

الكتاب و الميزان

IL LIBRO E LA BILANCIA

Studi in memoria di Francesco Castro

a cura di

MASSIMO PAPA - GIAN MARIA PICCINELLI
DEBORAH SCOLART

Tomo II



Edizioni Scientifiche Italiane

الكتاب و الميزان

Il Libro e la Bilancia

Scritti promossi da



Istituto per l'Oriente "C.A. Nallino"
Roma



Università degli Studi di Roma Tor Vergata
Centro Interdisciplinare di Studi
sul Mondo Islamico "Francesco Castro"

in collaborazione con



Seconda Università degli Studi di Napoli
Facoltà di Studi Politici "Jean Monnet"



Università degli Studi di Perugia
Facoltà di Giurisprudenza



Università degli Studi di Roma Tor Vergata
Facoltà di Giurisprudenza



Università degli Studi di Torino
Facoltà di Giurisprudenza



Università degli Studi di Roma Tor Vergata
Master Universitario in Sistema Giuridico
Romanistico, Unificazione del diritto



Istituto per l'Oriente
"C.A. Nallino"



Centro Interdisciplinare
di Studi sul Mondo Islamico
"Francesco Castro"

الكتاب و الميزان

IL LIBRO E LA BILANCIA

Studi in memoria di Francesco Castro

a cura di

MASSIMO PAPA - GIAN MARIA PICCINELLI
DEBORAH SCOLART

Tomo II



Edizioni Scientifiche Italiane

PAPA, Massimo; PICCINELLI, Gian Maria; SCOLART, Deborah (*a cura di*)
الكتاب و الميزان Il Libro e la Bilancia. Studi in memoria di Francesco Castro - tomo II
Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane, 2011
pp. X + 766; 24 cm
ISBN 978-88-495-2213-6

© 2011 by Edizioni Scientifiche Italiane s.p.a.
80121 Napoli, via Chiatamone 7
00185 Roma, via dei Taurini 27

Internet: www.edizioniesi.it

E-mail: info@edizioniesi.it

I diritti di traduzione, riproduzione e adattamento totale o parziale e con qualsiasi mezzo (compresi i microfilm e le copie fotostatiche) sono riservati per tutti i Paesi.

Fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, comma 4 della legge 22 aprile 1941, n. 633 ovvero dall'accordo stipulato tra SIAE, AIE, SNS e CNA, CONFARTIGIANATO, CASA, CLAAI, CONFCOMMERCIO, CONFESERCENTI il 18 dicembre 2000.

Associazione Italiana per i Diritti di Riproduzione delle Opere dell'ingegno (AIDRO)
Via delle Erbe, 2 - 20121 - Milano; tel. e fax 02-809506; e-mail: aidro@iol.it

INDICE

Tomo primo - Il Libro

Prefazione	XIII
Breve biografia accademica	XVI
 DANIELA AMALDI - RAOUDHA MADIOUNI	
Un attacco a Ṭāhā Ḥusayn	3
 SERGIO BALDI	
Dating Arabic Loans in Kanuri	9
 MICHELE BERNARDINI	
I matrimoni reali nel mondo turco del '300	19
 LAURA BOTTINI	
Tre resoconti di Muḥammad al-Kaššī sugli <i>Aṣḥāb al-iğmāʿ</i>	
Note preliminari	31
 PAOLO BRANCA	
Il Corano: alcuni problemi testuali ne <i>al-itqān fī ʿulūm al-qurʾān</i>	
di al-Suyūṭī	45
 DANIELA BREDI	
<i>Nayā Qānūn</i> , la nuova legge	57
 MICHELE BRONDINO	
Garibaldi e il Maghreb nella corrispondenza consolare	
tra Tunisi, Tangeri e Torino (1848-1850)	71
 GIAMPAOLO CALCHI NOVATI	
Suez 1956 e Italia: fra Mediterraneo e Atlantico	83
 ISABELLA CAMERA D'AFFLITTO	
Il rapporto tra religione e letteratura in alcune autobiografie	
di donne arabe	103
 MASSIMO CAMPANINI	
Diritto islamico o modelli islamici di diritto?	
Note su soggettività ed oggettività nella giurisprudenza islamica	111
 GIACOMO E. CARRETTO	
Il vecchio IPO e i cappelli delle fate	121
 FRANCESCA CORRAO	
L'ultimo esilio	129

GIUSEPPE COSSUTO	
La legittimazione dinastica nell'Impero ottomano nei primi anni del XVII secolo tra identità islamiche e rivolte crimeane	149
LORENZO DECLICH	
La Tipografia sultanale di Zanzibar (1880-1897) e la 'rinascita' della tradizione giuridica ibadita	181
VALERIA FIORANI PIACENTINI	
Pearls, Rubies, Silks and Stallions from the Gulf ... and Mediterranean Pirates (1476-1477 aD)	205
MIRELLA GALLETTI	
La Bilancia giuridica nel Kurdistan iracheno (1920-1992)	217
CLAUDIO LO JACONO	
L'assassinio di ʿUtmān ibn ʿAffān nel <i>Kitāb al-Futūḥ</i> di ibn Aʿṭam Al-Kūfi	239
TEKESTE NEGASH	
The status of Islamic Law in Ethiopia: introduction to an unexplored research subject	257
NINO PELLITTERI	
ʿUlamāʾ e <i>quḍāt</i> maghribini a Damasco secondo il dizionario biografico di Naḡm al-Dīn Muḥammad al-Ghazzī (sec. XVI-XVII)	279
ROMAIN RAINERO	
Ardito Desio e Emilio Scarin Per il problema dell'acqua nell'oasi di Ghat (1938)	293
MARCO SALATI	
Un documento sull'uso della <i>ḥisba</i> dai registri dei tribunali sciaraitici di Aleppo (1070/1660) conservato negli archivi della biblioteca nazionale "Cirillo e Metodio" di Sofia	313
BIANCAMARIA SCARCIA AMORETTI	
Spigolature intorno al tema del matrimonio temporaneo (<i>nikāḥ al-mutʿa</i>)	319
GIULIO SORAVIA	
Morte e sepoltura nell'Indonesia non islamica	341
IRMA TADDIA	
Fra etiopistica e islamistica: Martino Mario Moreno	357
MICHELE VALLARO	
Quanti traduttori all'inferno?	367

Tomo secondo – La Bilancia

GUIDO ALPA	
Risposte al «Questionario del CCBE sul futuro del diritto contrattuale europeo»	383
ROBERTA ALUFFI BECK-PECCOZ	
Il diritto come freno. Appunti giuridici a margine di una lettura della <i>Muqaddima</i> di ibn Ḥaldūn	401
SILVIA ANGIOI	
Il ruolo della Gran Bretagna nella repressione della tratta degli schiavi e il sistema di accordi stipulati durante il XIX secolo	411
GABRIELLA AUTORINO STANZIONE	
Patrimonio, persona e nuove tecniche di “governo del diritto”: incentivi, premi, sanzioni, alternative	435
PAOLA BIANCHI	
Una questione storiografica: la c.d. “canonizzazione”	455
MAURICE BORRMANS	
Qu’en est-il de la «nouvelle <i>Mudawwana</i> » marocaine?	479
FAUSTO CAGGIA	
Tradizione e laicità nella circolazione dei modelli giuridici: il caso delle mutilazioni genitali femminili	499
IDA CARACCIOLO	
Diritto internazionale e contrasto al traffico illecito di migranti clandestini	539
RICCARDO CARDILLI	
Precisazioni romanistiche su 合同 e 诚实信用	551
LUCA CASTELLANI	
Diritto del commercio internazionale e paesi islamici: brevi considerazioni	573
MARIA CLELIA CICIRIELLO	
La tutela delle comunità religiose islamiche nella interpretazione evolutiva della convenzione di Roma del 1950 sui diritti dell’uomo e le libertà fondamentali	581
VALENTINA M. DONINI	
La legge tunisina sulla protezione dei dati personali 63/2004 Tutela della privacy o limitazione della libertà di informazione?	599

PAOLO GALLO	
Il trust	623
ALBERTO GERMANÒ	
I contratti agrari nel Sommario di diritto malechita di Ḥalīl ibn Ishāq	645
UMBERTO LEANZA	
Regime giuridico internazionale dei porti del Mediterraneo	661
RAFFAELE LENER	
Circulation and “transplants” of investor protection models in Europe	
The Italian regulation of conflicts of interests	681
ALESSANDRO MANCINELLI	
La legislazione di Giustiniano I nell’Oriente cristiano	697
FABIO MARTELLI	
<i>De tribus impostoribus</i>	719
MAGDALENA MARTINEZ ALMIRA	
The assignment of credit through bills of exchange	
and transmission documents in Andalusī law	751
FRANCESCO MENNILLO	
L’autodeterminazione del minore in caso di coppie in <i>disparitas cultus</i>	801
PIER GIUSEPPE MONATERI	
Legge e incarnazione	811
LUCIANO MUSSELLI	
Religioni e forme antiche e nuove di esercizio del potere	
Riflessioni in prospettiva comparatistica	
con particolare riguardo all’Islam	821
LUIGI NONNE	
Il prestito ad interesse nel diritto islamico tra solidarietà e profitto	831
FABRIZIO NUNÈ	
L’inadempimento contrattuale	
in recenti casi della giurisprudenza siriana	875
MAURIZIO OLIVIERO	
Forme di Stato e forme di governo nei Paesi Islamici:	
profili di metodo e tendenze costituzionali	883
ELISABETTA PALICI DI SUNI	
La lingua tra globalizzazione, identità nazionale e identità minoritarie	893
MASSIMO PAPA	
La legge dello statuto personale	
degli sciiti duodecimani d’Afghanistan. Prime riflessioni	911

GIANLUCA PAROLIN	
La <i>šarīʿa</i> nella giurisprudenza della corte costituzionale suprema egiziana. La sentenza del 15 gennaio 2006, n 113/XXVI	929
ALDO PETRUCCI	
Radici storiche e circolazione dei modelli giuridici nelle regole relative alla determinazione del corrispettivo in denaro di alcuni progetti di unificazione del diritto contrattuale	949
GIAN MARIA PICCINELLI	
La finanza islamica tra crisi globale e innovazione: la prospettiva europea	977
BARBARA POZZO	
La stratificazione delle fonti del diritto in India e la disciplina della proprietà fondiaria: i poteri dello <i>zamindar</i> dal dominio dei Moghul all'avvento del Raj britannico	999
GIULIO PROSPERETTI	
Welfare lavoristico e universalistico nella costituzione materiale	1017
PIETRO RESCIGNO	
Islam e diritto privato	1039
RODOLFO SACCO	
Poveri strumenti per un affascinante disegno	1045
SANDRO SCHIPANI	
I codici di giustiniano come modello di ricerca della <i>consonantia</i> nelle trasformazioni e riforme del diritto e della società, e i codici moderni	1057
DEBORAH SCOLART	
Lo <i>zināʾ bi-l-ġabr</i> in Pakistan Dalla <i>zina ordinance</i> del 1979 al <i>women protection act</i> del 2006	1073
OBERDAN T. SCOZZAFAVA	
Vittorio Scialoja e la proprietà pubblica dei beni demaniali	1093
CRISTINA SIMONETTI	
Scrittura e diritto nel vicino oriente antico Le alienazioni immobiliari dal III al II millennio a.C.	1109
ANGELO VENCHIARUTTI	
La <i>kafāla</i> islamica al cospetto dell'ordinamento italiano	1131

Paola Bianchi

UNA QUESTIONE STORIOGRAFICA: LA C.D. “CANONIZZAZIONE”

1. Premessa

Nell’ambito degli studi sulla tarda antichità in passato è stata a lungo dominante, come concezione generale, quell’idea di decadenza che aveva contrassegnato le interpretazioni, orientate e forse condizionate da maestri come Gibbon e Seeck¹, e che ha continuato ad essere oggetto di riflessioni sino a tempi più moderni². Decadenza relativa a tutti gli aspetti

¹ – E. GIBBON, *History of the Decline and Fall of the Roman Empire*, London, 1966; O. SEECK, *Geschichte des Untergang der antiken Welt*, I 2, Stuttgart, 1921; l’idea di ‘decadenza’ si può far risalire all’illuminismo e in particolare a Montesquieu (MONTESQUIEU, *Considerazioni sulle cause della grandezza dei Romani e della loro decadenza*, a cura di M. Mori, Torino, 1980); per la bibliografia, peraltro vastissima, su questo tema, rimando alle indicazioni di F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, Napoli, 1975², V, p. 2 ss., p. 575 ss., e a S. MAZZARINO, *Aspetti sociali del quarto secolo, Ricerche di storia tardo-romana*, Roma, 1951; IDEM, *La fine del mondo antico*, 1959, rist. Milano, 1988.

² – V. ad es., F. ALTHEIM, *Niedergang der Alten Welt. Eine Untersuchung der Ursachen*, 1952; A.H.M. JONES, *The later Roman Empire 284-602. A Social, Economic and Administrative Survey*, Oxford, 1964; IDEM, *Decline of Ancient World*, London, 1966, tr. it. 1973; J. VOGT, *Der Niedergang Roms. Metamorphose der antiken Kultur*, Zürich, 1965; K. CHRIST, *Der Untergang des Römischen Reiches*, Darmstadt, 1970; A. DEMANDT, *Der Fall Roms. Die Auflösung des römischen Reiches im Urteil der Nachwelt*, München, 1984; A. FERRIL, *The Fall of the Roman Empire*, London, 1986; A. PABST, *Divisio Regni. Der Zerfall des Imperium Romanum in der Sicht der Zeitgenossen*, Bonn, 1986; R. MACMULLEN, *Corruption and the Decline of Rome*, New Haven-London, Madison, 1989. Cfr. A. CAMERON, *Storia dell’età tardoantica*, tr. it. A. De Lorenzi, Milano, 1992, p. 11 ss., p. 37 ss. Sul concetto di “Krisenmodell” nella tarda antichità cfr. F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, II, *Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike. Ein Fragment aus dem Nachlass von F.W.*, hrsg. J.G. Wolf, München, 2006, p. 149 ss. Da ultimo cfr. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma, 2007, p. 1 ss., che traccia le linee delle ricerche sulla tarda antichità, relative a questo peculiare aspetto, partendo dall’affermazione lapidaria di Mommsen su quel periodo storico connotato “Stempel des Verfalls”: TH. MOMMSEN, *Römische Kaisergeschichte: nach den Vorlesungs-Mitschriften von Sebastian und Paul Hensel 1882/1886. Herausg. von Barbara und Alexander Demandt*, München, 1992, p. 429, e definendo anche un quadro dettagliato e critico del tormentato dibattito storiografico.

della società romana di quei tempi, a cominciare da quelli economici³ e sociali, per arrivare agli ambienti culturali⁴ e soprattutto all'attività normativa; declino che si sarebbe riflesso in particolar modo nella produzione del diritto di tipo giurisprudenziale⁵.

Nel quadro storiografico di questi ultimi decenni il concetto di "decadenza" è stato superato a favore di un'idea, come quella di "trasformazione", che esprime efficacemente la poliedricità dei fenomeni dell'epoca tarda⁶; e largo spazio è stato lasciato ad indagini volte a valorizzare le peculiarità di tale periodo, ben lontane dalle analisi circoscritte all'idea di proseguimento dell'età aurea e di preparazione a quella giustiniana⁷.

³ – Un esplicito riferimento alla decadenza della situazione finanziaria è in un testo papiraceo che tramanda un editto di Alessandro Severo del 222 in cui l'imperatore, nel suo discorso, si riferisce al κλῖνον (=decadenza) delle finanze: *P. Fay.* 20, col. II l. 14, su cui cfr. G. CRIFÒ, "Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista", *ANRW* II 15 (1976), p. 708 ss., p. 762 ss.; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli, 1999, p. 151 ss.; da ultimo L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 60 s.

⁴ – Cfr., ad es., F. DELLA CORTE, "Deculturazione/acculturazione nel tardantico", in *Le trasformazioni della cultura della tarda antichità*, (a cura di C. Giuffrida - M. Mazza), II, Catania, 1982, p. 575 ss., il quale, nel riferirsi all'esperienza tardo antica, scrive di "crepuscoli".

⁵ – V. ad es., P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, III, I, Milano, 1943, p. 191 ss.; A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli, 1968, p. 251 ss. e spec. nt. 49.1, che parlava di involuzione postclassica dello spirito giuridico e dell'attività giurisprudenziale; IDEM, *Storia del diritto romano*, Napoli, 1996¹¹, p. 530 ss., in cui il concetto di decadenza era esteso all'insieme del *ius Romanum* per essere poi accentrato sull'attività della giurisprudenza; G. GROSSO, *Storia del diritto romano*, Torino, 1965⁵, p. 441; W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., 12. unver. Aufl., Köln - Wien, 1990, p. 131 ss., il quale vedeva nel diffondersi della pratica dei rescritti una delle cause del tramonto della giurisprudenza: l'attività rescrittiva degli imperatori avrebbe limitato l'esercizio libero della consulenza giurisprudenziale.

⁶ – Cfr. F. WIEACKER, "Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien (235-284 apr. J.C.)", *RHDFE*, 49 (1971), p. 201 ss., spec. p. 220; A. CAMERON, "The perception of Crisis", in *Settimane di studio del centro italiano di studi sull'Alto Medioevo XLV*, Spoleto, 1998, p. 10 ss.; J. MARTIN, "Le ricerche sul tardoantico", *Diritto romano attuale. Storia metodo cultura nella scienza giuridica*, 11 (2004), p. 25 ss., tr. it. S.-A. Fusco.

⁷ – La preferenza accordata al concetto di "trasformazione" piuttosto che a quello di "decadenza" si può intravedere in tutti i campi: cfr., ad es., A. CAMERON, *Un impero due destini. Roma e Costantinopoli fra il 395 e il 600 d.C.*, tr. it. C. Ghibellini - E. Siccardi, Genova, 1996, p. 176 ss., a proposito del declino/trasformazione delle città, «perché un'idea generale di declino urbano ... implica anche il rifiuto dell'idea della continuità», *ibidem* nt. 23, p. 247. L'A., tra l'altro, imposta il suo studio sull'idea di «dimostrare come nozioni quali "declino" e "decadenza" vadano accantonate una volta per tutte», *ibidem*, p. 23.

Ciò che emerge dagli studi più recenti è quindi ormai una visione della tarda antichità non più globale, ma attenta a riconoscere le differenze tra i molteplici profili, storico, politico, culturale, economico, sociale, religioso, che concorrono, con diverso apporto, alla formazione di tale esperienza e che, necessariamente, debbono essere studiati con approccio interdisciplinare⁸.

Ad esempio, alcune interpretazioni proposte intorno agli anni Ottanta del secolo scorso si sono allontanate dalle concezioni totalizzanti in termini di decadenza, avendo privilegiato indagini volte a relativizzare il periodo esaminato, essendo, dunque, proiettate verso una valutazione differenziata degli ambiti di studio. In particolare sono state in tal modo considerate le differenze territoriali dell'Impero romano⁹.

⁸ – Cfr., ad es., L. CRACCO RUGGINI, "Il Tardoantico: per una tipologia dei punti critici", in *Storia di Roma*, III, *L'età tardoantica*, I, *Crisi e trasformazioni*, a cura di A. Carandini, L. Cracco-Ruggini e A. Giardina, Torino, 1993, XXXII ss.; IDEM, "Culture in dialogo: la preistoria dell'idea di Europa", in *Storia di Roma*, vol. terzo, cit., p. 351 ss.; D. VERA, *Rec. a A. MOMIGLIANO - A. SCHIAVONE (a cura di), Storia di Roma. III: L'età tardoantica. 1: Crisi e trasformazioni. II: I luoghi e le culture*, Torino 1993, in *Cassiodorus. Rivista di studi sulla tarda antichità*, 1 (1995), p. 255 ss., il quale, in una valutazione positiva della *Storia di Roma*, si sofferma a sottolineare la 'rivalutazione' del Tardoantico percepita negli studi degli ultimi decenni e l'idea della 'continuità' che, secondo gli orientamenti più avanzati, connoterebbe i secoli III, IV e V; egli dà inoltre conto della perdita di importanza del concetto di 'decadenza' che emerge dall'insieme, anche strutturale, della *Storia di Roma*: «'Decline' e 'Fall', da sempre 'protagonisti' starebbero ora 'sullo sfondo della scena'» (*ibidem*, p. 258); particolarmente significativa la sua valutazione dell'opinione di Carandini, A. CARANDINI, "L'ultima civiltà sepolta o del massimo oggetto desueto, secondo un archeologo", in *Storia di Roma*, cit., 11 ss., sul concetto di decadenza; Vera, a questo proposito, si discosta dall'apprezzamento dell'archeologo, sostenendo che il concetto di decadenza debba essere, se non certo eliminato, almeno ridimensionato; v. anche M. TALAMANCA, "L'esperienza giuridica del Tardo Antico fra volgarismo e classicismo", in *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità*, a cura di M. Mazza e C. Giuffrida, vol. I, 27 ss., Catania, 1985, p. 27 ss., il quale, contro le interpretazioni complessive tradizionali, sostiene la necessità di una valutazione della decadenza da un punto di vista relativo. Essa non avrebbe raggiunto quei livelli negativi comunemente teorizzati. Le scuole orientali avrebbero infatti assicurato una continuità con la tradizione classica attraverso l'insegnamento e la conservazione delle opere appartenenti a tale periodo. Cfr. A. CAMERON, *Storia dell'età tardoantica*, tr. it., Milano, 1992, p. 9 ss., *passim*, la quale sottolinea in particolare, *ibidem* p. 19, l'allontanamento culturale dal tradizionale tema del 'declino'.

⁹ – In tal senso S.-A. FUSCO, "Frequenza comparata dell'attività normativa imperiale in Occidente e in Oriente alla vigilia della codificazione teodosiana", in *AARC*, IV Conv. 1981, p. 267 ss.; IDEM, "Rechtspolitik in der Spätantike: Unterschiede zwischen dem Westen und dem Osten und ihre Bedingungen", *Saeculum*, 32 (1981); IDEM, 'Pecuniam commodare'. *Aspetti economici e sociali della disciplina dei rapporti di credito nel V*

La stessa rivalutazione storiografica dell'epoca tarda è stata e continua ad essere sottoposta a verifica, studio e indagine critica¹⁰, ed il particolare interesse per questa tematica mostra un cambiamento considerevole nelle prospettive degli studi attuali. Gli esempi che potrebbero farsi, non solo in campo propriamente giuridico, sono innumerevoli¹¹: qui basti citare l'insieme degli studi dell'Accademia Romanistica Costantiniana, specificamente incentrati sulle problematiche differenziate dei secoli IV e V d. C., e da ultimo il Convegno dell'Associazione di Studi Tardoantichi impostato proprio sulle ricerche degli ultimi trent'anni sulla tarda antichità¹².

Tuttavia, nonostante tale evoluzione degli studi, sul piano della discussione intorno alla valenza dell'opera dei *prudentes*, la valutazione predominante sembra ancora pressoché ricalcare la tradizionale concezione complessiva che gravita decisamente intorno ad un concetto di decadenza¹³.

secolo d.C., Perugia, 1980, spec. p. 60 s., nel quale l'A. stempera il concetto di decadenza e postclassicità in una prospettiva di attualizzazione dei sistemi giuridici che privilegia il profilo della funzionalità rispetto a quello della tecnicità.

¹⁰ – Cfr., ad es., S. GIGLIO, "Continuità, discontinuità, crisi e decadenza: qualche considerazione su tesi vecchie e nuove", *Diritto romano attuale*, 11 (2004), cit., p. 81 ss., il quale, partendo da un'idea di Liebeschuetz propenso al concetto di discontinuità e di declino, sposa l'idea della "crisi", concetto a suo avviso «neutro, che indica solo l'idea di cambiamento», *ibidem* p. 86, e ampiamente utilizzato, come egli ricorda, da autorevoli maestri del passato quali Bonfante e Betti e da un illustre discepolo di quest'ultimo, Giuliano Crifò, che permea di questo concetto i suoi noti lavori (ad es. G. CRIFÒ, *Lezioni di Storia del diritto romano*, Bologna, 2000³).

¹¹ – Per i quali cfr. ancora L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 1 ss., che illustra il faticoso ma proficuo percorso della nascita di interesse verso la storia della tarda antichità.

¹² – Convegno internazionale, Napoli 21-23 novembre 2007, "Trent'anni di studi sulla tarda antichità: bilanci e prospettive".

¹³ – C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana*, Torino, 1974, p. 74, secondo il quale «la grande decadenza delle professioni forensi» si sarebbe riflessa immediatamente nell'uso delle opere dei giuristi; F. SERRAO, "Il diritto e il processo privato", in *Storia di Roma*, vol. 3, *L'età tardoantica*, II, *I luoghi e le culture*, p. 1011 ss., p. 1013, che individua nella «decadenza della grande cultura giuridica precedente e nella mancanza di solidi giuristi» uno dei fattori (questo, di tipo 'culturale'), delle trasformazioni del diritto privato nel tardo impero; G. CERVENCA, "Il Dominato", in *Lineamenti di storia del diritto romano*, (M. Talamanca, dir.) Milano, 1979, p. 687 ss.; L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino, 1989, p. 153 ss., p. 155: il cambiamento di valore delle opere della giurisprudenza tardo antica sarebbe il risultato del «decadimento della cultura giuridica»; Cfr. G. GILIBERTI, *Elementi di storia del diritto romano*, Torino, 1997², il quale, critico nei confronti di un'idea generale di decadenza del tardo Impero romano, *ibidem*, p. 277 ss., sostiene che la «giurisprudenza postclassica ... perse

D'altra parte, non possiamo ignorare come una testimonianza acuta e diretta dell'esaurimento dell'attività dei giuristi ci sia offerta proprio dalle fonti; ad es. dal noto discorso di Ammiano Marcellino sui mali della scienza giuridica, *Amm. Marc., Res Gestae*, 30.4.11: *Secundum est genus eorum, qui professi iuris scientiam, quam repugnantium sibi legum abolvere discidia, velut vinculis ori inpositis reticentes, iugi silentio umbrarum sunt similes propriarum*; oppure dal discorso del 438 dell'imperatore Teodosio II che, nel dar conto dell'opera compilatoria, esprime una valutazione molto negativa dell'attività giurisprudenziale di quell'epoca, *Nov. Theod. I*, 1: *... retro principum scita vulgavimus, ne iurisperitorum ulterius, severitate mentita dissimulata inscientia, velut ab ipsis adytis expectaretur formidanda responsa, cum liquido pateat, quo pondere donatio deferatur, qua actione petatur hereditas, quibus verbis stipulatio colligatur, ut certum vel incertum debitum sit exigendum*¹⁴.

Nella dottrina, dunque, non sono mancati riferimenti espliciti al 'tramonto' della giurisprudenza classica¹⁵, come anche descrizioni connotate da toni più marcati e tinte più fosche¹⁶.

completamente la funzione di fonte del diritto», *ibidem*, p. 296; A. METRO, in P. CERAMI - A. CORBINO - A. METRO - G. PURPURA, *Storia del diritto romano. Profilo*, Catanzaro, 1996, p. 293 ss.; P. GARBARINO, in *Storia del diritto romano* (A. Schiavone cur.), Torino, 2000, p. 225 ss.; F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, Zweitwer Absch., München, 2006, p. 156 s. Cfr. ora L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 36, che coglie nell'epoca tardoantica non il «tramonto della giurisprudenza» bensì la «sua lenta trasformazione, attraverso un lavoro certamente più anonimo ma altrettanto importante». Il tema della decadenza suscita attualissime discussioni: cfr. *La crisi del III sec. d.C. Un bilancio storiografico*, Convegno dell'Istituto Italiano per la Storia antica 8-9 sett. 2006, in cui segnalo in particolare la relazione di V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico e letteratura giurisprudenziale nella seconda metà del III secolo d.C.*, c.s., che ho potuto leggere grazie alla squisita cortesia del suo autore che ringrazio.

¹⁴ – Su cui cfr., ad es., G. BARONE-ADESI, *Ricerche sui corpora normativi dell'impero romano*. Vol. 1. *I corpora degli iura tardoimperiali*, Torino, 1998, p. 59 ss.

¹⁵ – F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*, cit., p. 33, la quale intitola il par. 10 dedicato a questo problema: 'Decadenza dell'attività giurisprudenziale: le epitomi del basso impero'. Rileva criticamente il tralatizio concetto di "tramonto della giurisprudenza" L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 93.

¹⁶ – V. ancora W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 132, che parlava anche in termini di 'das Dunkel einer fast vollständigen Anonymität' in cui si sarebbero immersi i destini della giurisprudenza; ed anche G.G. ARCHI, "Aspetti giuridici dell'Occidente posteodosiano", *AARC*, V, 1983, p. 71, ora in *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano*, Cagliari, 1990², p. 219, che individuava nel 'collasso della scientia iuris' la causa per la quale Teodosio II e Valentiniano III avrebbero deciso di realizzare

In questo quadro generale, a parte pochi studi significativi ma sporadici, seguiti alle analisi di Schulz, Beseler, Wieacker, con ragione è stato recentemente affermato che «il dibattito storiografico sul pensiero giuridico postseveriano ... non ha mai spiccato il volo»¹⁷.

Ebbene, un dato storiografico che ha avuto una discreta diffusione nel secolo scorso, ma che ancora oggi può svolgere una funzione interpretativa nell'ambito degli studi romanistici, e che a mio avviso appare utile ripercorrere, è anche quello della c. d. "canonizzazione".

Nel generale quadro interpretativo della tarda antichità si può infatti notare l'uso di tale categoria, con la quale la dottrina interpreta i fenomeni relativi alla produzione normativa di quell'epoca.

La predetta categoria è assunta con significati diversi secondo la valutazione proposta in particolare sull'opera dei giuristi di quel periodo storico.

Con essa la letteratura, nella sua pressoché totale generalità, vuole alludere ad una creazione della scienza con la quale si sarebbe generata una sorta di catalogo di opere giurisprudenziali applicabili nella prassi¹⁸. In particolare vuole indicare il fenomeno di progressiva cristallizzazione delle opere della giurisprudenza classica, che avrebbe avuto luogo sin dalla fine della c.d. età classica, per poi ampliarsi in quella successiva, rappresentando un simbolo evidente dell'indebolimento, se non anche dell'esaurimento, dell'attività dei giuristi nella tarda antichità.

In questo senso, dunque, l'impiego della categoria fa emergere una valutazione della tarda antichità in linea con la complessiva concezione tradizionale, che simboleggerebbe un atteggiamento propriamente decadente del ruolo dei giuristi, nell'ambito di un'attrazione del diritto nella legge.

L'aspirazione della certezza del diritto con la pubblicazione del Codice Teodosiano. Cfr. P. MARI, *L'armario del filologo*, Roma, 2005, p. 62 ss., che traccia, sotto il profilo filologico, un rapido ed esplicativo quadro storico d'insieme sui "momenti di determinatezza e di canonizzazione" di testi "a grande fluidità compositiva e a tradizione molto perturbata"; tali fenomeni avrebbero reso i testi chiusi. Un esempio significativo e noto fu la Glossa Accursiana.

¹⁷ – Così V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico*, cit., p. 3. Mi riferisco a G. BESELER, "Recuperationes iuris antiqui", *BIDR*, XLV (1938), p. 170; F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. G. Nocera, Firenze, 1968, p. 475 ss.; nonché ai lavori di Franz Wieacker, su cui v. *infra* p. 468 ss.; e agli studi di Liebs, Honoré, Dovere su questi specifici temi, per i quali rimando ancora a V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico*, cit., in cui si può trovare una bibliografia accurata.

¹⁸ – Sul significato del termine cfr., ad esempio, s.v. «canonico», in *Voc. Ist. della Enc. It. Treccani*, Roma 1986: 'canonico', conforme a canoni o a norme determinate e prefissate. Canonizzare vuol dire appunto inserire in un canone, dare valore di regola, conferire autorità di norma, e per estensione, approvare solennemente, sancire in modo definitivo.

All'interno delle diverse interpretazioni, inerenti questa valutazione, la categoria acquista poi valenze multiformi secondo i contesti in cui è impiegata.

Interpretazioni minoritarie, invece, impiegano la categoria in un significato e soprattutto in una funzione diversa, valorizzando aspetti dell'attività giurisprudenziale tarda in cui si può vedere ancora un'attività creativa dei giuristi, anche se limitata. E questa opinione trova fondamento specialmente nelle fonti che attestano la circolazione, nella tarda antichità, di note a testi classici¹⁹.

Parlare in termini di canonizzazione, dunque, comporta un implicito giudizio di valore sul ruolo della giurisprudenza nel periodo tardo romano.

Poiché la discussione intorno all'attività o inattività della giurisprudenza nella tarda antichità è ancora vitale, e la focalizzazione della canonizzazione, come uno dei particolari aspetti dell'esperienza tardoantica, sembra aver assunto una certa importanza nell'ambito di un settore delle interpretazioni romanistiche, all'analisi delle impostazioni storiografiche basate su tale categoria è dedicato questo lavoro.

2. La burocratizzazione della giurisprudenza

L'analisi e la valutazione del fenomeno qualificato come "canonizzazione" è presente già nella *History of Roman Legal Science* di Fritz Schulz²⁰.

Come è ben noto, a lui risale la definizione del periodo della giurisprudenza romana, nell'età compresa tra Diocleziano e Giustiniano, come periodo 'burocratico'²¹. Quella connotazione sostitutiva, nel lessico di Schulz, il termine 'postclassico'²², da lui considerato inadeguato per esprimere un fenomeno autonomo come quello rappresentato dalla tarda giurisprudenza²³. Tale espressione, ormai quasi del tutto superata, implica infatti, come ben sappiamo, una valutazione negativa della giurisprudenza tardoantica, relegandola in sostanza a mera conclusione della giurisprudenza classica.

¹⁹ – V. *infra* p. 476.

²⁰ – F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford, 1953, (=Oxford, 1946¹), p. 355; tr. it. G. Nocera, Firenze, 1968, p. 502.

²¹ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 471 ss.

²² – Sull'uso del termine 'postclassico', e sul relativo problema della 'periodizzazione', si veda per tutti S. MAZZARINO, *Antico, tardoantico ed era costantiniana*, I, Roma, 1974, p. 7 ss.; R. MANSELLI, "Tardo antico e crisi di civiltà", in *La cultura in Italia fra Tardo Antico e Alto Medioevo*, Atti Conv. Roma CNR 12-16 nov. 1979, Roma, 1981, I, p. 19 ss., S.-A. FUSCO, "Pecuniam commodare". *Aspetti economici e sociali della disciplina dei rapporti di credito nel V sec. d.C.*, Perugia, 1980, p. 63 ss. Cfr. poi M. TALAMANCA, "Il diritto nelle epoche postclassiche", in *Études dédiées à Hans Ankum*, Amsterdam, 1995, p. 533 ss.

²³ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 474.

Nella descrizione del ‘collasso della scienza giuridica’, collocata cronologicamente nella seconda metà del III secolo, dopo l’opera di Ulpiano, Schulz sostiene il crollo delle forme espressive della giurisprudenza del Principato. La scienza giuridica, intesa in senso lato, avrebbe subito invece una trasformazione dovuta principalmente ai tentativi imperiali, tipici di ogni burocrazia, di monopolizzare la produzione giuridica e di codificare il diritto²⁴.

Partendo da uno degli aspetti, a suo avviso caratteristici, della tarda antichità, il c.d. ‘classicismo giuridico’, o ‘tendenza classicizzante’ della giurisprudenza²⁵, Schulz giunge ad elaborare il concetto di canonizzazione.

‘Classica’ sarebbe la giurisprudenza del Principato: nel senso che essa in tale periodo avrebbe raggiunto il massimo livello della propria capacità elaborativa e creativa, diventando il modello delle esperienze giuridiche successive²⁶.

La tendenza classicizzante rappresenterebbe invece la giurisprudenza tarda, che si distinguerebbe in tal modo dalla giurisprudenza del Principato, solo ‘conservatrice’. I giuristi della tarda antichità, riferendosi costantemente ai ‘classici’, avrebbero assunto i loro scritti come modelli.

Ed è proprio questo ‘classicismo’ che, secondo Schulz²⁷, tenderebbe alla canonizzazione: in età tarda si sarebbe cercato di ricavare dalla giurisprudenza classica un canone o una regola per il presente, e di adattare il modello alle esigenze dei nuovi tempi.

Esso, però, si sarebbe espresso in due modi: tra la seconda metà del III secolo e la prima metà del IV, soprattutto attraverso un’opera di adattamento dei testi mediante parafrasi, epitomi o antologie²⁸; nel IV secolo, invece, cessata l’attività di adattamento e di trasformazione dei testi²⁹ si sarebbe verificata quella distanza dal passato³⁰, che avrebbe determinato una sorta di ‘venerazione’ dei testi classici tanto più grande quanto più lontano fosse il

²⁴ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 475.

²⁵ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 499.

²⁶ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 181 ss.

²⁷ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 502. Nel pensiero di Schulz la canonizzazione è delineata talvolta nettamente come conseguenza o tendenza del ‘classicismo’, altre volte sembra identificarsi con esso.

²⁸ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 503.

²⁹ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 504.

³⁰ – In questo richiamo alla distanza temporale tra i ‘classici’ e i nuovi giuristi, importante, secondo Schulz, per la formazione di canoni, si può intravedere un sottile aggancio con il diverso fenomeno, sempre però espresso in termini di ‘canonizzazione’, descritto da Wieacker, su cui v. *infra* p. 468 ss.

passato, fino alla stabilizzazione delle opere classiche. E in tale secondo atteggiamento del classicismo Schulz individua il 'primo tentativo di stabilire un 'canone chiuso' di opere giuridiche autoritative ed esemplari'³¹. Frutto di tale canonizzazione sarebbe in special modo, nell'ottica dello studioso, la c.d. legge delle citazioni del 426.

3. Politica legislativa imperiale

Nella letteratura moderna il tema della canonizzazione è stato oggetto di varie riflessioni.

Alcune sono state particolarmente attente al profilo del rapporto tra legislatore e attività scientifica: questo si può vedere, ad esempio, nella posizione di Franca De Marini Avonzo.

Secondo la studiosa nel periodo tardo imperiale le opere giurisprudenziali maggiormente diffuse venivano canonizzate, e cioè rese stabili, quasi esemplari su cui si sarebbe probabilmente basata la tradizione successiva, attraverso un'ondata di nuove redazioni³².

Le nuove forme, epitomi, compendi e florilegi, con cui circolavano, già nel IV secolo, le opere giurisprudenziali antiche, avrebbero da un lato attestato il declino scientifico di quell'epoca³³, dall'altro proprio il fenomeno della canonizzazione avrebbe costituito una testimonianza generica della tutela delle opere giurisprudenziali predisposta dalla cancelleria imperiale.

L'aspetto maggiormente evidenziato dalla De Marini è in special modo il legame esistente, nella tarda antichità, tra la canonizzazione dei testi e la nuova forma, *codex*, in cui essi furono redatti: il passaggio dal *volumen* al *codex*, quindi la nuova redazione scritta e l'inevitabile revisione dei compilatori, avrebbe predisposto a tale atteggiamento e dunque reso stabili i testi giuridici³⁴. La nuova tecnica editoriale avrebbe assicurato inoltre la consistenza dei testi migliorandone anche la circolazione³⁵. I codici avrebbero anche rappresentato la conseguenza ultima e pregnante del lento processo di canonizzazione delle

³¹ – F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza*, cit., p. 505.

³² – F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino, 1970, p. 31 ss.; cfr. anche EAD., *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*, Torino, 1975, p. 85.

³³ – F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale*, cit., 33; tale valutazione è stata poi ribadita dall'autrice, peraltro in termini anche più espliciti, nel successivo lavoro: *La politica legislativa*, cit., p. 81 ss. Cfr. anche F. DE MARINI - C. LANZA, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino, 2001³, p. 65 ss.

³⁴ – F. DE MARINI AVONZO, *Critica testuale*, cit., p. 32; v. anche C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana*, Torino, 1974, p. 69 ss.

³⁵ – F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni di storia del diritto romano*, 1991, p. 303 s.

opere giuridiche, il risultato della progressiva convergenza degli scritti giurisprudenziali verso un “sistema” autoritativo imperiale.

Un ulteriore inserimento della categoria canonizzazione all'interno della politica legislativa imperiale si può riscontrare nella visuale di Guglielmo Nocera, attento a dare rilievo ai tentativi imperiali di controllo sulle opere giurisprudenziali, particolarmente intensi nell'età tarda. Nell'affrontare il tema del rapporto tra potere imperiale e giurisprudenza, Nocera affermava che il «contrasto tra la normativa del potere e la normativa dell'opinione era fatalmente avviato – nella tarda antichità – ad una composizione che elevava a legge il diritto mediante canonizzazione della giurisprudenza»³⁶.

Nella sua valutazione si può intravedere come il fenomeno della canonizzazione sia assunto come esempio di una politica imperiale rivolta non alla salvaguardia delle opere giurisprudenziali, quanto all'attrazione del diritto nell'orbita della legge, nell'ambito di quel tipo di fonte che avrebbe dovuto essere unica, totalizzante, esaustiva. Nel processo così delineato emerge con chiarezza la conseguenza della canonizzazione assunta in questi termini, e cioè il fenomeno, ricorrente in tutti i passaggi da sistemi normativi aperti, pluralistici, a sistemi chiusi e codificati, di trasformazione, o riduzione, del 'diritto' in 'legge'.

In una linea interpretativa analoga a quella della De Marini, Carlo Augusto Cannata, dopo aver parlato della ‘fine della giurisprudenza classica’, si riferisce all'uso delle opere di giuristi classici, nel periodo che va dal III al IV secolo, nella forma di nuove edizioni eseguite secondo il modello del *codex*, con una revisione di testi tendente a canonizzarli in forma corretta; a suo avviso ‘lo scadimento generale della cultura’ e ‘l'estinzione del ceto dei giuristi’ avrebbero portato alla fioritura di opere sintetiche destinate all'uso pratico. La rielaborazione di opere della giurisprudenza classica avrebbe avuto il vantaggio di rendere possibile la citazione in giudizio di tale materiale, in quanto autorevole, e l'estrazione da tali opere di frasi con carattere normativo, le c.d. *regulae*³⁷.

³⁶ – G. NOCERA, “Sul significato del normativismo e delle codificazioni nell'esperienza giuridica romana”, in *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana*, Padova, 1987, p. 5 ss., p. 45.

³⁷ – C.A. CANNATA, *La giurisprudenza romana*, cit., p. 72 ss.; cfr. anche A. SCHIAVONE, “Dai giuristi ai codici. Letteratura giuridica e legislazione nel mondo tardoantico”, in *Storia di Roma*, vol. III, *L'età tardoantica*, II, *I luoghi e le culture*, Torino, 1993, p. 963 ss., il quale afferma che, per i giuristi del principato, il commento di un testo avrebbe costituito la base di una interpretazione originale, e il testo commentato e il commento si sarebbero trovati sullo stesso piano, e gli autori si sarebbero posti in una dialettica che avrebbe annullato la distanza temporale tra di loro. Nella tarda antichità, tra commentati e commentatori si sarebbe aperta una frattura derivante da una diversità di compiti. I

4. Aperture a valutazioni positive sulla tarda antichità

Secondo altre valutazioni la canonizzazione dei testi avrebbe tentato di risolvere in parte un problema di certezza del diritto, nel senso che avrebbe cercato di assicurare la conoscenza della norma da applicare e quindi, in sostanza, della norma vigente³⁸.

Oppure, nel venir meno, nella prima metà del III secolo, della giurisprudenza nelle forme letterarie del periodo classico, la cultura giuridica della tarda antichità si sarebbe delineata in un modo di essere che, pur sviluppandosi in diverse direzioni, avrebbe assunto, da una precisa angolazione, una connotazione unitaria³⁹; connotazione ravvisabile in quella canonizzazione degli scritti giurisprudenziali che, manifestatasi già dal III secolo, costituirebbe la conseguenza dell'emergere di un'attività didattica nelle scuole di diritto orientali. Tale canonizzazione rappresenterebbe dunque uno dei segni esteriori emblematici del c.d. classicismo: esso infatti consisterebbe, nella tarda antichità, nella individuazione delle soluzioni e delle opinioni adottate nella giurisprudenza e nella legislazione precedente, e nella loro elevazione a canoni immodificabili. Parte della casistica e dei principi teorici ad essa presupposti si sarebbe cristallizzata per opera della volontà imperiale e questo processo sarebbe stato portato alle sue estreme conseguenze da Giustiniano. Il mutamento della giurisprudenza, visto come involuzione, emergerebbe quindi proprio nel venir meno di quel *ius controversum* che si sarebbe stabilizzato in testi non più interpretabili. Canonizzazione, venir meno di una produzione giurisprudenziale originale, decadere del sistema del diritto giurisprudenziale rappresenterebbero dunque fenomeni tra loro collegati.

predecessori non sarebbero più stati considerati eventuali interlocutori di un dialogo, avendo assunto il ruolo di 'Antichi Maestri'; l'individualità dei nuovi autori sarebbe stata sommersa dall'autorità degli antichi *iurisperiti*, il cui sapere sarebbe stato considerato talmente irraggiungibile che di fronte ad esso i nuovi operatori avrebbero riconosciuto la loro inferiorità. La crisi del III secolo avrebbe determinato il passaggio da un diritto giurisprudenziale ad un diritto di esclusiva produzione imperiale, orientato verso una progressiva codificazione, nel quale l'attività dei giuristi non avrebbe più costituito il centro del 'sistema' giuridico. L'«eclissi» del pensiero giuridico antico sarebbe stata comunque in parte determinata proprio dalla stessa attività della giurisprudenza severiana, nel suo sforzo di sistematizzazione della produzione letteraria e legislativa precedente.

³⁸ – G.G. ARCHI, "Il problema delle fonti del diritto nel sistema romano del IV e V secolo", in *Giustiniano legislatore*, Bologna, 1970, p. 1 ss., p. 44, ora in *Studi sulle fonti nel tardo impero romano*, Cagliari, 1990², p. 11 ss., p. 33.

³⁹ – In questo senso M. TALAMANCA, "L'esperienza giuridica romana nel tardo antico tra volgarismo e classicismo", in M. MAZZA - C. GIUFFRIDA (cur.), *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità*, cit., p. 40.

La cessazione della produzione letteraria nelle forme dei *responsa*, dei commentari e delle opere monografiche, dei manuali didattici, non avrebbe comunque necessariamente implicato la fine di una cultura giuridica, che avrebbe infatti continuato a manifestarsi attraverso l'attività della cancelleria imperiale trasfondendosi successivamente nelle raccolte di *rescripta*. L'attività dei giuristi nella cancelleria imperiale si sarebbe mantenuta in linea con la tradizione classica, presupponendo quindi un'elevata preparazione tecnico-giuridica degli operatori.

Anche se in quest'ultima visuale la canonizzazione viene a rappresentare 'l'attestazione di un esaurimento già in corso'⁴⁰, la teorizzazione di una continuità con la tradizione precedente sembra attenuare la connotazione negativa dell'attività del periodo tardo. Infatti il passaggio dalla giurisprudenza c.d. 'classica' a quella postseveriana non viene delineato in termini di brusca interruzione e quindi di perdita dei valori, principi, concettualizzazioni precedenti.

Inoltre, di questa veduta, si può cogliere anche la critica verso l'uso delle concettualizzazioni volte ad interpretare l'esperienza romana tardoantica in termini di contrapposizione tra 'classicismo' e 'volgarismo'⁴¹. Secondo tali formulazioni il c.d. 'volgarismo' esprimerebbe un allontanamento dell'esperienza tardoantica dal sistema del 'diritto classico', distacco che si concretizzerebbe nella perdita dell'estrema raffinatezza nella tecnica giuridica, e il diritto della tarda antichità verrebbe quindi qualificato come degenerazione del diritto classico, e cioè di un modello di ordinamento vigente⁴². La critica di queste impostazioni vuole far emergere la presupposta visuale normativistica che si esprimerebbe nella concezione del diritto c.d. classico come ordinamento oggettivo astoricamente vigente⁴³.

⁴⁰ – M. TALAMANCA, "L'esperienza giuridica romana nel Tardo Antico fra volgarismo e classicismo", cit., p. 67.

⁴¹ – M. TALAMANCA, "L'esperienza giuridica romana nel Tardo Antico fra volgarismo e classicismo", cit., p. 29.

⁴² – La valutazione sintetica di tali impostazioni è di M. TALAMANCA, "L'esperienza giuridica romana nel Tardo Antico fra volgarismo e classicismo", cit., loc. cit. Sul volgarismo cfr., tra i nomi più significativi, E. LEVY, *West Roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia, 1951, e F. WIEACKER, *Vulgarismus und Klassizismus im Recht der Spätantike*, Heidelberg, 1955.

⁴³ – M. TALAMANCA, "L'esperienza giuridica romana nel Tardo Antico tra volgarismo e classicismo", p. 29, il quale sostiene, *ibidem* p. 35 ss., che non si può accettare una categoria di 'diritto volgare' inteso come insieme di norme e istituti: un complesso di regole non può mai essere qualificato 'volgare' poiché una norma non può essere valutata dal punto di vista della scientificità dell'elaborazione giuridica; di fronte all'ambiguità del sintagma 'diritto volgare', la qualifica 'volgare' esprimerebbe il suo

Oltre all'aspetto normativistico condizionante queste concettualizzazioni, si potrebbe rilevare in esse anche la presenza di una certa contraddizione: gli scritti della giurisprudenza acquisterebbero valore di norme, mediante il conferimento di un crisma di legalità, nel momento in cui l'esperienza giuridica, delineandosi come degenerazione di quella precedente, non potrebbe essere più qualificata in termini di ordinamento.

La valutazione negativa della giurisprudenza della tarda antichità in parte si attenua anche in un'ulteriore analisi che mostra particolare attenzione al suo cambiamento di ruolo all'interno dell'apparato imperiale⁴⁴: nel III secolo non decadrebbe la giurisprudenza nella forma classica, ma il sistema di fonti creato da essa, nel quale i giuristi assumevano una funzione preponderante, centrale. La decadenza della giurisprudenza non costituirebbe la causa del decadere dell'"ordinamento", ma la conseguenza del venir meno del sistema delle fonti 'classico'. La c.d. fine della giurisprudenza rappresenterebbe un elemento secondario di una crisi più vasta, operante primariamente sul piano istituzionale. Scomparebbero le figure di giuristi noti per il nome e le opere; cesserebbe quella giurisprudenza non del tutto vincolata al potere imperiale, nel senso di una giurisprudenza che opera anche al di fuori della cancelleria imperiale. Questo cambiamento mostrerebbe la risposta che avrebbero dato gli imperatori al problema delle fonti di diritto postosi in quegli anni, risposta che testimoniarebbe una volontà legislativa diretta al progressivo accentramento delle fonti di produzione nell'unica forma della legge imperiale. In questa prospettiva, la 'cristallizzazione'⁴⁵ delle opere dei giuristi, che conseguirebbe all'assenza di una 'nuova linfa giurisprudenziale', avrebbe l'effetto di far permanere, nella scuola e nella prassi, la conoscenza della concettualizzazione giurisprudenziale del sistema delle fonti teorizzato dai *prudentes*. Tale conoscenza sembrerebbe attestata dalla procedura della *recitatio*, che avrebbe posto sullo stesso piano, a fini processuali, 'fonti di origine diversa'⁴⁶.

Questa valutazione, discostandosi parzialmente dall'impostazione generale del fenomeno giurisprudenziale tardoantico, sostanzialmente unitaria, ma in sintonia con alcune innovative ideologie dell'ultimo ventennio del se-

valore nel riferimento a categorie come 'volgarismo' o 'volgarizzazione', che indicherebbero la mancanza di una preparazione professionale da parte degli operatori del diritto.

⁴⁴ – Così N. PALAZZOLO, "Crisi istituzionale e sistema delle fonti dai Severi a Costantino", in *Società romana e impero tardoantico*, I, *Istituzioni, ceti, economie*, Bari, 1986, p. 56 ss., p. 61 ss.

⁴⁵ – N. PALAZZOLO, "Crisi istituzionale", cit., p. 62.

⁴⁶ – N. PALAZZOLO, "Crisi istituzionale", cit., loc. cit.

colo scorso, presenta il cinquantennio fra i Severi e Diocleziano non come momento di frattura con l'esperienza giuridica precedente, ma come epoca in cui nasce un'organizzazione normativa che, sebbene sia nuova nella tendenza sempre più marcata alla unificazione delle fonti di diritto, è ancora in linea di continuità con la tradizione giuridica.

La pratica degli avvocati di presentare al giudice, nel corso di una causa, le costituzioni imperiali o le opinioni giurisprudenziali relative al caso da decidere (*recitatio*), attribuirebbe in effetti parità di valore, a fini processuali, a fonti che, nell'ambito dell'organizzazione delle stesse, in una presunta scala gerarchica, avrebbero invece dovuto trovarsi in posizioni diseguali.

Nel solco delle valutazioni positive della tarda antichità, infine, una posizione ancora più decisa è stata assunta in un'indagine dedicata all'analisi di alcuni anni di politica imperiale, nella quale, nell'intento di abbattere generalizzazioni diffuse e spesso aprioristicamente accettate, si è proposto di verificare l'opinione storiografica della simultanea e improvvisa eclissi della scienza giuridica, tentando di ridimensionare tale impostazione, riducendola ad una mera ipotesi di lavoro⁴⁷.

La stessa dottrina ha tra l'altro ribadito, come le indagini sulla tarda antichità abbiano spesso ricondotto e ridotto le problematiche ad esso inerenti agli schemi 'classico' e 'postclassico'⁴⁸. L'uso di tali qualificazioni avrebbe impedito e impedisce effettivamente di cogliere e recuperare quella linea di continuità che connoterebbe la prima giurisprudenza della tarda antichità.

5. La canonizzazione come fenomeno culturale

La categoria "canonizzazione" ha trovato comunque nell'elaborazione proposta da Franz Wieacker l'espressione più rilevante e, soprattutto, quella che si distingue dalle ulteriori rappresentazioni.

In uno studio pubblicato negli anni quaranta del secolo scorso Wieacker ha dedicato una specifica riflessione a questo fenomeno che, conseguente alla fine della giurisprudenza classica e definito 'gesteigerte Autorität des klassischen Erbes', viene appunto da lui denominato 'Kanonisierung'⁴⁹.

⁴⁷ – A. NICOLETTI, *Sulla politica legislativa di Gordiano III*, Napoli, 1981.

⁴⁸ – A. NICOLETTI, *Sulla politica legislativa di Gordiano III*, cit., p. 36 ss.

⁴⁹ – F. WIEACKER, "Corpus iuris", *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, CII, 1942, p. 444 ss., riprodotto in *Vom Römischen Recht. Wirklichkeit und Überlieferung*. Leipzig 1944, p. 159 ss. IDEM, *Vom Römischen Recht. Zehn Versuche*, 2, neubearb. u. erw. Aufl. Stuttgart, 1961, p. 251 ss. Tema ripreso in "Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère à l'avènement de Dioclétien (235-284 apr. J.C.)", *Révue historique de droit français et étranger*, 49 (1971), p. 201-223; l'articolo per ultimo citato, come

La tesi di questo studioso viene a collocarsi in posizione in parte divergente rispetto alla *communis opinio* sul discusso problema del valore della giurisprudenza, nel periodo di passaggio dalla c.d. età 'aurea' a quella della 'decadenza', collocabile nel corso del III secolo d. C.

Tale indagine infatti valorizza elementi di continuità emergenti, ad avviso dell'autore, nel predetto passaggio, e quindi tenta di ridimensionare la portata della profonda trasformazione che avrebbe subito la giurisprudenza secondo le comuni vedute.

Nel giudizio di Wieacker i dati principali ricorrenti nella linea interpretativa tradizionale, secondo la quale, come sappiamo, la giurisprudenza classica avrebbe concluso bruscamente la propria attività produttiva (e dunque la fine della scienza giuridica costituirebbe un fenomeno profondo e netto nell'*iter* evolutivo della scienza romana), sono essenzialmente due.

In primo luogo nell'opinione tradizionale, secondo Wieacker, viene sostenuto che, dopo le ultime grandi figure di giuristi di età severiana, quali Modestino, non comparirebbero più nuovi nomi di giuristi, tranne pochi di provenienza provinciale, come Ermogeniano o Arcadio Carisio⁵⁰, e, correlativamente, cesserebbe una pubblicazione di opere originali mentre si continuerebbero a produrre solamente opere a carattere didattico⁵¹.

In secondo luogo si afferma che la produzione giuridica, nella sua massima parte, sarebbe diventata anonima o pseudonima, celandosi sotto il nome di grandi giuristi dell'ultima età classica.

Nella visuale di Wieacker durante il Basso-Impero⁵² si sarebbe costituito un vero e proprio canone di giuristi: i giuristi classici fino a Modestino a-

ricorda lo stesso autore, riprende, con leggere modificazioni ed ampliamenti, il testo di una conferenza tenuta all'Institut de Droit Romain di Parigi nel 1970.

⁵⁰ – Cfr. ad es. F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, cit., p. 401, 444, 463. Ma v., ad es., quanto sostenuto da D. LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien: (260 - 640 n. Chr.)*, Berlin, 1987; IDEM, *Römische Jurisprudenz in Africa: Mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*, Berlin, 1993.

⁵¹ – F. WIEACKER, "Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère", cit., p. 201.

⁵² – Questa espressione è usata da Wieacker in "Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère", cit., 202. Nella ricerca di una definizione del periodo che va dalla morte di Alessandro Severo all'avvento di Diocleziano, l'A., *ibidem* p. 223, propone il termine 'épiclassique'. Egli distingue la giurisprudenza, generalmente denominata in dottrina 'classica', in tre fasi: la giurisprudenza dell'«Haut-Empire» rappresenterebbe quella 'classique'; la giurisprudenza severiana è definita 'spätklassisch'; quella del periodo tra i Severi e Diocleziano 'épiclassique', *ibidem*, p. 222 s. Quest'ultima costituirebbe l'ultimo stadio della giurisprudenza 'classica' rappresentando una continuazione della giurisprudenza severiana. Il periodo considerato apparterebbe infatti ancora all'età precedente, costituendone però l'epilogo. Nel precedente lavoro, *Vom Römischen Recht*,

vrebbero rappresentato un gruppo ‘canonico’ e sarebbero stati qualificati *veteres, iuris conditores*⁵³, *παλαιοί*, distinguendosi dai giuristi posteriori per l’autorità personale dei loro scritti e quindi, per l’autorità derivante dai loro nomi⁵⁴.

Gli autori tardoantichi si sarebbero dovuti confrontare con gli antichi *iuris conditores*, sentendosi sovrastati da quei grandi nomi per intelletto e autorità canonica. Quindi tra gli antichi giurisperiti e gli scrittori tardi si sarebbe creata una distanza⁵⁵ tale da permettere di trasferire al *Ius* l’autoritaria interpretazione del diritto imperiale (die autoritäre Auffassung des Kaiserrechts ... auf das *Ius* zu übertragen). L’atteggiamento verso il passato si sarebbe mutato in ‘ein autoritäres Textverständnis’⁵⁶.

Wieacker delinea dunque un fenomeno di progressiva attuazione dovuto al trascorrere del tempo ed alla perdita di valore della cultura giuridica tradizionale. In questo processo culturale i grandi giuristi del passato diventano monumenti, di prestigio immutabile, nel momento in cui la giurisprudenza tardoantica riprende l’attività di speculazione sul diritto e guarda alla scienza giuridica classica come ad un modello. Gli antichi giuristi diventano nomi astratti.

Se la maggioranza della manualistica sostiene una fine improvvisa della giurisprudenza classica⁵⁷, a restringere tale tesi si potrebbe opporre, secondo

cit., p. 252 s., Wieacker usa le espressioni ‘Spätantike’ e ‘Spätzeit’. Su questa specifica terminologia v. L. CRACCO RUGGINI, “Il Tardoantico: per una tipologia dei punti critici”, in *Storia di Roma*, cit., XXXII-XLV. La studiosa, nell’ambito di un ‘bilancio’ della storiografia sul tardoantico, in cui, in linea con le opinioni più moderne, ribadisce l’importanza di un riconoscimento di una ‘fisionomia autonoma e peculiare’ a questa esperienza giuridica, si sofferma -XXXVII-, tra l’altro, ad osservare come l’espressione ‘Basso’ impero si conservi solo in alcune lingue (come quella francese, ‘Bas-Empire’), e come tale terminologia abbia assunto solamente un significato cronologico, scevro da implicazioni negative.

⁵³ – Sulla locuzione *iuris conditor* cfr. R. QUADRATO, “*Iuris conditor*”, *Index*, XXII (1994), p. 87-106, e in *Atti del convegno internazionale ‘Il latino del diritto’*, (Perugia 8-10 ottobre 1992), Roma, 1994, p. 183 ss.

⁵⁴ – F. WIEACKER, “Le droit romain de la mort d’Alexandre Sévère”, cit., p. 202.

⁵⁵ – Efficace la rappresentazione del fenomeno offerta da WIEACKER, *Vom Römischen Recht*, cit., p. 253: ‘Als die Spätzeit aus breiten Talgründen des Verfalls wieder aufstieg und zurückblickte, da standen jenseits der durchschrittenen Tiefe am geschichtlichen Horizont die alten *iuris conditores*’.

⁵⁶ – F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*, cit., p. 253.

⁵⁷ – V. per es., M. KASER, *Römische Rechtsgeschichte*, 1970³, p. 197 (‘der jähe Abbruch’) e 217 (‘vollständiger Zusammenbruch’); W. KUNKEL, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 131 (‘Untergang’); G. DULCKHEIT-SCHWARZ, *Römische Rechtsgeschichte*, 1970⁵, p. 247,

Wieacker, anche il fenomeno, da lui qualificato 'paradossale', del 'romanisme' di Diocleziano⁵⁸.

('Untergang'); P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*, Roma, 1968², p. 504, parla di una 'quasi subitanea cessazione di questa attività della giurisprudenza romana'.

⁵⁸ – F. WIEACKER, "Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère", cit., p. 204 ss. L'impostazione che ravvisa in Diocleziano l'ultimo rappresentante e difensore delle concezioni giuridiche classiche aveva trovato, nell'Albertario uno dei suoi maggiori esponenti. Cfr. anche la fondamentale opera di L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig, 1891. Albertario si collocava in posizione avversa all'interpretazione che Taubenschlag aveva dato della legislazione Diocleziana. E. ALBERTARIO, *Rec. a R. Taubenschlag, Das römische Privatrecht zur Zeit Diocletians*, estr. da *Bullettin de l'Academie Polonaise des Sciences et des Lettres*, Cracovie, 1923, in AG 92 (1924), p. 104 ss., ora in IDEM *Studi di diritto romano*, 6, Milano, 1953, p. 565 ss. Taubenschlag aveva distinto le innovazioni dioclezianee di tipo romano dalle innovazioni derivate dal Volksrecht e, accertando una prevalenza delle innovazioni a carattere orientale, aveva sostenuto che Diocleziano rappresentava la fine di una epoca antica e l'inizio di una nuova. Tale impostazione aveva ricevuto l'adesione di De Francisci: P. DE FRANCISCI, *Rec. a R. Taubenschlag, Das römische Privatrecht, BIDR*, 33 (1923) p. 248 ss. Albertario, contro le affermazioni di Taubenschlag sosteneva invece categoricamente la classicità di Diocleziano qualificandolo come 'l'ultimo grande imperatore classico' che 'chiude l'epoca romano-classica': E. ALBERTARIO, *Rec. a R. Taubenschlag*, cit., 566. Il tema è stato poi riaffrontato da Albertario in studi successivi: E. ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano*, in Conferenze XIV centenario Pandette, Milano, 1931, p. 391 ss., ora in *Studi di diritto romano*, 5 (1973), p. 205 ss.; IDEM, "La romanità di Diocleziano", *Studi di diritto romano*, 5 (1937), p. 196 ss. In tali studi l'autore ha sostenuto l'esistenza di un divario fra Diocleziano e Costantino emergente in massima parte dalla pratica dei rescritti e riguardante principalmente il diritto privato, E. ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano*, cit., p. 208, ed ha affermato con decisione la romanità di Diocleziano considerando interpolati quei rescritti contenenti innovazioni rispetto alla tradizioni giuridica: E. ALBERTARIO, *La romanità*, cit., p. 197 ss. L'impostazione di Albertario ha largamente influenzato la successiva dottrina, che si è mostrata pressoché concorde nell'attribuire a Diocleziano la qualifica di ultimo rappresentante della romanità. Cfr. F. SCHULZ, *Prinzipien des römischen Recht*, München Leipzig, 1934, p. 91 ss.; tr. it. 1949, p. 117 ss. Anche Taubenschlag si sarebbe in parte uniformato all'impostazione di Albertario, *Der Einfluss der Provinzialrechte auf das römische Privatrecht*, in Atti del Congresso internazionale di diritto romano, Roma 1933, Bd. 1, p. 281 ss., 305 ss. (Opera minora 1, p. 421 ss.). Per alcune riserve alla tesi di Albertario v. per es. M. SARGENTI, *Il diritto privato nella legislazione di Costantino. Persone e famiglia*, Milano, 1938, poi in *AARC*, I Conv., 1975, p. 229 ss., ora in *Studi sul diritto del Tardo Impero*, Padova, 1986, p. 1 ss.; C.A. MASCHI, "'Humanitas' come motivo giuridico. Con un esempio: nel diritto dotale romano", *Annali Triestini*, 18 (1948), ora in *Scritti in memoria di L. Cosattini*, Trieste, 1948, p. 263 ss.; v. anche G. CERVENCA, in *Lineamenti di storia del diritto romano*, cit., p. 610, in parte polemico con la tradizione che assegna a Diocleziano il ruolo di conservatore e di ultimo difensore del mondo classico. La tesi del classicismo di Diocleziano, divenuta dominante, è stata ampiamente descritta e

Secondo Wieacker tale fenomeno costituirebbe un paradosso. Diocleziano avrebbe infatti in parte compiuto quella trasformazione del Principato in un assetto monarchico che, attraverso l'opera successiva di Costantino, avrebbe dovuto decisamente eliminare l'ordine giuridico classico; in parte però avrebbe continuato a fare riferimento alla tradizione romana in un ideale conservatore di restaurazione di uno stato romano (e pagano), opponendosi all'ellenismo e all'orientalismo di cui avrebbe accettato solo gli aspetti esteriori (cerimonie e fasti).

Questo atteggiamento classicista contrasterebbe con l'ipotesi di una interruzione subitanea della giurisprudenza classica, interruzione collocabile, nell'opinione comune, alle notizie relative al 240, anno a cui risalirebbero le ultime informazioni riguardanti Modestino.

Nell'opinione di Wieacker invece, di fronte alle rare modificazioni sostanziali dei testi e di fronte a quelle figure da lui considerate rappresentative del *ius* della fine del III secolo, come ad esempio Ermogeniano e l'autore delle *Pauli Sententiae*, questa ipotetica data, l'anno 240, non avrebbe rappresentato una frattura nel percorso degli avvenimenti⁵⁹. Al contrario, la cancelleria imperiale si sarebbe ancora attenuta all'ordine giuridico severiano. La continuazione della tradizione si sarebbe espressa soprattutto attraverso la pratica dei rescritti, che spesso si riferivano espressamente alle costituzioni dell'epoca degli Antonini e dei Severi⁶⁰.

Il sintomo comunque più rilevante della presunta crisi del periodo post-severiano sarebbe rappresentato dall'interruzione della pubblicazione di scritti giuridici.

Se già con Costantino si sarebbero mostrati i primi sintomi di una autorità letteraria assoluta⁶¹, la generale canonizzazione degli scritti giurisprudenziali

analizzata da Amelotti: M. AMELOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano, 1960. Su questo tema cfr. anche N. PALAZZOLO, "Crisi istituzionale e sistema delle fonti dai Severi a Costantino", in *Società romana e impero Tardoantico*, I, *Istituzioni, ceti e economie*, Roma-Bari, 1986, p. 64 e s. Per un resoconto dettagliato della discussione storiografica concentrata tra la fine degli anni Settanta e la fine degli anni Novanta del secolo scorso cfr. J. MARTIN, "Le ricerche sul tardoantico", in *Diritto romano attuale*, cit., p. 27 ss., da cui emerge una rivalutazione della "politica di restaurazione" di Diocleziano, classicista in singoli fenomeni, ma innovativo nel sistema politico-costituzionale nel suo complesso. Cfr. anche la recente visuale di L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 125: «Diocleziano ci appare, nello stesso tempo, restauratore e innovatore».

⁵⁹ – F. WIEACKER, "Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère", cit., p. 205.

⁶⁰ – F. WIEACKER, *op. cit.*, loc. cit.

⁶¹ – F. WIEACKER, *Vom römischen Recht*, loc. cit., '...einer absoluten literarischen Autorität'.

ziali classici si sarebbe trasformata in una autorità di tipo sovraperpersonale solo in età successiva. Gli scritti giuridici antichi non avrebbero più avuto un valore di tipo personale, legato al nome dell'autore, ma canonico. Dunque scritti canonizzati sono quelli, che attraverso più o meno ampi processi evolutivi, raggiungerebbero forme e caratteristiche tali da essere considerati stabili e costanti nell'ambito di uso cui sono destinati.

La cessazione della pubblicazione di opere con il nome dell'autore andrebbe spiegata, secondo Wieacker, tenendo presente come, probabilmente, il giurista di età tardo imperiale non avrebbe pubblicato scritti sotto il proprio nome, dal momento che avrebbe ritenuto sufficiente il suo lavoro e la sua influenza nell'ambito dell'attività di emanazione dei rescritti nella cancelleria imperiale per l'applicazione e la continuazione del *'ius'*⁶².

La tesi di Wieacker si distingue dalle altre interpretazioni del significato e del valore della categoria canonizzazione, trovando una spiegazione al fenomeno della scomparsa di una attività giurisprudenziale autonoma e creativa nella tarda antichità; tuttavia si conforma alla tradizionale visuale che ripartisce le fonti tarde in due masse distinte e chiuse: gli *iura* e le *leges*. Anzi, sembra proprio giustificare la creazione della categoria *'ius'*, che sarebbe avvenuta, secondo questa impostazione del problema, in conseguenza del nuovo e diverso atteggiarsi della riflessione scientifica nella tarda antichità⁶³.

Ma se la tralatizia bipartizione delle fonti tende a mettere in evidenza il rapporto tra un diritto nuovo fondato sull'espressa volontà imperiale e una cultura giuridica in decadenza, allora la canonizzazione, che ne costituirebbe il presupposto, acquisterebbe una connotazione negativa, non voluta, però, da Wieacker.

Nelle opere successive egli riprende il tema della canonizzazione, anche se esso appare meno centrale rispetto alla collocazione ricevuta nei lavori precedenti.

Nelle *Textstufen* Wieacker sottolinea in particolare come il passaggio dal *volumen* al *codex* avesse determinato un cambiamento nella tradizione testuale delle opere giurisprudenziali e portato quindi alla loro canonizzazione⁶⁴.

Nel secondo volume della sua *Römische Rechtsgeschichte*, egli ritorna sulla canonizzazione dei testi giurisprudenziali in tema di inaridimento della let-

⁶² – F. WIEACKER, "Le droit romain de la mort d'Alexandre Sévère", cit., p. 207.

⁶³ – Sul tema specifico del binomio mi sia consentito rinviare a P. BIANCHI, *Iura-leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano, 2007.

⁶⁴ – F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen, 1969, p. 93 s.

teratura giuridica della tarda antichità⁶⁵. Alla canonizzazione, e cioè all'autorità degli scritti giurisprudenziali ("Kanon des Klassischer") legata ai nomi degli antichi, dei *iuris conditores*, è attribuita il merito di aver contribuito alla vitalità del diritto romano fino ai nostri giorni⁶⁶. Dal punto di vista storico essa invece è collegata alla legge delle citazioni, che stabiliva canoni di cui avvalersi, attraverso la determinazione di regole, nella pratica forense⁶⁷.

6. Distinzione tra Oriente e Occidente

Il fenomeno della canonizzazione individuato da Wieacker si svolgerebbe, secondo un'interpretazione diretta in particolare a valorizzare gli elementi 'attivi' della tarda antichità⁶⁸, secondo direzioni diverse nelle due parti dell'Impero, assumendo significati differenti.

In Occidente la creazione di un canone, accanto alla contemporanea distruzione della tradizione culturale antica e delle possibilità elaborative di una giurisprudenza specialistica, porterebbe al consolidamento di una prassi in base alla quale il giudice era vincolato alla maggioranza delle opinioni giurisprudenziali. In Oriente invece le conseguenze della canonizzazione verrebbero compensate dal sopravvivere della tradizione giuridica antica nelle scuole.

Questa dottrina si è proposta di dimostrare come nella parte orientale dell'impero l'attività giuridica avesse mantenuto un ruolo ancora creativo, a livello di produzione normativa, autonomo e indipendente dalla legislazione imperiale. L'ipotesi è stata elaborata sulla base di un'indagine di tipo statistico relativa alla produzione normativa dell'Occidente e dell'Oriente, portando a rilevare come la produzione legislativa fosse maggiore nella parte occidentale dell'Impero, e come invece in Oriente predominasse l'attività normativa di tipo giurisprudenziale. La maggioranza quantitativa della legislazione occidentale sarebbe dovuta ad una precisa ideologia politica imperiale dell'epoca tardo romana⁶⁹.

⁶⁵ – F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, II, *Die Jurisprudenz vom frühen Prinzipat bis zum Ausgang der Antike. Ein Fragment aus dem Nachlass von FW.*, hrsg. V.J.G. WOLF, München, 2006, p. 120 ss. e in part. p. 156 ss.

⁶⁶ – F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 156.

⁶⁷ – F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, cit., p. 203, 230 s.

⁶⁸ – S.-A. FUSCO, "Rechtspolitik in der Spätantike: Unterschiede zwischen dem Westen und dem Osten und ihre Bedingungen", *Saeculum*, 32 (1981), p. 255 ss.

⁶⁹ – L'importanza di un'indagine relativistica dell'esperienza tardoantica, che abbia particolare riguardo alle differenze territoriali e quindi alla necessaria distinzione tra Oriente e Occidente, è sostenuta anche da M. TALAMANCA, "L'esperienza giuridica romana nel Tardo Antico fra volgarismo e classicismo", cit., p. 43; v. anche A. NICOLETTI, *Sulla politica legislativa di Gordiano III*, cit., p. 35 ss. Già Wieacker, *Vom Römischen Recht*,

Innovativa rispetto alle opinioni dottrinali consolidate, secondo le quali non si può scorgere nessuna vitalità nell'attività giurisprudenziale della tarda antichità, ormai solo impegnata a raccogliere, principalmente a scopi didattici e comunque sotto il costante controllo autoritativo imperiale, la precedente produzione letteraria, questa ipotesi rivela tuttavia un giudizio negativo sul fenomeno della canonizzazione, ravvisando in esso una perdita di scientificità nel senso di produttività normativa.

7. La canonizzazione dei corpora giurisprudenziali

Nell'opinione comune la c.d. legge delle citazioni ha "una pessima fama"⁷⁰: con la statuizione dell'uso nei tribunali dei soli testi giurisprudenziali in redazioni paragonabili a cataloghi, simboleggerebbe il culmine della "sclerotizzazione" delle opinioni giurisprudenziali⁷¹.

Essa in effetti denuncia un modo di atteggiarsi della volontà imperiale inquadrabile nell'ambito del processo di canonizzazione descritto da Wieacker, e, quindi, inquadrabile nel processo volto a delimitare qualsiasi attività giurisprudenziale autonoma e qualsiasi deviazione dai precetti normativi "ufficiali". Nel processo di cristallizzazione delle opere di alcuni giuristi classici si può intravedere l'intento del governo centrale di impedire che pareri giurisprudenziali circolanti nella prassi del IV e V secolo si esprimessero produttivamente in un comune processo di formazione del diritto. Non va infatti dimenticata la produzione anonima o pseudonima di tale periodo e i conseguenti divieti legislativi alle *notae* di Paolo e Ulpiano al *corpus* papiniano, presenti nella stessa legge, *CTh.* 1.4.3 (*Notas etiam Pauli atque Ulpiani in Papianiani corpus factas, sicut dudum statutum est*⁷², *praecipimus infirmari*), il cui scopo

cit., si era posto il problema di come si configurasse la differenza tra la 'Rechtswissenschaft' orientale e quella occidentale. Cfr. poi J. MARTIN, *Spätantike und Völkerwanderung*, München, 1995³, p. 108, il quale ravvisa nella maggiore produzione della legislazione imperiale dell'Occidente una delle risposte ai problemi giuridici della tarda antichità che consentirebbe di distinguere l'Ovest dall'altra parte dell'impero. In Oriente l'attività predominante sarebbe stata costituita dai tentativi di raccolta del diritto imperiale.

⁷⁰ – Espressione di F. DE MARINI AVONZO, *La Politica*, cit., p. 100, su cui cfr. ora L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., p. 337 ss.

⁷¹ – Cfr., ad es., M. TALAMANCA, *Il "Corpus iuris" giustiniano fra il diritto romano e il diritto vigente*, in *Studi in onore di M. Mazziotti di Celso*, II, 1995, p. 771 ss, p. 789 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *La politica*, cit., p. 100.

⁷² – Cfr. *CTh.* 9.43.1 (321) e 1.4.1 (321?) su cui cfr., ad es., B. SANTALUCIA, "Le note pauline ed ulpiane alle 'quaestiones' ed ai 'responsa' di Papiniano", *BIDR*, LXVIII

era distruggere le *perpetuas prudentium contentiones* (così si era espresso Costantino in *CTh.* 1.4.1) e cioè abolire la sopravvivenza di un *ius controversum*⁷³. Perché l'esistenza di una produzione anonima rivela che un'attività interpretativa non era cessata, bensì solo circoscritta e forse l'anonimato era funzionale alle esigenze di quel periodo, proiettata più ai contenuti che ai riferimenti individuali⁷⁴. Va anche ricordata la produzione letteraria tramandataci da fonti papiracee, messa talvolta in secondo piano dalla dottrina moderna, rispetto a quella (ben più ampia) pervenutaci attraverso codici o raccolte di passi, che testimonia come nell'Egitto del IV o V secolo d. C. fossero circolanti testi in cui si richiama pareri dei più grandi giuristi classici (soprattutto quelli della legge delle citazioni) o pareri anonimi⁷⁵.

La necessità di eliminare il cd. *ius controversum* e la prassi della lectio dei testi nei tribunali, la conseguente esigenza della autenticità delle fonti recitate in giudizio, e la certezza del diritto da applicare contro la *confusio* e *obscuritas iuris* denunciata esplicitamente dalle fonti⁷⁶, rendono, a mio giudizio, inevitabile un fenomeno come quello della canonizzazione che, quindi, rappresenta, nella sua realizzazione, diritto stabile, certo, autentico⁷⁷.

(1965), p. 49 ss.; A. GUARESCHI, "Le note di Marciano ai 'De adulteris libri duo' di Papiniano", *Index*, XXI (1993), p. 453 ss.

⁷³ – Cfr. A. MANTELLO, *Lezioni di diritto romano*, I, *Parte generale*, Torino, 1998, p. 195, secondo il quale l'esistenza, nella tarda antichità, di cultura giuridica proiettata a "metabolizzare" l'opera della giurisprudenza precedente, non impediva il "controllo dall'alto" dell'"interpretazione" dei precetti normativi anteriori.

⁷⁴ – Cfr. il riferimento all'anonimato delle scuole medievali in P. MARI, "Prime postille all'armario del filologo", *AARC XV Conv. Intern. in onore di C. Castello*, Napoli, 2005, p. 83 ss., 84 e nt. 2; cfr. anche P. MARI, *L'armario del filologo*, cit., p. 59 ss.

⁷⁵ – Cfr. L. MIGLIARDI ZINGALE, "Libri di dottrina romana e fonti papirologiche: riflessioni in margine ad alcune recenti acquisizioni", *AARC XV Conv. Intern. in onore di Carlo Castello*, Napoli 2005, p. 221, spec. 225 ss.; F. D'IPPOLITO - F. NASTI, "Diritto e papiri: nuovi pareri giurisprudenziali da PHaun. III 45", *AARC XV Conv.*, cit., 239 ss.; cfr. anche il recente intervento di Fara Nasti alla tavola rotonda dell'École française de Rome tenuto il 30 giugno 2009: F. NASTI, "Nuovi dati da PHaun. III 45 + CPL 73 A.B. e la codificazione giustiniana", in corso di pubblicazione.

⁷⁶ – Cfr. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici*, cit., spec p. 333 ss.; sulla *confusio* mi permetto di rinviare anche a P. BIANCHI, "*Confusio* e *obscuritas iuris*. Testimonianze dell'esperienza giuridica tardoantica", *Annaeus*, 2 (2005), p. 17 ss.

⁷⁷ – Cfr. V. MAROTTA, *Eclissi del pensiero giuridico*, cit., 11 ss., il quale pur non riferendosi esplicitamente alla "canonizzazione", isola tuttavia i problemi del *ius controversum* e della *recitatio* dei testi: cfr., in part., *ibidem*, 13: «è questa crescente difficoltà nel dominare i *iura controversa* che, nel corso del III secolo, favorisce il diffondersi di opere volte appunto a isolare le opinioni intorno alle quali si era formato unanime consenso».

Una particolare attenzione al fenomeno della canonizzazione connesso con la legge delle citazioni si riscontra in uno studio di Barone-Adesi specificamente dedicato ai corpora tardoimperiali e alla loro incidenza sulla disciplina dell'esperibilità delle fonti secondo tale disposizione imperiale⁷⁸.

Secondo lo studioso la legge delle citazioni "canonizza"⁷⁹ solennemente tutte le opere di cinque giuristi, cioè ratifica, conferma, autorizza la loro applicazione nei tribunali, stabilendo precisi criteri a cui ogni giudice deve attenersi nel "recepire come ius generale le opinioni escerpibili dai corpora" tentando di risolvere in special modo il problema dell'affidabilità e autenticità testuale⁸⁰.

Tale legge, finalizzata soprattutto alla risoluzione di problemi pratici, come la mancanza di personale tecnico e specializzato⁸¹, o il tentativo di arginare la *confusio* normativa, rappresenterebbe il culmine della canonizzazione testuale.

Conclusioni

La categoria storiografica "canonizzazione", diversamente impiegata dalla letteratura secondo gli intenti e le valutazioni della tarda antichità, conduce lo studioso, a mio avviso, essenzialmente a due orientamenti:

a – ad una posizione in linea con la tradizionale visuale del periodo tardo romano, stemperata tuttavia delle immagini pessimistiche e decadenti di tale periodo, ormai senza dubbio sorpassate, come, ad es. quella di Schulz che individuava in essa un fenomeno di progressiva chiusura del raggio di azione dell'attività creativa giurisprudenziale;

⁷⁸ – G. BARONE-ADESI, *Ricerche sui corpora normativi dell'impero romano*. Vol. 1. *I corpora degli iura tardoimperiali*, Torino, 1998. Dello stesso autore cfr. anche "Tradizione dei "corpora" giurisprudenziali e codificazione teodosiana", in *La codificazione del diritto dall'antico al moderno*, Napoli, 1998, p. 285 ss. Sui corpora già P. PESCANI, "Il piano del Digesto e la sua attuazione", *BIDR* S. III 16, 77, p. 221 ss., spec. p. 276 ss.

⁷⁹ – In linea con una visuale comune, cfr., ad es., G. FRANCIOSI, *Manuale di Storia del diritto romano*, Napoli, 2005³, p. 283. L. CAPOGROSSI-COLOGNESI, *Diritto e potere nella storia di Roma*, Napoli, 2007, p. 357, nella descrizione dell'opera di "formalizzazione" e "cristallizzazione" di pochi giuristi tardoclassici attuata nelle raccolte di opere giurisprudenziali, in riferimento alla "legge delle citazioni" scrive di cinque giureconsulti "ufficializzati" da Valentiano.

⁸⁰ – G. BARONE-ADESI, *Ricerche sui corpora normativi dell'impero romano*, cit., p. 26.

⁸¹ – S.-A. FUSCO, *Rechtspolitik in der Spätantike*, cit., p. 263 ss. Cfr. anche M. TALAMANCA, "Il "Corpus iuris" di Giustiniano fra il diritto romano e i diritto vigente", cit., p. 785: «la meccanica operatività della legge delle citazioni rileva quanto in basso fosse caduta la stima del governo centrale per l'imparzialità del giudice, per la sua capacità di scegliere la *sententia* comunque più confacente al singolo caso concreto».

b – ad una valutazione meno negativa, volta a valorizzare indizi che denoterebbero un'attività giurisprudenziale ancora viva anche se solo sotto il profilo della letteratura anonima e di commenti ad opere note e circolanti nella prassi.

Secondo la prima interpretazione la categoria canonizzazione si può affiancare alla categoria “iura”, di usuale impiego tralatizio in una parte della dottrina anche attuale per indicare una delle due masse delle fonti normative della tarda antichità (costituzioni e opere dei giuristi). Anzi, tale categoria sembra proprio giustificare, legittimandone il presunto fondamento storico, l'uso di “iura” per individuare i “canoni” della giurisprudenza classica circolanti nei tribunali.

Nel secondo profilo, invece, la canonizzazione si distingue come categoria moderna di uso strumentale, indirizzata e limitata a cogliere il senso dell'atteggiarsi della riflessione scientifica nella tarda antichità (anche se, come abbiamo visto, nella teoria di Wieacker tale categoria porta comunque l'autore all'elaborazione della categoria “iura”) vista come specchio dell'auspicata certezza del diritto.

Sotto questo secondo profilo, a mio giudizio, essa trova una corretta collocazione nell'ambito degli schemi convenzionali d'impiego nello studio storico della tarda antichità e, come tale, può essere ancora utile strumento di comprensione di uno dei meccanismi dei rapporti intercorrenti tra i tessuti precettivi di quell'epoca.

*Gli Scritti in memoria di Francesco Castro sono stati realizzati
grazie al coordinamento e all'organizzazione di*

Istituto per l'Oriente
"C.A. Nallino"



Centro Interdisciplinare
di Studi sul Mondo Islamico
"Francesco Castro"

in collaborazione con



*e con il contributo e l'affetto
di colleghi, amici e allievi*

الكتاب والميزان
Il Libro e la Bilancia
*
ESI

2 TOMI INDIVISIBILI

Questo volume, sprovvisto del taloncino a fronte, è da considerarsi copia saggio gratuito esente da IVA (art. 2, c. 3, lett. d, DPR 633/1972)

€ 150,00

