« VULGARISMUS » E DIRITTO VOLGARE

1. L'INCHIESTA.

1. La storiografia romanistica a una svolta? Sembrerebbe doverlo desumere da certe interessanti manifestazioni di pensiero, che si sono avute, negli anni recenti, sopra tutto in Germania. Originate dalle felici indagini di Ernst Levy sulle fonti postclassiche occidentali, esse hanno progressivamente portato ad affermazioni categoriche, di carattere generale, formulate dallo stesso Levy e, tra gli altri, dal Kaser.

Un nuovo tema si propone, dai detti studiosi, alla ricerca romanistica: il tema del « Vulgarismus ». Questo fattore essenziale, anzi preponderante, della evoluzione giuridica postclassica, collegantesi a lontani atteggiamenti deteriori dell'epoca classica, avrebbe avuto il suo impulso formativo nell'attività giurisprudenziale « frühnachklassische » dai Severi a Costantino ed avrebbe quindi trovato il suo pieno « ubi consistam », in Occidente e in Oriente, nel periodo storico da Costantino a Giustiniano. Il diritto romano postclassico sarebbe da qualificare, in altri termini, nella sua massima parte, come « diritto volgare » (« Vulgarrecht »), seppure fortemente arginato, sopra tutto in Oriente, dalle istanze mai spente, anzi con Giustiniano rifiorenti, del « Klassizismus ».

È una idea. Anzi, giova dire che non è solamente un'idea, ma una argomentazione fitta, serrata, suggestiva, pienamente degna degli studiosi di altissimo valore e di profondo acume che l'hanno maturata ed espressa.

Se valida, essa determinerebbe, ovviamente, la necessità di una revisione radicale di fondamentali dottrine sinora unanimemente accettate, l'opportunità di un riesame completo dei rapporti di forza tra i « fattori » dell'evoluzione postclassica, l'utilità in ogni caso di una minuziosa messa a punto dei tanti e tanti risultati particolari raggiunti nelle ricerche romanistiche dell'ultimo sessantennio. Insomma, la svolta.

Ma è stata, a tutt'oggi, considerata a fondo questa nuova « Wendung » della romanistica tedesca? La si è veramente studiata, control-

^{*} Redazionale di Labeo 6 (1960) 5 s.

lata, ripensata con quell'impegno che l'importanza delle sue affermazioni e l'autorità dei suoi sostenitori richiedono? È sicuro che tutti, oggidí, veramente la conoscono? Ed è proprio certo che, tra chi la conosce, non vi è chi l'accetta per troppo facile remissione, e non vi è chi l'osteggia con troppo fragile critica?

Al dubbio grave non può, crediamo, sottrarsi chi doverosamente segua, sia pur con la coda dell'occhio, la letteratura romanistica dei giorni nostri nei vari paesi del mondo. Ma è chiaro allora il « tema » che piú di ogni altro si impone, nell'immediato futuro, all'attenzione di tutti gli studiosi. È un tema irrinunciabile, perché la questione è di fondo. Il tema del « Vulgarismus » e del « Vulgarrecht »: davvero?

E la Redazione di *Labeo*, convinta com'è di questa necessità improrogabile di studio da parte di ognuno, appunto perciò invita tutti gli studiosi del diritto romano ad esprimere il loro pensiero, o quanto meno il loro punto di vista, sulla questione del volgarismo e del diritto volgare.

Potranno scaturire da questa inchiesta tanto adesioni quanto critiche, potranno derivarne cosí elogi come polemiche, potranno emergerne preziosi affinamenti o radicali incomprensioni, ma ne risulterà, in ogni caso, un tempestivo chiarimento per tutti dell'appassionante problema.

2. Il « redazionale » riprodotto nel numero che precede fu inteso ad aprire una discussione chiarificatrice intorno ai concetti di « Vulgarismus » e di « Vulgarrecht » approfonditi e diffusi da acuti studiosi germanici (E. Levy, F. Wieacker, M. Kaser) negli anni '60, a titolo di sviluppo di spunti ancora precedenti (per esempio, di F. Schulz): spunti per i quali, e per la valutazione critica dei quali, rimando al mio articolo su Il classicismo dei giuristi classici del 1954.

Non voglio qui, postillando nel 1993 il redazionale di allora, ricordare le controversie, talvolta inquinate da incomprensioni reciproche e asprezza, che si svolsero in quel torno di tempo sul tema. Mi limito a segnalare che ai quesiti posti da Labeo si decisero a rispondere, ed in modi non sempre aderenti alla specificità del tema, pochi studiosi, tra cui il Kaser, in pagine che si leggono in Labeo 4 (1960) 228 ss., 358 ss. e in Labeo 7 (1961) 53 ss., 210 ss., 349 ss. Varie furono inoltre le « prese di posizione » pubblicate, in coincidenza con l'inchiesta di Labeo, in altre riviste.

Nelle pagine che seguono sono riprodotti solo tre miei personali interventi ed un « redazionale » del 1974 che, sottolineo, non contestano affatto l'alto valore della concezione del « Vulgarismus » nella individuazione del « quasi-klassisches » (Levy) o « epiklassisches » (Wieacker) o

« frühnachklassisches Recht » (Kaser), per non parlate del « diritto prepostclassico » e di altri ingegnosi giuochi di parole altrui. Essi contestano soltanto la soverchia e determinante importanza che a questa non nuova concezione si è voluta, da alcuni e per qualche tempo, attribuire nella ricostruzione del diritto romano posteriore all'età dei Severi.

Dovrebbe chiudere la serie una noticina polemica che dedicai, in Labeo 25 (1979) 101 s., ad una persona maleducata e incivile. Io sarò « temperamentvoll », ma incline al livore non sono. Anche se mal volentieri, ho messo via, a distanza di tempo, quella nota.

2. « VULGARISMUS » E DIRITTO PRIVATO POSTCLASSICO.

1. Il secondo volume del *Privatrecht* di Max Kaser (M. K., *Das römische Privatrecht* 2 [München 1959] p. XXIII-478) è giunto, ad appena quattro anni di distanza dal primo, a completare degnamente un'opera, che è doveroso considerare tra le migliori espressioni della romanistica contemporanea, certo la piú felice e approfondita sintesi dei suoi risultati. Non solo. Ma, lungi dall'essere, come ci si poteva attendere, soltanto un « epilogo » della già ampia trattazione precedente, questo volume è perfettamente in grado di « far parte per se stesso » e fornisce del diritto romano postclassico un quadro organico e autonomo, preziosamente rifinito nei particolari, che sarà di specifica utilità, come base di partenza, per gli studiosi del diritto intermedio.

In cinque sezioni (rispettivamente dedicate ai concetti fondamentali, al diritto delle persone e della famiglia, ai diritti reali, alle obbligazioni e alle successioni per causa di morte), l'a., nel suo consueto stile chiaro e preciso, basandosi (al solito) su accuratissima informazione, « rivela » (è il caso di dirlo) il diritto postclassico ai romanisti, ormai tanto poco abituati a conoscerlo in sé e per sé. Ed è una rivelazione che, malgrado il ragguardevole precedente costituito dai fondamentali studi del Levy sui diritti reali e sulle obbligazioni, ha caratteristiche cospicue di originalità perché spazia in ogni settore del diritto privato (compresi i diritti di famiglia e quelli di successione) e si fonda sulla pacata analisi di tutta l'evoluzione giuridica romana, sia occidentale che orientale, dai Severi a Giustiniano.

Il quale Giustiniano assume, nella trattazione del Kaser, un ruolo a lui inconsueto, ma che bisogna riconoscere essergli, storicamente, assai

^{*} In Labeo 6 (1960) 97 ss.

piú proprio. Non protagonista, ma comprimario; non piú mattatore di tutta la vicenda (il grande cattivo che attirava le aspre critiche di certuni, o il grande buono che riscuoteva le lodi di certi altri), ma un personaggio fra tanti. Un personaggio nella cui opera legislativa « treffen gegensätzliche Tendenzen aufeinander » (p. 20) e le cui innovazioni coscienti (bewusste Neuerungen) non avrebbero superato il giro delle sue costituzioni di riforma (p. 31).

2. Tutta la vicenda del diritto romano postclassico è essenzialmente determinata, secondo l'opinione che il Kaser sottoscrive e sottolinea, da due forze antitetiche, volgarismo e classicismo: « im Vulgarismus und im Klassizismus hat die jüngste Forschung die Faktoren erkannt, die vornehmlich die Schicksale des spätrömischen Privatrechts in unterschiedliche Bahnen gelenkt haben » (p. VIII). A un livello nettamente inferiore vanno posti, in confronto ad essi, gli altri « fattori » evolutivi di cui fa tanto conto, sebbene con proporzioni diverse, la communis opinio: il Cristianesimo, la costituzione statale assolutistica, la statalizzazione integrale del processo civile, l'evoluzione sociale ed economica e lo stesso influsso dell'Ellenismo, « der sich indessen auch im Osten in engeren Grenzen hält » (p. VIII).

« Vulgarismus » significa l'abbandono del modo di pensare classico e il decadimento verso un piano di primitivismo e di incultura (« die Preisgabe des klassischen Denkstils und das Absinken auf ein primitives, unwissenschaftliches Niveau », p. 4): una tabe di cui si avvertono le prime manifestazioni già in età classica avanzata, ma che si diffonde nel terzo secolo e trionfa sotto Costantino sino al punto da pervadere lo stesso diritto ufficiale. Mentre in Occidente il volgarismo non trova resistenze notevoli, esso verrà invece infrenato in Oriente, almeno nel quinto secolo, dal classicismo. Ed è il « Klassizismus » una sorta di umanesimo giuridico, che si afferma nelle scuole orientali, particolarmente a Berito, e tende alla ricerca ed alla rivalutazione dei piú genuini valori della tradizione giuridica classica. Del classicismo postclassico Giustiniano è il campione piú illustre, il Corpus iuris lo sforzo di affermazione piú imponente, anche se tutt'altro che completamente riuscito.

È bene notare che il « Vulgarismus » dell'età postclassica è sinonimo di « Vulgarrecht ». In età postclassica si sarebbe formato, ad opera della prassi giurisprudenziale decadente, un vero e proprio « diritto romano volgare » (espressione notoriamente coniata dal Brunner, Zur Rechtsgeschichte der röm. und germ. Urkunde [1880] 113), che fu immagine schematizzata e rozza del diritto classico: « Vulgarismus » altro non è che questo « Vulgarrecht ». Il quale Vulgarrecht si ritrova do-

vunque difetti l'impostazione classica della problematica giuridica, sia nelle opere di scuola e di pratica che nelle costituzioni imperiali, sia in Occidente che in Oriente. Con la conseguenza, per quanto non sia stato esplicitamente detto, che tutto quanto del diritto romano si salva in età postclassica per virtú del Klassizismus meriterebbe, a sua volta, il nome di diritto classico: diritto classico « persistente » quello mai perdutosi nei secoli, diritto classico « di ritorno » quello tornato a vita per l'opera classicheggiante delle scuole orientali e di Giustiniano.

Questa concezione storico-giuridica, che il Kaser limpidamente illustra nell'Introduzione (§ 192-195), si fonda, come tutti sanno, sulla preziosa serie di studi che Ernst Levy ha dedicato, nell'ultimo trentennio, alla identificazione del diritto volgare occidentale e, da ultimo, alla rivelazione di un « west-östliches Vulgarrecht » (cfr. Levy, Römisches Vulgarrecht und Kaiserrecht, in BIDR. 62 [1959] 1 ss.; Id., West-östliches Vulgarrecht und Justinian, in ZSS. 76 [1959] 1 ss.) e si rapporta alla illuminante indagine del Wieacker sulle categorie del volgarismo e del classicismo nel diritto antico (cfr. Wieacker, Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike in SBHEID. [1955]). Una ulteriore e piú diffusa esposizione è stata fatta dal Kaser nel Congresso romanistico di Friburgo (Settembre 1959, cfr. Guizzi, in Labeo 5 [1959] 408) e può leggersi in un ampio saggio di prossima pubblicazione, che ho sotto gli occhi per la cortesia dell'autore (cfr. Kaser, Zum Begriff des spätrömischen Vulgarrechts, in St. Betti, in composizione). E giova aggiungere che la nuova impostazione, pur non essendo ancora stata presa dalla dottrina nella considerazione che merita (significativo è il silenzio di Orestano, Diritto romano, in NNDI. 5 [1960] 1039 ss.), comincia tuttavia a raccogliere ambite adesioni, tra le quali vanno segnalate quella del Gaudemet (La formation du droit séculier et du droit de l'Eglise aux IVe et Ve siècles [1957] 119 ss.) e quella del Grosso (in Iura 8 [1957] 487 ss.; cfr. anche Storia del diritto romano⁴ [1960] 499 ss.).

Io sento, peraltro, di dover esitare fortemente (corroborando con ciò lo scetticismo manifestato già dal Pugliese, in AG. 141 [1951] 119 ss.) in ordine alla legittimità di questa compiuta, troppo compiuta, ricostruzione del « Vulgarrecht », quale appare negli ultimi scritti del Levy e del Kaser. Temo che l'entusiasmo determinato da indubbi progressi nell'approfondimento della conoscenza degli aspetti volgaristici deteriori del diritto romano abbia spinto gli autori di queste ammirevoli ricerche alla creazione di un vero e proprio mito (o, chi preferisca, di un idolo), tale da illudere perniciosamente i cercatori futuri e da

indurli a riversare i loro risultati di indagine entro schemi inquadrativi di assai fragile tempra.

Non è, beninteso, che possa ormai dubitarsi del fatto che certa romanistica moderna abbia a sua volta esagerato col parlare di un « diritto romano-ellenico», venuto a formarsi nell'età del dominato. Come ho detto io stesso altre volte (ad es., in Storia del diritto romano² [1954] 475 ss.), il diritto romano, e sopra tutto il diritto privato, non perse in età postclassica, nemmeno in Oriente, la sua inconfondibile fisionomia generale romana; né va dimenticato che gli stessi sostenitori piú recenti del mito romano-ellenico hanno finito per recedere in gran parte da questa posizione oltranzista su cui li aveva essenzialmente portati il fascino del grande Mitteis (v. in particolare le significative ammissioni dell'Arangio-Ruiz, in Studi romani 5 [1957] 254 s., e ora in BIDR. 62 [1959] XVI s., da me segnalate in Labeo 4 [1958] 188 s.). Ridimensionare in piú stretti limiti l'influenza dell'Ellenismo, come pure, a maggior ragione, quella del Cristianesimo e dell'assolutismo imperiale e della procedura extra ordinem, e cosí via dicendo, mi sembra, insomma, giusto e doveroso: cosí come è giusto e doveroso rendere oggi un sia pur tardivo omaggio al grande romanista, Riccobono, che ha primo visto e rivendicato la « romanità » del diritto romano postclassico.

« Diritto romano-ellenico », dunque, assolutamente no. Ma credere di poter spiegare l'evoluzione, che indubbiamente vi fu e di larghissimo raggio, con l'azione prepotente dell'ipotizzato volgarismo occidentale e orientale e con la reazione correttiva dell'umanismo classicista delle Scuole di Oriente: credere in ciò, mi si conceda, è cedere alle lusinghe di un artifizio, che ragionata meditazione facilmente rivela per alquanto semplicistico.

3. Arbitraria mi sembra, in primo luogo, la concezione che il Levy ed il Kaser e lo stesso Wieacker mostrano di avere del cosí detto volgarismo. È una concezione, a mio avviso, inammissibile per almeno due motivi: sia perché qualifica il volgarismo come una manifestazione di intelletto giuridico costituzionalmente deteriore rispetto alla conoscenza ed alla coscienza esatte dell'ordinamento, e sia perché fissa come punto di riferimento per l'identificazione del volgarismo giuridico il diritto romano tardo-classico.

In realtà, se per volgarismo si intende (e sin qui non può non essersi tutti di accordo) la valutazione volgare e atecnica delle norme, degli istituti e dei problemi giuridici, ebbene è necessario affermare: primo, che a questa valutazione atecnica e volgare (diciamo pure, a questo tipo di incomprensione e di deformazione del diritto costituito) non è lecito assegnare una qualifica dispregiativa, anzi non è lecito attribuire qualifiche di sorta, né in male né in bene; secondo, che comunque il volgarismo è un fenomeno, il quale ebbe importanza notevolissima, se pur varia, in tutte le epoche del diritto romano, forse sopra tutto in età cosí detta preclassica. E valgano, a chiarimento di queste due proposizioni, le brevissime considerazioni che seguono.

Non esiste (dicevo) un volgarismo buono di contro ad un volgarismo cattivo. Il volgarismo è soltanto il volgarismo. Può essere un male, che legislatori, magistrati, giuristi lo traducano in norme giuridiche o in interpretazioni del diritto vigente; può essere un male, sí, ma può essere anche un bene, come mostrano innumerevoli esempi della storia romana, che saranno tra poco ricordati. E in ogni caso, il male o il bene, che all'ordinamento deriva dalla recezione del volgarismo, non discendono evidentemente dal volgarismo, ma dalla recezione di esso, così come è stata operata o subita da legislatori, magistrati, giuristi; cioè discendono, in definitiva, da questi ultimi. Il volgarismo, in altri termini, è un fenomeno generale e, sul piano storico, non meno legittimo del tecnicismo giuridico; esso rappresenta il parere dell'uomo della strada, cioè un parere che l'uomo della strada è pienamente libero di esprimere e che il mondo del diritto può far bene o può far male, a sua esclusiva responsabilità, ad ascoltare e ad accogliere.

Ecco perché (dicevo anche) la ricerca del volgarismo e delle sue traduzioni in diritto non può e non deve essere ristretta al tardo diritto classico ed al diritto postclassico. Come il diritto è un fenomeno di sempre, cosí 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 materieli 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 prospettive volgaristiche, attuata nel corso dell'età preclassica da legislatori, magistrati, giuristi.

Quale altra genesi, se non quella volgaristica, hanno tanti e tanti istituti del più classico diritto romano? Non occorrono sforzi di ricerca per raccogliere esempi. Un esempio insigne, di alta antichità, è costituito dalla legislazione delle XII tabulae, che tradusse in ordinamento vigente, istanze indubbiamente volgaristiche, perché indubbiamente eversive dei più puri e « classici » valori dell'antichissimo diritto quiritario. Altro

caratteristico esempio è la lex Poetelia, che determinò la snaturazione dell'antico processo esecutivo e ridusse la manus iniectio ad un relitto incongruo e inefficiente. E senza insistere in altri esempi di ricezione legislativa del volgarismo, si riesamini la storia della giurisprudenza pontificale e laica, si rievochi la storia del cosí detto ius gentium, si badi sopra tutto all'imponente processo di formazione del ius honorarium. Quanta illogicità, inconseguenza, inciviltà (se per civile si intende il più antico ius) nella emancipatio e nell'adoptio: due istituti che, in omaggio a sollecitazioni volgaristiche, sgretolano i più tipici fondamenti dell'organizzazione familiare patriarcale! Quanto « volgarismo » nella progressiva evoluzione della condizione della mulier, quanto altro volgarismo nelle applicazioni iuris gentium della stipulatio, quanto volgarismo ancora nei quattro contratti consensuali del novum ius civile, e nel processo formulare (realizzabile solo sull'accordo delle parti), e nella bonorum possessio (che ammette alla successione mortis causa gli emancipati, i cognati, il coniuge superstite), e nell'actio Publiciana (il possessore considerato sostanzialmente come proprietario), eccetera eccetera.

Di fronte a queste e a tante altre esplicazioni preclassiche di indiscutibile volgarismo, i posteri hanno giustamente formulato « l'ardua sentenza » in senso assolutorio, anzi laudativo. Ma a chi ne va il merito? Alle concezioni volgaristiche in quanto tali, o piuttosto all'equilibrio, alla prudenza, all'acume che legislatori, magistrati, giuristi seppero potre in atto nelle loro scelte? E se ora ci volgiamo al diritto postclassico, sottoscrivendo senza discutere la tradizionale sentenza sfavorevole nei suoi riguardi, a chi altri va il demerito di tanta decadenza, se non alla leggerezza, all'imprudenza, all'ottusità che legislatori, magistrati e giuristi dell'epoca dimostrarono, purtroppo, nelle loro scelte?

Se l'ambiente postclassico fosse stato popolato da Canuleii e Letorii, da Publicii e da Servii, da Sesti Elii e da Quinti Mucii (mi si conceda di sorvolare, per amore di brevità, sulle questioni relative alla identificazione storica di alcuni tra questi personaggi), è probabile che il giudizio corrente sull'ordinamento romano postclassico non sarebbe, come generalmente è, sfavorevole: tutti noi faremmo, forse, a gara nel lodare la piú moderna e umana visione del diritto familiare, la razionale riforma del processo civile, la opportuna introduzione del principio di impugnabilità delle sentenze e cosí via discorrendo. Perché ciò noi non facciamo, né ci sentiamo in grado di fare? Non perché le istanze volgaristiche dell'età postclassica siano da qualificare cattive, ma perché cattiva, superficiale, deleteria deve essere qualificata la scelta e la traduzione

in termini di diritto, che di quelle istanze fu operata (ci siamo) da legislatori, magistrati e giuristi.

Sicché la conclusione è chiara. La decadenza del diritto romano postclassico non può, non deve essere addebitata alla pretesa tabe del « volgarismo », ma va attribuita esclusivamente all'inettitudine dei legislatori e degli operatori del diritto nel periodo del Basso Impero. Il rilassamento « volgaristico » della giurisprudenza di questo periodo è un fatto innegabile e, del resto, incontestato, ma non può essere indicato come la causa della decadenza giuridica romana, della quale invece esso costituisce soltanto un effetto, o piú precisamente una manifestazione. Molto piú ragionevole è dire, secondo l'insegnamento tradizionale, che causa di questo rilassamento volgaristico e di tutta la decadenza postclassica fu essenzialmente la compressione della libertà, determinata a sua volta dall'inesorabile estinguersi della democrazia romana. Quel diritto di Roma che, un tempo, assai piú che da leggi e da provvedimenti equiparati di governo, era alimentato e vivificato dalla libera iniziativa di giuristi e di magistrati, perse, col declinare della democrazia, questa sua linfa vitale, ed appunto perciò declinò fortemente, sino al punto da accogliere in sé taluni orientamenti o atteggiamenti volgaristici, che mai e poi mai avrebbero fatto breccia in esso all'epoca d'oro della sua fioritura.

4. A parte la discutibile (e dianzi contestata) concezione della funzione storica del volgarismo in generale, la teoria in esame offre, a mio avviso, il fianco alla critica anche sotto un riguardo piú specifico. È proprio, infatti, l'ampiezza e la « perfezione » delle dimostrazioni che essa offre a farci maggiormente dubitare della sua verità.

Nella sua attuale ed ultima formulazione la teoria del volgarismo non si limita a dire, come sino a pochissimi anni fa, che, di contro al diritto romano puro e ufficiale, si affermarono, nell'Occidente postclassico, prassi giurisprudenziali a carattere volgaristico. Nei suoi piú recenti sviluppi la teoria volgaristica, quasi a voler prevenire i suoi avversari nell'uso di taluni elementi di critica, si è impadronita di questi elementi e li ha fatti artificiosamente propri. Una prima critica poteva essere che molti dei pretesi elementi volgaristici appaiono non soltanto nelle elaborazioni giurisprudenziali, ma anche nelle costituzioni imperiali, cioè nel diritto ufficiale: ma ecco giungere, a prevenirla, l'affermazione secondo cui i bacilli del volgarismo infettarono anche il « Reichsrecht ». Altra critica poteva essere che molti degli elementi volgaristici repertati in Occidente corrispondono, piú o meno puntualmente, ad elementi della decadenza giuridica orientale: ma ecco giungere, a prevenenti della decadenza giuridica orientale: ma ecco giungere, a prevenenti della decadenza giuridica orientale: ma ecco giungere, a prevenenti

nire anche questa critica, la affermazione secondo cui si formò in parallelo anche un «östliches Vulgarrecht».

Ma ragioniamo pacatamente. Se il « Vulgarismus » e il « Vulgarrecht » hanno un senso, questo è che le ingenue e sprovvedute visuali giuridiche del vulgus non furono piú tenute a bada, in età postclassica, dagli ambienti del diritto, ma furono da questi, piú o meno consapevolmente, recepite. Ma il « vulgus », si badi, è un'astrazione. In concreto, il vulgus non esiste, esistono i vulgi: i quali, come la storia del Basso Impero dimostra, vanno, quanto meno, differenziati (e ben nettamente) in due grandi categorie, quelli occidentali e quelli orientali. Attribuire a vulgi cosí distanti e diversi le stesse, identiche visuali del diritto (onde la unità del « Vulgarrecht » in Occidente e in Oriente, nella prassi e nella legislazione imperiale) significa, nisi fallor, violentare la storia e la stessa ragionevolezza: violentarla non meno, e forse piú, di quanto fanno coloro che, prendendo a fondamento delle loro ipotesi ricostruttive i « Volksrechte » orientali, giungono, quasi allo stesso modo, alla creazione dell'opposto mito, il mito del « diritto romano-ellenico». Che talune concezioni volgaristiche possano aver influenzato la debole giurisprudenza occidentale e possano essere penetrate, attraverso le cancellerie imperiali, nella stessa legislazione, è probabile; che talune di queste concezioni occidentali possano essersi in qualche modo diffuse in Oriente, è possibile: ma non è affatto plausibile che gli accennati processi di osmosi siano stati tanto imponenti, da fare di tre quarti del diritto romano postclassico un solo e unitario « Vulgarrecht ».

A mio avviso, l'unità e la interna conformità del preteso « Vulgarrecht » postclassico (comunque si voglia giungere sottilmente a spiegare i modi della sua formazione) è la prova migliore della sua illusorietà. La legittima soddisfazione e il comprensibile entusiasmo suscitati nei loro autori dalle risultanze di indagini esegetiche, che rimangono insuperato modello di analisi delle fonti giurisprudenziali dell'Occidente postclassico, hanno, io temo, portato gli autori stessi alla formulazione di un'ipotesi generale che assolutamente non regge. Il « Vulgarrecht » è una Fata Morgana, che non ha rispondenza nella realtà storica: sia perché non si trattasse di un « Recht » (o comunque, di un sistema giuridico interno all'ordinamento, alla maniera del ius honorarium) e sia perché, a prescindere da ciò, esso è la formula innovativa, ma arbitraria, di un fenomeno generale ben noto, che è quello della decadenza postclassica del diritto romano.

L'unico modo per sfuggire all'ineluttabilità di questa critica potrebbe consistere nel far andare 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 una figura preminentissima di riformatore; né basta dire che il volgarismo postclassico fu preceduto e preparato dalla « frühnachklassische (quasi-klassische) Jurisprudenz » del sec. III d. C.: occorre avere il coraggio di affermare — come taluni studiosi tedeschi oggi effettivamente affermano (cfr. da ultimo Wieacker, Texstufen 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 piú profondo rispetto per gli scritti classici. E trarne tutte le conseguenze del caso.

Tesi, per conto mio, veramente temeraria, che, ancora pochi anni fa, fu assai brillantemente combattuta dal Kaser (*Zum heutigen Stand der Interpolationenforschung*, in *ZSS*. 69 [1952] 60 ss.) e che porterebbe, comunque, questo benedetto « Vulgarrecht » ad essere considerato un'appendice, se non proprio un elemento, del diritto romano classico. Ma è mai possibile che al movimento giuridico postclassico, di cui danno sicura testimonianza le costituzioni del Teodosiano e del Giustinianeo, non abbia partecipato, in Occidente e in Oriente, la giurisprudenza?

5. D'altra parte, sembra notevolmente esagerato applicare alla decadenza giuridica postclassica la sola etichetta del semplicismo volgaristico. Proprio la lettura dell'informatissimo manuale del Kaser chiarisce quanto notevole sia stata anche l'influenza del Cristianesimo e, sopra tutto, quella dei diritti locali di Oriente. Influenza non preponderante, influenza che non giustifica le formule del « diritto romano-cristiano » e del « diritto romano-ellenico »; ma influenza che nemmeno può essere facilmente sottovalutata, sino al punto da riassumere tutto il dramma vitale del diritto romano postclassico nell'antitesi « Vulgarismus-Klassizismus ».

Del resto, che dire di questo « Klassizismus » dell'ultima ora, di questa rinascenza classicistica del quinto secolo, che avrebbe rivalutato i valori del puro diritto romano contro tante incomprensioni volgaristiche? Sarò un inguaribile scettico, ma anche ad esso mi torna molto, ma molto difficile prestare fede. Lo studio esegetico del materiale dei *Digesta*, magistralmente svolto dalla romanistica del primo quarantennio di questo secolo, non può essere tenuto, nelle sue risultanze, in non cale (anche se spesso arbitrarie possono essere le illazioni tratte dalle accertate elaborazioni): ed esso ci dimostra chiaramente che non si tratta di materiale tratto in salvo e ripulito da Giustiniano (o, prima di lui, dalla stessa

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, cosí 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 piú 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 VOLGARE,

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, cosí 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.