

SEMINARIOS COMPLUTENSES DE DERECHO ROMANO

REVISTA INTERNACIONAL
DE DERECHO ROMANO Y TRADICIÓN ROMANÍSTICA

XXVI

2013



Publicación de la

FUNDACIÓN SEMINARIO DE DERECHO ROMANO
«URSICINO ÁLVAREZ»

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2013

ÍNDICE

ARTÍCULOS

FILIPPO GALLO: <i>La consuetudine grande sconosciuta</i>	15
GIUSEPPE VALDITARA: <i>Cittadinanza tra merito individuale e interesse pubblico</i>	43
ANDREAS WACKE: <i>La imagen del hombre en la perspectiva de los juristas romanos y modernos</i>	55
ESTUDIOS DE LEXICOGRAFÍA JURÍDICA BIZANTINA EN FUENTES DE ÉPOCA MACEDONIA (SIGLOS IX-X D. C.)	
JUAN SIGNES CODOÑER: <i>El léxico jurídico griego desde Justiniano hasta hoy</i>	83
JUAN SIGNES CODOÑER: <i>Problemas metodológicos en la confección de un diccionario jurídico bizantino a partir del Procheiron, la Eisagoge y las Novelas de León VI</i>	125
FRANCISCO J. ANDRÉS SANTOS: <i>El léxico jurídico-administrativo: algunos ejemplos</i>	149
JOSÉ-DOMINGO RODRÍGUEZ MARTÍN: <i>El campo semántico de culpa en las fuentes jurídicas bizantinas: cuestiones de lexicografía jurídica</i>	191
THOMAS ERNST VAN BOCHOVE: <i>Terminus technicus. A note on the handling of technical terms in indices titulorum of the Basilica</i>	219
FERNANDO CASTEJÓN LUQUE: <i>El léxico para instrumentos y notarios en las fuentes jurídicas bizantinas de época macedonia</i>	233
MASSIMO MIGLIETTA: <i>Trasmissione del testo e giurisprudenza bizantina: la tutela pretoria da Dig. 9.2 a Bas. 60.3 - Profili lessicali</i>	273
ABREVIATURAS	327

BIBLIOGRAFÍA SECUNDARIA	329
ÍNDICE DE FUENTES JURÍDICAS.....	343
VARIA	
JESÚS CASAS: <i>Intrajusticia</i>	355
LUIGI LABRUNA: <i>I Novantanove anni del Professor Guarino</i>	359
JAVIER PARICIO: <i>Sobre la esperanza como posibilidad</i>	361
JOSÉ MARÍA RIBAS ALBA: <i>Testamenti factio: incertum consilium, incerta persona</i>	369
LIBROS	
FILIPPO GALLO, <i>Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto</i> Recensión de Francisco Cuenca Boy.	387
MIRIAM INDRA: <i>Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht</i>	396
Recensión de Salvatore Sciortino.	
ÁNGEL MARTÍNEZ SARRIÓN: <i>Cuando el hombre comienza a ser historia</i>	406
Recensión de María J. Roca.	
LUIGI MOCCIA: <i>La formación del Derecho europeo. Una perspectiva histórico-comparada</i>	410
Recensión de Juan Iglesias-Redondo.	
LUCIO PARENTI: « <i>In solidum obligari</i> ». <i>Contributo allo studio della solidarietà da atto lecito</i>	419
Recensión de Javier Paricio.	
FEDERICO PROCCHI: « <i>Licet emptio non teneat</i> ». <i>Alle origini delle moderne teoriche sulla cd. «culpa in contrahendo»</i>	427
Recensión de Rosa Mentxaka.	
JÖRG RÜPKE: <i>Aberglauben oder Individualität? Religiöse Abweichung im römischen Reich</i>	434
Recensión de Rosa Mentxaka.	

VINCENZO SCARANO USSANI: <i>Disciplina iuris e altri saperi. Studi sulla cultura di alcuni giuristi romani fra tarda repubblica e secondo secolo d. C.</i>	444
Recensión de Alfonso Castro Sáenz.	
JOSEPH GEORG WOLF (edición, introducción y traducción): <i>Die «Lex Irnitana». Ein römisches Stadrecht aus Spanien. Lateinisch und deutsch</i>	468
Recensión de Javier Paricio.	

IN MEMORIAM

<i>Antonio Díaz Bautista (1943-2013)</i> , por CONSUELO CARRASCO GARCÍA	473
<i>Franca de Marini Avonzo (1927-2012)</i> , por MARIAGRAZIA BIANCHINI.....	497

ÚLTIMA PÁGINA

<i>Eduardo García de Enterría (27/4/1923-16/9/2013)</i> , por JAVIER PARICIO.....	505
---	-----

SEMINARIOS COMPLUTENSES XXVI

Por acuerdo del Patronato de la Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez, en este volumen XXVI (2013) de *SCDR* se incluye una sección monográfica («Estudios de lexicografía jurídica bizantina en fuentes de época macedonia, siglos IX-X d. C.») que integra parte de los resultados del proyecto de investigación FFI2009-07963, titulado *Análisis histórico y lexicográfico de textos jurídicos de época macedonia en Bizancio*, donde han participado, desde el año 2009, investigadores de las Universidades de Valladolid y Complutense de Madrid en colaboración con colegas de las Universidades de Groningen y Trento y del Max-Plank Institut de Frankfurt.

El propósito del proyecto era confeccionar un diccionario jurídico griego-castellano a partir de tres obras jurídicas de época macedonia: el *Manual de las leyes* o *Procheiron*, la *Introducción al derecho* o *Eisagoge* y las *Novelas* del emperador León VI; un proyecto de innegable interés, pues nunca se ha compuesto un diccionario especializado sobre el vocabulario jurídico bizantino, excepción hecha de algunos léxicos o inventarios de palabras con su correspondencia latina que ya tienen venerable antigüedad.

El diccionario como tal aparecerá en breve publicado por la Editorial Comares, de Granada, también con financiación sustantiva de la Fundación Seminario de Derecho Romano Ursicino Álvarez. Los artículos incluidos en este volumen XXVI de *SCDR* versan sobre diversos problemas históricos y metodológicos relacionados con el léxico jurídico bizantino, en los que se trata de dar a conocer a la comunidad científica, y en particular a los estudiosos del Derecho romano, las posibilidades y limitaciones que tiene este campo de investigación. La coordinación del trabajo ha corrido a cargo de Juan Signes Codoñer (director del referido proyecto) y José-Domingo Rodríguez Martín.

En la tradición de *SCDR* ha terminado por prevalecer el criterio de que las contribuciones integrantes de las distintas secciones figuren por orden alfabético de autores, salvo que alguna circunstancia concurrente aconseje anteponer alguna de ellas. En este caso,

dada la naturaleza homogénea de las contribuciones, se ha estimado preferible no seguir ese criterio, sino colocar al principio las dos contribuciones de carácter general e introductorio (debidas a Signes Codoñer), en las que se traza una panorámica sobre la conformación y recepción del léxico jurídico griego desde Justiniano hasta el presente (con especial atención a los estudios de lexicografía griega de época moderna), y se pasa revista a los problemas metodológicos que presenta el estudio del léxico jurídico en el limitado corpus de obras seleccionadas para el proyecto; siguen luego cinco estudios de detalle: sobre el léxico administrativo (Andrés Santos), sobre el concepto de culpa y responsabilidad (Rodríguez Martín), la traducción al griego de las rúbricas latinas del Digesto y el Código en los *Indices titulorum* de los Basílicos (Van Bochove), el léxico relacionado con los notarios y los instrumentos (Castejón Luque) y el concepto de tutela pretoria entre el Digesto y los Basílicos (Miglietta).

Esta concesión que *SCDR* con sumo gusto ha realizado, cubría en principio la sección de «Artículos» correspondiente al presente número de 2013; sin embargo, se ha preferido reunir esos estudios en una sección monográfica y abrir el volumen con tres importantes contribuciones de Filippo Gallo, Giuseppe Valditara y Andreas Wacke, cuya publicación no podía posponerse en el tiempo hasta el próximo año.

LA CONSUETUDINE GRANDE SCONOSCIUTA*

P O R
FILIPPO GALLO
Universidad de Turín

Tutti¹ noi (voi che mi ascoltate e io che vi parlo) sappiamo che la consuetudine è, similmente alla legge, una fonte del diritto. Lo abbiamo appreso all'inizio del corso degli studi di giurisprudenza dalle lezioni e dai manuali istituzionali, trovandolo nel contempo stabilito nel codice civile: nell'art. 1 delle «disposizioni sulla legge in generale» ad esso premesse, nel quale la consuetudine è rappresentata col segno 'usi'. Tuttavia non conosciamo (preciso: nelle trattazioni a me note in materia non si conosce) a chi è dovuta la sua formazione e come si forma.

Il rilevato difetto di conoscenza —per quanto a primo aspetto sconcertante, se non addirittura incredibile— è stato dimostrato (almeno così ritengo) nel mio ultimo libro *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell'artificialità del diritto*, Torino, 2012. Richiamo i dati più rilevanti messi in luce al riguardo:

- nella tradizione occidentale, a partire da Giustiniano (la ragione della delimitazione risulterà dal prosieguo della lezione), si sono formate, per la consuetudine, concezioni disparate e tra loro contrastanti;
- nessuna di tali concezioni trova rispondenza nei dati della realtà;
- la formazione della consuetudine non viene percepita in ambiti (quale, ad esempio, quello negoziale) in cui continua a sussistere (= a prodursi diritto in via consuetudinaria) sotto gli occhi di tutti: del legislatore, dei giuristi, dei giudici, pubblici funzionari e cittadini.

L'odierna lezione si inserisce nelle ricerche che conduco da tempo per la ricostruzione della *legum permutatio* giustiniana e il recu-

* Trascrizione integrata della lezione tenuta il giorno 5/12/2012 nella sede distaccata di Cuneo della Facoltà giuridica torinese.

però degli elementi da essa rimossi dell'antica esperienza giuridica romana, i quali costituiscono, come soglio dire, nel loro insieme, l'eredità perduta del diritto romano. Mi paiono necessarie, per gli studenti a cui è rivolta la lezione, due puntualizzazioni: a) I temi indicati sono stati ignorati dalla scienza romanistica e, di riflesso, dall'intera scienza giuridica. Un esempio significativo è fornito, per la prima, dal pregevole volume di L. De Giovanni, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007. Nell'ultimo capitolo, avente ad oggetto *Il tempo di Giustiniano. Codificazione e scienza giuridica tra passato e futuro*, sono specificamente considerate «la vicenda codificatoria» e la «riforma degli studi giuridici», disposta da Giustiniano parallelamente alla compilazione dei *iura*. Ebbene, nella trattazione manca ogni riferimento alla *legum permutatio* (testimoniata da Giustiniano nella costituzione *Omnem*, con cui dispose la riforma degli studi giuridici), agli elementi dell'antico diritto romano da essa rimossi, al compito primario dello storico del diritto di recuperarli e alla decisiva influenza esercitata dall'indicata *permutatio* (è iniziato da essa un nuovo corso della storia giuridica) nella tradizione romanistica occidentale. L'impostazione dello studioso riflette puntualmente quella della generalità dei romanisti. b) Finora sono rimasto isolato nella ricerca sui temi indicati che pure apre, a mio parere, una nuova stagione agli studi del diritto romano e della posteriore tradizione in Occidente. Allo stato, nella materia, posso solo autocitarmi. A chi, tra voi che mi ascoltate, avesse attrattive per il nuovo indirizzo, segnalalo, per una prima informazione, tra i miei scritti, il volume *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Rist. Torino 2011, e l'articolo *La legum permutatio giustiniana rivoluzione giuridica ignorata della nostra tradizione. Introduzione al tema*, in *Estudios Brito*, II, Alessandria 2011, p. 527 ss.

Nella lezione considererò —senza pensare alla completezza, stante l'estrema vastità del tema in oggetto— un quadro di elementi atti ad evidenziare meglio l'assunto enunciato nel titolo.

Comincio dai contributi recati a proposito della consuetudine da John Gilissen, studioso di levatura internazionale, il quale riasunse i suoi precedenti studi e in generale la conoscenza acquisita in materia nella voce *Consuetudine*, in *Digesto delle Discipline privatistiche, Sezione civile*, 3, Torino 1988. Oltre che da questa voce, trarrò citazioni dell'elaborazione dello studioso belga dal volume *La coutume* (fasc. 41 della raccolta *Typologie des sources du moyen âge occidental*, dir. L. Genicot), Turnhout 1982, e dal saggio *La coutume*

comme source de droit dans l'évolution de quelques grands systèmes juridiques (Islam, Inde, Chine), in *La sistemática jurídica. Storia, teoría e problemi attuali (Atti Convegno int. tenutosi presso l'Accademia dei Lincei dal 1.º al 5 aprile 1986)*, Firenze 1991, p. 121 ss. (per questo saggio l'autore esplicita che le sue conoscenze «sont évidemment de seconde main»).

Nel citato volume del 1982, il Gilissen definì la consuetudine come «un ensemble d'usages d'ordre juridique, qui ont acquis force obligatoire dans un groupe socio-politique donné, par la répétition d'actes publics et paisibles pendant un laps de temps relativement long». Poco dopo la definizione (riferisco le parole dello studioso) «fu adottata dal simposio organizzato dalla 'Società Jean Bodin per la storia comparata delle istituzioni' nell'ottobre 1984 a Bruxelles; in questo congresso la nozione di consuetudine fu esaminata, in un centinaio di interventi, in tutta l'evoluzione storica del diritto nei cinque continenti». Tali interventi furono quindi pubblicati nei quattro volumi dei *Recueils* della predetta Società, 51-54. Nel frattempo il Gilissen, che era nato nel 1912, decedette nel 1988. Devo dar conto della mia lacuna, costituita dalla mancata consultazione di tali volumi: essi non sono presenti nella biblioteca del dipartimento giuridico torinese e di altre biblioteche italiane a cui mi sono rivolto; la loro consultazione è possibile in Francia, dove tuttavia non mi sono stati possibili la trasferta e il soggiorno a tal fine occorrenti.

Il Gilissen ha rilevato che «la consuetudine è concetto di origine romana» da lui esplicitato nella definizione riferita, a cui è stato attribuito —impropriamente come si vedrà— valore universale.

Nell'esperienza romana non si è avuta un'unica nozione di consuetudine. Nelle fonti giuridiche a noi pervenute se ne rinvennero, per l'età pregiustiniana, due principali, rappresentate nel linguaggio giuridico con terminologia diversa: *mos*, *mores*, *ius moribus receptum* (o *inductum* o *introducendum*) l'una e *consuetudo* l'altra. Mi limito a citare, tra i tanti testi in materia, D. 1,3,32 di Giuliano e C. 8,52(53),2, dell'imperatore Costantino, entrambi notissimi e ben conosciuti anche dal Gilissen, dal quale sono stati citati ed esaminati. Nel primo il giurista adrianeo spiega che i *mores*, avendo come le *leges* il fondamento nella volontà popolare, rivestono rango eguale alle medesime. Nel secondo l'imperatore Costantino, come ha rilevato il Gilissen (non è necessario soffermarsi qui sulla disputa interpretativa della congiunta menzione in esso della *ratio* e della *lex*), «a consacré la prééminence de la loi —et de la raison— sur la coutume ...». Eppure lo studioso ha scritto che «le mot coutume

est derivé du latin *consuetudo*, qui avait déjà en droit romain le sens du terme juridique actuel coutume» e che «les Romains employent aussi *mos* ou *mores* dans le même sens». Non posso non rilevare che l'attribuzione del medesimo significato ai segni *mores* e *consuetudo* nelle fonti giuridiche romane non sarebbe immaginabile senza l'enunciazione a chiare lettere nel passo citato.

Tutto ciò mostra che anche il Gilissen non ha percepito nell'esperienza romana la formazione consuetudinaria costituita dalla recezione *moribus* ed è stato conseguentemente sviato nell'elaborare la definizione della consuetudine. Il diritto romano è senza dubbio più studiato e conosciuto, almeno in Occidente, del diritto islamico, indiano e cinese, come di quello delle popolazioni indigene dell'Australia o dell'America del nord e del sud. Non si può escludere che l'adozione della predetta definizione abbia precluso la percezione della formazione consuetudinaria anche in tali diritti e negli altri studiati. Non si trova un oggetto sconosciuto ovvero immaginato, ma non inesistente.

I concetti e le definizioni rappresentano (tendono a rappresentare) la realtà; se peraltro non sono ad essa aderenti, non la rappresentano, ma la deformano. La definizione della consuetudine enunciata dal Gilissen, alla quale è stato attribuito valore universale, non è rispondente ai dati della realtà. Non mi soffermo su di essa dal punto di vista della tecnica definitoria, essendo per se stesso decisivo il difetto rilevato, il quale contrasta con la specifica funzione, per cui l'operazione definitoria è stata apprestata e viene impiegata sul piano scientifico, di far meglio conoscere l'entità definita, non di offrirne una rappresentazione distorta. Lo stesso Gilissen, nell'analisi della definizione adottata, ha precisato: «la consuetudine è *spontanea*» [corsivo dell'autore]; «nessuna autorità crea la consuetudine, mentre la legge è opera dell'autorità sovrana o quasi sovrana. La consuetudine si fa, si crea da sola ...».

La connotazione essenziale del diritto nell'esperienza terrena, in cui tutto quanto esiste si distingue in naturale e artificiale, è l'artificialità, come aveva già enunciato il giurista romano Celso, definendolo *ars boni et aequi*. La precisazione espressa dal Gilissen pone di fronte all'alternativa tra due opzioni entrambe inaccettabili: la consuetudine non è un'entità giuridica; il diritto non è artificiale. In effetti, come tutti, anche lo studioso belga ha individuato, senza ombra di dubbio, nella consuetudine una fonte del diritto ed è del pari evidente a tutti (se pure il dato è abitualmente rimosso nell'elaborazione dottrinale) che il diritto, quale elemento culturale, è in

tutto e per tutto opera dell'uomo, che lo produce, lo interpreta ed applica (come pure lo osserva e viola). Per quanto attiene all'artificialità non esiste differenza, ad esempio, tra il diritto e l'aritmetica: anche in quest'ultima l'addizione, la moltiplicazione, ecc. sono state escogitate dall'uomo e sono da lui compiute in modo corretto o sbagliato.

Il Gilissen ha offerto una rappresentazione falsata della consuetudine. Non si può dire che egli, come tutti gli altri studiosi che non ne hanno percepito il connotato essenziale dell'artificialità, l'abbiano effettivamente conosciuta.

La distorsione indicata ha radice nella *legum permutatio* giustiniana: precisamente nella rielaborazione della formazione consuetudinaria del diritto, configurata in testi classici secondo l'*ars iuris*, nella prospettiva della *legum doctrina* da parte dei più preparati e fidati collaboratori giuridici di Giustiniano nelle Istituzioni imperiali, aventi anch'esse il rango di *leges*. Il complesso problema è stato da me esaminato nel già citato volume *Consuetudine e nuovi contratti*. Espongo, in rapida sintesi, i dati essenziali.

La produzione del diritto è un attributo della sovranità appartenente, in una visione primordiale come in quella più evoluta, ai componenti delle aggregazioni politiche costituenti il popolo. È osservazione risalente che in tali aggregazioni il diritto si produce mediante la formazione consuetudinaria e la legge. Il giurista Salvio Giuliano elaborò in proposito una teorizzazione modulata sul diritto romano, della quale riassumo i tratti salienti. Ciò che conta, per la produzione del diritto, è la volontà del popolo, titolare della sovranità. Esso (la parte, diversa nelle diverse esplicazioni, formata dai cittadini legittimati) può manifestarsi col voto nelle apposite assemblee oppure *rebus ipsis et factis*: col comportamento concludente, ad esempio stipulando, su suggerimento di un *iuris peritus*, un nuovo contratto non previsto nel sistema.

Nella teorizzazione giuliana non è esplicitato che, nelle esplicazioni diverse dal voto nelle assemblee popolari, i soggetti agiscono nella duplice veste di privati e di cittadini (membri del popolo sovrano). Nella prima veste sono (o comunque determinano) i destinatari degli effetti del nuovo atto posto in essere (che deve anch'esso risultare conforme al *bonum et aequum*); nella seconda esprimono il necessario e valido consenso ad inserirlo nel sistema: inserimento che avverrà, senza la legge, se e quando esso sarà in tal modo manifestato dalla generalità o almeno dalla maggioranza dei soggetti interessati.

Nel dominato (pure presentato come monarchia assoluta, *imperium Romanum* assolutistico, ecc.) l'assetto giuridico-politico-istituzionale appare radicalmente mutato. Sono specificamente da segnalare due punti: la sovranità non appartiene più al popolo, ma all'imperatore, che, in via di principio, può trasmetterla al successore già in vita o per il caso di morte. Non si stabilizzò, com'è noto, il principio dinastico, che pure ebbe applicazioni. I cittadini, per quanto ancora detti tali (*cives Romani*), sono in realtà ridotti a sudditi. Non è più configurabile, nella situazione, l'attribuzione al popolo del potere di creare diritto o comunque una sua partecipazione ad esso.

Giustiniano portò a compimento il nuovo assetto e soprattutto ne elaborò la teorizzazione, rappresentata come *legum doctrina*, la cui influenza non è ancora venuta meno nella tradizione romanistica. Secondo tale dottrina spettava esclusivamente all'imperatore la produzione come l'interpretazione del diritto, nella quale ultima rientrava sia l'elaborazione dottrinale che la storia del diritto. Le *leges* sovrapposte al diritto comprendevano sia il momento normativo che quello dottrinale, a sua volta comprensivo della storia del diritto. Si deve riconoscere che i maestri giustinianeî ebbero concreta consapevolezza, vuoi del concorso dell'elaborazione dottrinale alla produzione del diritto, vuoi della dipendenza del diritto del presente da quello del passato (una diversa vicenda giuridica conduce ad un diverso diritto). Le compilazioni fatte apprestare da Giustiniano (anche quelle di *iura* —*Digesta* e *Institutiones*— elevate a *leges*) costituivano nel contempo i testi legislativi vigenti e quelli scolastici per la *cupida legum iuventus*. Il compito dei giudici era circoscritto alla meccanica applicazione delle *leges* poste dall'imperatore e quello dei professori di diritto (in cui possono vedersi i giuristi del tempo) alla fedele trasmissione, senza interpretazioni personali, alle generazioni future del loro contenuto come sopra specificato.

Sono ancora da richiamare alcuni dati in merito alla *legum permutatio*, finora trascurata, come si è detto, dagli studiosi. L'esigenza di porla in essere fu avvertita quando maturò il disegno di trarre dai testi degli antichi giuristi (*iura*) un compendio, rappresentato come *templum iustitiae*, da utilizzare quale testo legislativo e scolastico. Tutti i collaboratori giuridici dell'imperatore avevano conoscenza almeno delle Istituzioni di Gaio, di opere (o parti di esse) di giuristi classici e delle raccolte di passi scelti delle medesime, che erano adottate nel corso degli studi giuridici, da essi seguito, anteriormente alla riforma operata da Giustiniano. E tutti avevano consapevolezza

di divergenze presenti negli antichi *iura*, rispetto al diritto in vigore. Era in specie evidente, in essi, la mancata rispondenza all'assetto del dominato a proposito dei due punti fondamentali sopra considerati: occorre porre in essere, secondo il disegno giustiniano, la *legum permutatio*; in primo luogo le rappresentazioni e attestazioni dell'*ars iuris* dovevano essere conformate alla *legum doctrina*.

Nella costituzione *Deo auctore*, con cui diede l'avvio alla compilazione dei *Digesta*, Giustiniano prescrisse (§ 7) ai propri commissari di apportare agli antichi *iura* utilizzati tutti gli emendamenti (inserzioni, espunzioni, modifiche) occorrenti al fine perseguito. Ad opera ultimata, nella costituzione *Tanta* (§ 10) egli attestò che gli emendamenti effettivamente apportati ai testi classici utilizzati erano stati numerosi e rilevanti (la diversa formulazione, probabilmente anteriore, della stesura in lingua greca nella Δέδωκεν, non inficia l'attestazione delle manipolazioni compiute, almeno di norma, in conformità alle istruzioni impartite da Giustiniano).

Non mi occupo in via generale, nella mia lezione, del problema delle interpolazioni, per il quale rinvio al recente volume *Problemi e prospettive della critica testuale, Atti del seminario internazionale di diritto romano (Trento, 14 e 15 dic. 2007)*, a cura di M. Miglietta e G. Santucci, Trento 2011. Condivido il rilievo di P. Groeschler che «spesso i romanisti non riflettono più» (aggiungo io a torto) «sulla loro posizione in merito alle interpolazioni», sicché «il metodo di lavoro nell'era del post-interpolazionismo è ... tutt'altro che definito», bensì, come precisa lo studioso, «piuttosto disperso e incerto». Di fronte al singolo frammento del Digesto, lo stato noto a tutti delle fonti preclude la presunzione vuoi dell'interpolazione, vuoi della genuinità, in adesione ai contrastanti indirizzi —ridottisi a mode— che si sono susseguiti. Solo l'esercizio, scevro da preconcetti, della critica testuale potrà mostrare se esso è da ritenere genuino o manipolato.

L'oggetto della *permutatio* perseguita da Giustiniano nei confronti degli antichi *iura* è indicato col segno *leges*: si tratta di una rappresentazione ideologica falsata e falsante. Il grande legislatore riconobbe che non è possibile neppure all'imperatore (partecipe dell'imperfetta condizione umana) prevedere e disciplinare tutto, ma non ebbe remore (forse, dal suo punto di vista, ritenne doveroso) falsificare la storia. Come si è detto, egli, con la *permutatio* compiuta nel campo giuridico (paragonata, tramite la citazione di Omero, allo scambio dell'oro col bronzo) sovrappose le *leges* al *ius* e sostituì la *legum doctrina* all'*ars iuris*. Tuttavia, nella costituzione *Deo aucto-*

re (§ 1), egli rappresentò la vicenda giuridica di Roma, dalle origini al suo tempo, come *trames legum*, sebbene nella primitiva comunità romana le *leges* (intendo le *leges populi Romani*) non esistessero ancora. Tale comunità era retta dai *mores*, fra i quali assumevano rilievo quelli a cui era stato riconosciuto valore giuridico.

La contraddizione non è eliminabile: la sostituzione dell'oro, in luogo del bronzo, non è compatibile con la preesistenza del primo. L'ideologia ebbe il sopravvento sulla storia: il disegno giustiniano, secondo cui l'assetto legalistico doveva perdurare in ogni evo futuro, trovava appoggio nella sua falsata anticipazione alle origini di Roma. Con lucida preveggenza Giustiniano precluse nel contempo la libertà di critica: chiunque avesse osato mettere in luce (com'era, in fatto, agevole) l'intrinseca contraddizione tra la *permutatio* e la continuità, sarebbe stato colpito, senza concreta possibilità di difesa, con le pene gravissime del crimine di falso.

Tutti, secondo Giustiniano, avrebbero dovuto accettare entrambi i contraddittorii messaggi. In realtà, nella tradizione romanistica è prevalso e prevale tuttora il messaggio antistorico della continuità (mentre quest'ultima ebbe, come si è detto, carattere ideologico, la *permutatio* rispetto agli antichi *iura* venne effettivamente compiuta). Indico tre esplicazioni a mio avviso significanti: la scienza romanistica ha rimosso e non ha tuttora recuperato la *legum permutatio* realizzata da Giustiniano; nell'800 una corrente di autorevoli studiosi tedeschi (la pandettistica, ancora attiva —penso, in Italia, agli apporti di Emilio Betti— in una fase del '900) ha elaborato un insieme organico di concetti assunti a dogmi e ritenuti, come tali, applicabili a qualsivoglia diritto in ogni tempo e luogo; nella seconda metà del secolo scorso una parte rilevante di romanisti, dei quali non mancano tuttora epigoni, in reazione al precedente indirizzo interpolazionistico, ha accantonato nello studio dei testi dei giuristi classici tramandati nel Digesto, il problema della loro manipolazione, non escludibile aprioristicamente per le ragioni sopra esposte nei riguardi di alcuno di essi, teorizzandone talora l'indiscriminata genuinità almeno sostanziale.

I problemi della critica testuale nei riguardi delle compilazioni giustiniane (*in primis* del Digesto) sono tuttora aperti, come mostra la stessa contrapposizione che si è avuta tra le semplificate posizioni della ricerca delle interpolazioni nei testi in esse utilizzate e la difesa della loro genuinità. Non è ancora arrivato il tempo di trarre le fila dei risultati conseguiti, ma occorre procedere nell'analisi, come cerco di fare in merito del tema considerato della consuetudine.