

Scuola di Berito), ma si tratta di opere che furono, per tutto il corso del periodo postclassico, ampiamente studiate ed elaborate e arricchite, sia pure sopra tutto di orpelli, da una giurisprudenza orientale assai attiva, vivace e, a suo modo, elegante e profonda. Il rinascimento « classicistico » del quinto secolo, così come ipotizzato (e un pochino fantasticato) dal Kaser e dai suoi modelli, non giustifica affatto, in modo verosimile e tranquillante, la vastità del materiale (e la vastità della elaborazione sua), che i *Digesta* di Giustiniano portano a nostra conoscenza.

Ma, ripeto, chi legga con la dovuta, ammirata attenzione le molte e pregevolissime pagine che il Kaser, uscendo dal generico e dall'apodittico dell'Introduzione, dedica agli istituti del diritto privato postclassico, noterà facilmente quanto poco l'a. dimostri, e ben giustamente, di attenersi al rigore dell'impostazione astrattamente formulata all'inizio. L'evoluzione giuridica è, di volta in volta, rapportata ai più svariati e diversi motivi e i miti del *Vulgarismus* e del *Klassizismus* svaniscono come neve al sole.

Svaniscono, per buona fortuna, perché si tratta appunto di miti e perché il Kaser è troppo buon romanista per lasciarsene dominare allorché, postosi di fronte agli istituti, passa ad individuare, secondo il suo dovere di eccellente storiografo, il « *wie es eigentlich gewesen* ». E siccome è questo, solamente, che importa, ben giunge il secondo volume dell'importante opera del Kaser ad onorare, è la parola, la letteratura romanistica del nostro secolo.

### 3. A PROPOSITO DEL DIRITTO VULGARE.

*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. spec. 272 s.), aveva del diritto una concezione elevata, come di alcunché 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 contamment tourné, méprisé, violé; que*

\* In *Labeo* 9 (1963) 405 s.

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 del cd. *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 svariati aspetti, onde poterci poi suggerire « comment on pourrait exquissier 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 e di incomprendimento vicendevole), che al proposito si sono manifestate. Sorvolando su teorie ormai superate o abbandonate (come quelle del Besta, del Solmi, dello Schupfer, dello stesso Brunner, 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 Levy, 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 (*Weströmisches Vulgarrecht, Das Obligationenrecht* [1956]) 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 diacronico), che è quello suggerito, come unico modo per giustificare almeno formalmente il diritto volgare, dai critici degli altri due criteri (Pugliese, Guarino, Archi), i quali sostanzialmente concordano nel ritenere che la essenza del diritto volgare è costi-

tuita 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, perché si riconduce ed è stato effettivamente ricondotto, *re melius perpensa*, al primo; non il primo (il criterio di valore), perché 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 », perché 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 perché 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.

#### 4. « VULGARISMUS » E « TEXTSTUFEN ».

1. 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, nonché, di scorcio, alla eliminazione di equivoci in cui sarei incorso a proposito delle sue *Textstufen* (cfr. p. 518 nt. 25).

\* In *Labeo* 9 (1963) 376 ss.