Kunkel ed una Storia del processo privato ad opera, ancora, del Kaser. L'apparizione del tomo secondo, relativo al diritto privato dell'età postclassica, è rimandata, secondo che avverte l'a. nella sua prefazione (p. IX), al giorno, speriamo prossimo, in cui Ernst Levy avrà pubblicato, a complemento delle sue ricerche sui diritti reali nell'età della decadenza, le ricerche in corso sui diritti di obbligazione.

Di fronte ad una trattazione che involge il diritto romano nelle sue fasi (la arcaica, la preclassica, la classica) prevalentemente « ricostruite » sulla base della documentazione che essenzialmente l'ultima fase, la postclassica, ci offre, un giudizio critico è legittimo sin d'ora, senza necessità di attenderne il completamento. E, pur rinunciando a seguire l'esposizione nei suoi particolari, col rilevare specifici consensi

* In *Labeo* 1 (1955) 351 ss., in *Iura* 23 (1972) 172 s., in *Labeo* 22 (1976) 123, 13 (1967) 80 ss., 6 (1960) 427, 17 (1971) 348.