

RAVENNA CAPITALE

GIUDIZI, GIUDICI E NORME PROCESSUALI
IN OCCIDENTE NEI SECOLI IV-VIII

VOLUME I - SAGGI

Indice

Presentazione di <i>Gisella Bassanelli Sommariva</i>	pag.	7
Ottenere giustizia. Linee dell'organizzazione giudiziaria diocleziana di <i>Salvatore Puliatti</i>	»	11
<i>Pagi</i>, governatori e giudici nell'Occidente di Roma: un esempio dall'epoca classica di <i>Chiara Buzzacchi</i>	»	49
<i>Non est inter vos sapiens quisquam, qui possit iudicare inter fratrem suum?</i> Processo e giustizia nel primo cristianesimo dalle origini al vescovo Ambrogio di <i>Luca Loschiavo</i>	»	67
L'<i>intercessio</i> dei vescovi nel processo romano (IV-V sec.) di <i>Valerio Neri</i>	»	107
Per la storia della funzione giudiziaria e dei suoi fonda- menti nel <i>Liber iudiciorum</i> di <i>Victor Crescenzi</i>	»	121
L'esercito romano nella <i>Hispania</i> del Basso Impero di <i>María José Bravo Bosch</i>	»	185
Les jugements des soldats et les premières lois dites barbares (V^e siècle) di <i>Soazick Kerneis</i>	»	211
<i>Ante litis ingressum</i> di <i>Marco P. Pavese</i>	»	225

<i>Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico</i> di <i>Andrea Lovato</i>	» 239
Il prefetto del pretorio Flavio Magno Aurelio Cassiodoro e la sua "squadra": il <i>praerogativarius qui secreti munus iudicialis accepit</i> di <i>Anna Maria Giomaro</i>	» 255
Il processo di Arvando. Il racconto di Sidonio Apollinare di <i>Stefania Pietrini</i>	» 301
<i>Ius barbaricum modo romano vestitum?</i> di <i>Boudewjin Sirks</i>	» 323
Comites goti e prudentes romani nei giudizi di equità: crocevia processuali e risvolti politici di <i>Salvo Randazzo</i>	» 337

Comites goti e prudentes* romani nei giudizi di equità: crocevia processuali e risvolti politici

Salvo Randazzo
(Università LUM "Jean Monnet")

La mia breve riflessione ruoterà essenzialmente attorno alle *Variae* di Cassiodoro. Ho ripreso alcuni riferimenti specifici di quest'opera, che considererò tuttavia nella sua significatività generale, salvo a fermarmi con maggiore attenzione sulle informazioni che riguardano l'oggetto specifico di questa indagine. E questo sia per una scelta discorsiva, legata alla felice occasione di questo, oramai consueto, convegno ravennate¹, sia perché ogni possibile ricerca *en romaniste* sul materiale cassiodoreo è sempre produttiva di riferimenti minuti, ma che aprono prospettive d'insieme, in termini tanto stimolanti quanto complessi, per il giurista che guardi storicamente al divenire del diritto.

E per questo vorrei muovere da una riflessione di Antonio Guarino, il caro Maestro napoletano che, centenario, ci ha lasciati il 4 ottobre scorso. Lo faccio, in primo luogo, per ricordarlo (certo come sono che non gli sarebbe sgradito essere ricordato in un luogo di studi) e poi perché nelle sue parole si annidano problemi irrisolti della romanistica, specie di quella romanistica che, coltivando in prevalenza studi privatistici, considera con interesse – ma talvolta con un coinvolgimento più dichiarato che concretamente partecipe², nella

* Per Michael Peachin.

¹ Riproduco il testo, sostanzialmente invariato, salvo l'inserimento di alcune note, della mia relazione al Convegno "Ravenna Capitale" del 2014 i cui contributi sono qui pubblicati, mantenendone volutamente il taglio colloquiale.

² Questa circostanza non è casuale ed ha forse una sua giustificazione in un nodo formativo (tanto evidente quanto spesso ignorato) su cui dovremmo riflettere maggiormente. Un romanista si forma (nella quasi totalità dei casi) in una Facoltà (oggi in un Dipartimento) di Giurisprudenza. Nessuna disciplina impartita in quel

ricostruzione di istituti e nelle contestualizzazioni giuridiche – i grandi percorsi della storia, della politica e, più in generale, della cultura antica. Scrive Guarino: “Cassiodoro va letto e riletto dai romanisti quanto Paolo e Ulpiano, se non addirittura di più. Ed è questo il motivo per cui la romanistica futura, e particolarmente quella che dedica i suoi interessi al *ius privatum*, dovrà riparare al torto fatto finora a Cassiodoro, se vorrà consolidare le sue conoscenze del diritto romano privato postclassico occidentale”³.

Teniamo da canto questa notazione di Guarino, del 1983, tentando di farci carico del monito, rivolto a quella “romanistica futura”, di cui oggi, mentre celebriamo questo Convegno, siamo parte, e proponendoci di verificarne l’attualità al termine di questa riflessione.

Guarino si riferisce ai giusprivatisti. Ora, sappiamo bene come non ci sia romanista giusprivatista che possa studiare il diritto privato romano senza fare riferimento al processo. Il sistema processuale romano (ed uso consapevolmente una visione in qualche modo massimizzante, pur essendo questa breve riflessione tendenzialmente volta al superamento di alcune massimizzazioni⁴), è certamente fucina di diritto.

corso di laurea comprende studi di storia antica o di lettere classiche; anche gli insegnamenti romanistici maggiormente connotati in tal senso tendono a diminuire, se non a scomparire. Così chi aspiri a coltivare interessi romanistici deve, ottenuta la laurea e avviatosi alla ricerca, ampliare la sua formazione in tali ambiti. Questo impegno autodidattico, per quanto appassionato e costante, difficilmente potrà sopperire del tutto ad una oggettiva carenza di fondo che, fatalmente, rimane, se non nelle conoscenze, nella sensibilità d’insieme dello studioso, che può essere inevitabilmente portato ad una visione centrale e, talvolta, autoreferenziale del diritto, con possibili e intuitivi effetti di irrigidimento anche sulla riflessione scientifica. Questo complesso e delicato equilibrio cui, in certa misura, soccorreva in passato una salda formazione umanistica derivante da severi studi pre-universitari, appare oggi vieppiù compromesso dalla progressiva marginalizzazione della cultura classica nei percorsi scolastici, con effetti “a cascata” anche nel nostro ambito di studi.

³ Note su Cassiodoro e il ‘*ius privatum*’, in *Flavio Magno Aurelio Cassiodoro. Atti della settimana di studi. Cosenza-Squillace 19-24 settembre 1983* (a cura di S. LEANZA), Soveria Mannelli, 1986, 207.

⁴ Utilizzo un’espressione più frequente nel linguaggio economico, in cui viene adoperata per indicare l’obbiettivo di realizzare risultati, ad es. profitti, nel massimo grado possibile. La adotto qui per indicare la tendenza – cui reagisco – a considerare elementi di valutazione di istituti come spunti per giustificare talune ricostruzioni in termini di certezze assiomatiche.

Il processo romano non è soltanto il luogo della verifica applicativa delle regole, ma è anche, direi soprattutto, il luogo della produzione delle regole, frutto dell'irripetibile punto di intersecazione, come in un sistema di assi cartesiane, fra i fatti e le norme. Una prospettiva per altro naturale nel processo, che rimane, in certa misura, tale anche quando, come oggi avviene (o meglio, come si pensa oggi avvenga), il giudice sembrerebbe destinato ad un ruolo meramente "ragionieristico" delle regole. Relegato a tale ruolo innaturale (innaturale culturalmente ed innaturale tecnicamente) dalle estreme conseguenze di una prospettiva forzante e falsante (e mi limito ad una notazione tecnica, perché quella politico-filosofica, seppure seducente, esulerebbe dai margini di questa sede e delle mie competenze). Una prospettiva che continua ad applicare al giudice il polveroso e ingombrante *cliché* di colui il quale «être inanimé» fungerebbe soltanto da «*bouche de la loi*», per riprendere le note espressioni coniate nel 1748, sulla scia del ciceroniano *magistratus lex loquens*⁵, da Montesquieu⁶, cui il non-ruolo del giudice dovette apparire così tanto caratterizzante, da diventare elemento cardine della sua reazione al *milieu* politico e culturale del suo tempo, reazione tanto destabilizzante, quella dell'*Esprit des lois*, dall'attirare ben presto l'attenzione del Sant'Uffizio sull'opera e ottenere l'inevitabile e puntuale gogna della messa all'indice⁷.

E già nel pensiero di Montesquieu, nonostante venga rappresentato costantemente in termini di "tripartizione" dei poteri

⁵ Cic. *leg.* III.1.2: *Videtur igitur magistratus hanc esse vim ut praesit praescribatque recta et utilia et coniuncta cum legibus. Ut enim magistratibus leges, ita populo praesunt magistratus, vereque dici potest, magistratum esse legem loquentem, legem autem mutum magistratum.*

⁶ *De l'Esprit des lois*, 1748, opera pubblicata in forma anonima e poi ripresa esplicitamente, nel 1750, nella *Défense de l'Esprit de lois*, libro XI, cap. VI: "Les juges de la nation ne sont que la bouche qui prononce les paroles de la loi, des êtres inanimés, qui n'en peuvent modérer la force ni la riguer". Gli studi sull'opera sono molteplici; mi limito a segnalare, per un recente sguardo d'insieme, AA. VV., *Leggere 'Lo spirito delle leggi' di Montesquieu* (a cura di D. FELICE), 2 voll., Milano, 2010. Sempre per le cure di Domenico Felice è disponibile anche una recentissima ed accurata traduzione delle opere del filosofo francese: *Montesquieu. Tutte le Opere (1721-1754)*, Milano, 2014.

⁷ Ed infatti nel 1751, appena tre anni dopo l'apparizione in forma anonima dello scritto e immediatamente dopo la sua *défense* del 1750, sulla scia del parere negativo della Sorbona, l'opera, aspramente criticata da gesuiti e giansenisti viene prontamente inserita nell'*Index Librorum Prohibitorum* dal Sant'Uffizio.

dello stato, il giudice, questo “suo” giudice, sostanzialmente scompare: “Il potere legislativo” – sostiene Montesquieu – “verrà affidato e al corpo dei nobili e al corpo che sarà scelto per rappresentare il popolo, ciascuno dei quali avrà le proprie assemblee e le proprie deliberazioni a parte, e vedute e interessi distinti. Dei tre poteri di cui abbiamo parlato, quello giudiziario è in qualche senso nullo. Non ne restano che due...”.

Da questa prospettiva, che è forse la più schematizzante dell’opera, per altri versi abbagliante, del filosofo e giurista francese, scaturisce un fraintendimento che intravediamo ancora oggi e con le cui conseguenze, in termini di consapevole o inconsapevole accoglimento, dobbiamo confrontarci anche nella nostra, più circoscritta, prospettiva storica.

2. Fatte queste premesse, possiamo occuparci di Cassiodoro⁸ e del riferimento, nelle sue *Variae*⁹, all’equità. Iniziando dalla prima de-massimizzazione.

⁸ Per una sintesi della letteratura su Cassiodoro e le *Variae*, in una prospettiva prevalentemente romanistica, rinvio ad A. BELLODI ANSALONI, *Per l’individuazione delle Romanae constitutiones nelle Variae, di Cassiodoro: lettura di Var. VII.41*, in *Diritto@Storia*, 8, 2009, nt. 1: <http://www.dirittoestoria.it/8/Tradizione-Romana/Bellodi-Ansaloni-Romanae-constitutiones-Variae-Cassiodoro-Var-VII-41.htm>.

⁹ Per un primo percorso bibliografico di ambito generale sulle *Variae*, di Cassiodoro cf. T. HODGKIN, *The letters of Cassiodorus*, London, 1886; F. ZIMMERMAN, *The later latin vocabulary of the Variae, of Cassiodorus*, Washington, 1944; A. MOMIGLIANO, *Cassiodorus and Italian culture of his time*, in *Secondo Contributo alla Storia degli Studi Classici*, Roma, 1960, 191 ss.; A. FRIDH, *Contributions à la critique et à l’interprétation des Variae, de Cassiodore*, Göteborg, 1968; R. MOROSI, *L’attività del praefectus praetorio nel regno ostrogoto attraverso le Variae, di Cassiodoro*, in *Humanitas*, 27-28, 1975-1976, 71 ss.; V.A. SIRAGO, *I Goti nelle Variae, di Cassiodoro*, in *Flavio Magno Aurelio Cassiodoro cit.*, 179 ss.; L. VISCIDO, *Studi sulle Variae, di Cassiodoro*, Soveria Mannelli, 1987; F. DE MARINI AVONZO, *I vescovi nelle Variae di Cassiodoro*, in *AARC*, vol. VIII, Napoli, 1990, 249 ss.; A. GIARDINA, *Cassiodoro politico e il progetto delle Variae*, in *Teoderico il Grande e i Goti d’Italia. Atti del 13° Congresso internazionale di studi sull’alto Medioevo (Milano, 2-6 novembre 1992)*, Milano, Fondazione CISAM, 1993, 45 ss.; L. TARTAGLIA, *Elementi di ideologia politica nelle Variae, di Cassiodoro*, in *Filologia antica e moderna*, 5-6, 1994), 59 ss.; A. GIARDINA, *Cassiodoro politico*, Roma, 2006; M. SHANE BJORNLIIE, *Politics and tradition between Rome, Ravenna, and Constantinople. A study of Cassiodorus and the Variae*, New York, 2013, 527 ss.

Non c'è "il" diritto romano e non c'è "il" processo romano. Ci sono percorsi del diritto privato e percorsi del diritto processuale romano, che talvolta seguono un'evoluzione costante ma che, il più delle volte, sono il frutto di fratture storiche e di mutate prospettive. Questa constatazione, che mi offre ancora una volta la possibilità –ed ancora in questa sede –di guardare in termini di continuità/discontinuità a temi tardoantichi¹⁰, assume rilievo speciale se ci spingiamo a considerare forme processuali e sistemi giuridici in questa fase dell'esperienza romana.

Cassiodoro è forse il più autorevole ed il più originale fra quei dotti che, per essere vissuti in un'epoca di transizioni epocali, hanno la sensibile consapevolezza di interpretare lo snodo fra Oriente ed Occidente, uno snodo avvertito come politico nel VI secolo, soprattutto nei termini di un passaggio culturale. Che Cassiodoro e il suo tempo guardino alla continuità con Roma come modello irrinunciabile e che si consideri il diritto romano applicabile, come vedremo, alle controversie fra Goti e Romani, lasciando invece al diritto di questi ultimi la disciplina dei loro rapporti reciproci, non è tuttavia un aspetto a cui dare connotazione di novità o di originalità.

Il modello romano è esattamente questo. I romani hanno sempre avuto, almeno tendenzialmente questo approccio. Un approccio volto a limitare l'uso del loro diritto alle controversie fra romani ed a quelle fra romani e *peregrini*. Roma non impone le proprie regole quando ciò non è reso necessario da esigenze politiche o militari di governo del territorio conquistato (e tutto l'impero è territorio conquistato). Dunque nessuna invenzione politica nella testimonianza del senatore e prefetto del pretorio Cassiodoro, ma solo una riaffermazione di continuità con il modello cittadini/*peregrini* che, nonostante la "normalizzazione" di Caracalla del 212, rimane alla base di un rapporto in cui i goti sono comunque visti, in quanto *foederati*, come *peregrini*¹¹.

¹⁰ Cfr. S. RANDAZZO, *Primi appunti sull'evoluzione del decurionato cittadino*, in *Ravenna Capitale. Società, diritto e istituzioni nei papiri ravennati (V-VIII secolo)*, 14-15 maggio 2010 <http://amsacta.unibo.it/2826/>, e le considerazioni di A.J.B. SIRKS, *Some marginal remarks on prof. Randazzo's paper*, *ib.* <http://amsacta.unibo.it/2827/>.

¹¹ Mi sono fermato più volte su questi temi. Mi permetto tuttavia di ricordare, specialmente, *Lo statuto giuridico dello straniero e l'hospitium nel diritto romano arcaico*, in *Lo straniero e l'ospite. Diritto. Società. Cultura* (a cura di R. ASTORRI e F.A. CAPPELLETTI), Torino, 2003, 51 ss. e, più recentemente, *Gli equilibri della cittadinanza*

Non ho bisogno di soffermarmi, perché tutti ne abbiamo contezza, su quanto, nella figura e nell'opera di Cassiodoro, i percorsi giusprivatistici si innervino in una visione politica sottile e per certi aspetti controversa, frutto della sua singolare esperienza umana e culturale¹², di testimone privilegiato di un momento straordinario che, segnando “la divergenza definitiva dei destini delle due parti dell'Impero” può davvero definirsi di “nascita dell'Europa”¹³.

Non saprei dire se si possa ancora parlare di un tentativo di “saldare romanità e barbarie” in Cassiodoro¹⁴ e se dunque vi sia una sorta di strategia culturale che le opere riflettono (gli assiomi o convincono immediatamente o insospettiscono e questo è un caso in cui un assioma è tanto ricorrente da risultare sospetto, ma spero di avere modo di verificare questa impressione, per Cassiodoro come per lo stesso Teoderico, in altro momento); di certo Cassiodoro si muove dentro le istituzioni a livelli altissimi¹⁵ e per lungo tempo. È dunque giocoforza che la sua dimensione culturale si imponga, pervadendola, anche su quella politica, pur essendo altrettanto ovvio come un tale ruolo politico al servizio dei Goti non potesse a sua volta non incidere, come in un sistema di vasi comunicanti, sulla sua elaborazione storica, da cui sarebbe scaturito il resoconto epistolare delle *Variae*, destinate ad assumere la veste, come ricorda, forse con

romana, fra sovranità e impatto sociale, in *Teoria e Storia del Diritto Privato*, online, 2012 = in AA. VV., *Integration in Rome and in the Roman World. Proceedings of the Tenth Workshop of the International Network Impact of Empire* (Lille, June 23-25, 2011) (a cura di G. DE KLEIJN e S. BENOIST), Leiden, 2013, 21 ss.

¹² Va ricordato come le *Variae*, vengano scritte da Cassiodoro, tra il 538 ed il 540, dunque al termine della sua trentennale esperienza politica di vertice e ne rappresentino dunque –almeno dal punto di vista cronologico –un bilancio ed una consapevole ricognizione.

¹³ Così C. MORRISON, *L'impero romano d'oriente*, in *Il mondo bizantino* (ediz. it. a cura di S. RONCHEY e T. BRACCINI), Torino, 2004, 28.

¹⁴ Nell'ambito della tendenza che sembra più diffusa proprio fra i giuristi, nella lettura dei provvedimenti normativi di Teoderico, come giustamente ricorda SIRAGO (*I Goti nelle Variae, di Cassiodoro*, cit., 2 dell'estr.): “c'è una tendenza non del tutto superata, specie nell'area dei giuristi, ad attribuire a Teoderico l'Ostrogoto il programma di fondere le due popolazioni su cui regnava, quella romana e l'altra gotica”.

¹⁵ Cfr. il lavoro monografico di GIARDINA, *Cassiodoro politico*, cit.

una *nuance* di distaccata criticità, Arnaldo Momigliano, di una “informe enciclopedia del sapere tardo antico”¹⁶.

Tuttavia, aggiungo, sfuggirò alla tentazione di indugiare sul problema, per quanto stimolante, che tanto ha affannato storici e, seppur in minor misura, romanisti, circa la “credibilità” di Cassiodoro, che dagli strali di Mommsen¹⁷ in poi ha conosciuto convergenze, ma soprattutto divergenze. Né mi fermerò su problemi forse ipervalutati, come quello della limitazione alla produzione di *edicta* e non di *leges* dei sovrani goti o, ancora, sulla tendenza cassiodorea di richiamare modelli classici, come per l’espressione *res publica*, cui viene data una lettura quasi di strategia culturale ma, considerato il ruolo di chi la utilizza, anche di strategia politica, dovendosi la *res publica* modellare “sulla perfezione del suo principe”¹⁸, schema certamente avvertito nel profondo da Cassiodoro che, coerentemente al suo vissuto ed al suo intento nel confezionare le *Variae*, ne sottolinea una quasi obbligata perfezione¹⁹.

Sulla trasposizione di questo modello ideologico su un piano politico-amministrativo, che mi trova per altro abbastanza scettico, tornerò più avanti per cercare di articolare l’idea che mi sono fatto su alcuni *cliché* applicati, in un senso o nell’altro al dotto Cassiodoro. Come altrettanto capzioso e forse da abbandonare, mi sembra il dibattito sulla tendenza dei giuristi a considerare come certa la

¹⁶ *Sesto contributo alla storia degli studi classici e del mondo antico*, vol. I, Roma 1980, 492. Si noti come Momigliano aggiunga come le *Variae*, siano anche “un documento di primo ordine della sensibilità artistica e tecnologica di questa età” (*ib.*).

¹⁷ L’avversione, politicamente connotata, di Mommsen, primo editore delle *Variae*, è stata ricordata recentemente da GIARDINA (*Cassiodoro politico*, cit., 3 ss.), che rileva, con una valutazione politicamente connotata, come Cassiodoro sia stato presentato dallo storico tedesco con vero disgusto morale, considerato come un vuoto retore, dallo stile vacuo e ampolloso, un bieco opportunist, un anacronistico conservatore dell’ideale romano, e addirittura come vero e proprio emblema etnico dell’indole improvvisatrice degli Italiani. Su taluni profili discutibili del Mommsen “politico” e della sua idea di etnia e razza come elementi caratterizzanti un popolo cfr. S. RANDAZZO, *La penna e la spada. Fustel de Coulanges vs. Mommsen, una pagina dimenticata*, in *Legal Roots*, 4, 2015, in corso di stampa.

¹⁸ F. CARDINI, *Cassiodoro il Grande: Roma, i barbari e il monachesimo*, Milano, 2009, 109.

¹⁹ *Variae*, III,12: *facilius est quippe, si dicere fas est, errare naturam quam dissimilem sui princeps possit formare rem publicam.*

propensione di Teoderico all'unificazione fra Romani e Goti²⁰. A mio avviso questa non è materia che possa troppo occupare i giuristi, posto che i giuristi studiano il diritto e per far ciò cercano, quando vi riescono e con i mezzi di cui dispongono, di avere contezza della società, comunque organizzata, che il diritto disciplina. Ma le letture storico-politiche non sempre si conciliano con la visione "tecnica" e talvolta, quando sembra che ciò avvenga, possono determinarsi risultati imprecisi nella ricostruzione, se non del tutto fuorvianti della regolamentazione giuridica. Il giurista può offrire una valutazione funzionale del dato normativo considerato, ma la sua visione di insieme non può prescindere dall'analisi che lo storico, previamente o successivamente, offre al giurista stesso.

Ma è vero anche l'inverso.

E per queste ragioni mi risultano conseguentemente ostici taluni studi che esaminano istituti privatistici considerati nelle *Variae*, intrecciando riflessioni certo di ampio respiro, di storici non giuristi, con modelli interpretativi giusprivatistici che finiscono talvolta per risultare troppo condizionanti, se non falsanti, della reale portata di norme e istituti. Con l'effetto ulteriore di formulare ipotesi storiche generali non del tutto appaganti e lasciando in definitiva una traccia di indeterminatezza sia nei giuristi che negli storici, a volte visibile nelle loro rispettive ricostruzioni.

E considerare tutto ciò diventa essenziale dal minuto angolo di osservazione in cui, in questa sede, ci poniamo, e cioè quello del processo che, ancor più che in relazione ad istituti di diritto sostanziale, mostra con evidenza gli intrecci delicati fra disciplina del giudizio e temperie politico-culturale.

3. Nelle *Variae* troviamo spesso riferimenti a provvedimenti edittali di Teoderico. Il sovrano vuole riprendere le fila dell'organizzazione della giustizia e della sua amministrazione, intento che sarà coltivato anche da Atalarico, suo successore, che considererà sacrilego chi violerà "*edicta tam nostra quam domini avi nostri*", riferendosi, appunto, a Teoderico²¹.

²⁰ Con l'ulteriore problema dell'identificazione del controverso *Edictum Theoderici*, questione tanto grave e dibattuta in dottrina da non potere essere, in questa sede, presa in esame.

²¹ *Variae*, IX.18.

Questi *edicta* disegnano un quadro processuale abbastanza chiaro.

In campo militare il giudice non è più, come nell'impero, il magistrato giurisdicente: nel regno gotico è un militare di alto grado che giudica nelle liti fra goti ed in quelle fra un romano e un gotico. Le leggi regie (quegli editti difesi da Atalarico) e soprattutto le consuetudini, spesso riaffermate da editti, sono il fondamento esclusivo dei processi che riguardano goti. In questi casi il processo è ispirato a modelli gotici.

Vediamo cosa avviene nelle liti fra goti e romani. Diciamo incidentalmente che l'appartenenza alla prima categoria riguarda anche non romani che non siano goti ma vengano inclusivamente ricompresi in questa categoria perché arruolati nell'esercito gotico. Ebbene, nel caso di una controversia fra un gotico e un romano il *comes* dovrà decidere la controversia (*certamen discingere* dice Cassiodoro) «*aequabili ratione*», ovvero applicando un criterio equitativo.

Guardiamo, intanto, ai protagonisti di questo quadro processuale.

Il *comes* è un funzionario di alto grado cui il sovrano, lo attesta la *Formula*²², attribuisce il potere di dirimere le controversie nelle città. Ma il *comes* è ufficiale dell'esercito gotico, è un militare. Vismara, nel suo saggio sul diritto nel regno dei goti pubblicato in *Studia et Documenta* poco più di vent'anni or sono²³, osserva come in questo contesto il *comes* ci venga descritto come esperto delle leggi gotiche cui viene affiancato, nei casi riguardanti un gotico e un romano, un *prudens* romano, poiché conoscitore delle leggi romane.

La decisione verrebbe dunque assunta dal *comes* sulla base di una sorta di concertazione con il *prudens* romano. Ora, molte cose possono apparire singolari al giurista. La prima è che il comandante militare, per quanto destinato prevalentemente ad amministrare la giustizia, possa discettare di diritto privato²⁴; la seconda è la scelta di

²² Riportiamo per intero il testo della *Formula* in appendice a questo scritto.

²³ G. VISMARA, *Il diritto nel regno dei Goti in Italia*, in *SDHI*, 58, 1992, 9 s. (= in G. VISMARA, *Scritti di storia giuridica*, vol. VIII, Milano, 1996, 19 ss.)

²⁴ È questo infatti il compito prevalente assegnato ai *comites Gothorum per singulas civitates* terzo livello nella struttura burocratica dei *comites* gotici. Come è noto a questa categoria di *comites* gotici si aggiungono almeno altri due livelli precedenti, seppure con una limitata incidenza del rapporto di gerarchia fra di essi. Al più alto grado si collocano i *comites provinciarum*, che operano solo in alcune province, con compiti vari, prevalentemente di polizia, per il mantenimento dell'ordine pubblico. Fanno seguito, per dignità, i *comites civitatum*, posti a capo

prudentes romani: chi sono costoro? Come vengono scelti? Che ruolo hanno? Sono meri consulenti? Di certo sono personaggi differenti da quei *romani cognitores* che il re invia nelle *provinciae* a conoscere, ma nel ruolo di giudici, delle controversie fra romani²⁵.

Dunque il romano subisce, conclude Vismara, il giudizio da parte “di un comandante militare, per di più straniero”²⁶.

Cosa avrebbe allora temperato, normalizzandola tecnicamente, questa situazione, per molti versi singolare, per altri incomprensibile, in cui un *comes* straniero avrebbe dovuto decidere una controversia di concerto con un giureconsulto?

Ora, se la questione doveva essere decisa in punto di diritto (e certamente il comandante militare non poteva avere una competenza idonea²⁷, anche perché qualora l’avesse avuta avrebbe deciso senza alcun apporto esterno)²⁸, se la questione, dicevo, essendo giuridica andava istruita e decisa secondo il diritto, tutto farebbe pensare che il *comes* svolgesse – di fatto – un ruolo prevalentemente notarile e di garanzia, facesse cioè come il presidente di un collegio giudicante, acquisendo, per decidere sulla causa, quanto proposto da un giudice istruttore che funge anche da relatore, assumendo in definitiva la valutazione di quest’ultimo contenuto sostanziale di sentenza.

Questo punto è il nodo dell’equivoco che oppone Vismara ad altra dottrina che egli critica per avere ipotizzato l’esistenza di un collegio di giudici costituito appunto da *comes* e giureconsulto.

delle guarnigioni cittadine, oltre che gravati di funzioni amministrative e giudiziarie ed infine, appunto, i nostri *comites per singulas civitates*. Cfr. sui *comites goti*, L. GATTO, *Figura e funzione del Comes. Momento di raccordo e di convivenza fra Goti e Romani*, in *Società multiculturali nei secoli V - IX: scontri, convivenza, integrazione nel Mediterraneo occidentale. Atti delle VII Giornate di Studio sull’Età Romanobarbarica (Benevento, 31 maggio-2 giugno 1999)*, Napoli, 2001, 127 ss. e K. TABATA, *I comites gothorum e l’amministrazione municipale in epoca ostrogota*, in *Bibliothèque de l’antiquité tardive. III. Etude d’antiquité tardive offertes à Lellia Cracco Ruggini* (a cura di J.M. CARRIE’ e R. LIZZI TESTA), Turnhout, 2002, 67 ss.

²⁵ *Variae*, 1.27; 2.10.

²⁶ VISMARA, *Il diritto nel regno dei Goti*, cit. 10

²⁷ Cfr. H. WOLFRAM, *Geschichte der Goten. Von den Anfängen bis zur Mitte des sechsten Jahrhunderts. Entwurf einer historischen Ethnographie*, München, Beck, 1979, 218.

²⁸ Nè credo sia ragionevole leggere il ricorso ai *prudentes* romani nel quadro di una strategia socio-politica del sovrano goto, quasi in termini di riguardosa considerazione per l’elemento romano.

Il *prudens* romano non è giudice, certamente, ma non è neppure sostenibile che il suo ruolo sia vagamente di consulente. Un consulente offre al giudice elementi di valutazione, considerazioni su aspetti tecnici ma prevalentemente non giuridici. Questo il compito del consulente di un giudice o di una corte, sia egli investito della valutazione patrimoniale di un bene, dell'accertamento della capacità psichica di un soggetto o dell'esistenza di un altro presupposto di fatto. Ma non è pensabile, e sarebbe davvero singolare il ritenerlo, che un giudice, qualunque giudice, di qualunque ordinamento, si avvalga di consulenti giuridici per avere contezza delle norme e della loro interpretazione. A meno che non si limiti ad emanare la sentenza sulla base della preventiva istruttoria giuridica sviluppata da un altro soggetto (un po' come avviene nel rapporto magistrato-giudice nel processo formulare, ma in termini più stringenti, avendo in quel sistema il giudice un ruolo non certo passivo).

Solo un organo politico o politico-militare può avvalersi di un giureconsulto per un parere tecnico. E questo sembra, esattamente, il caso. Ma se questa è la situazione il giureconsulto, di fatto, svolge la funzione giudicante, predisponendo (direi confezionando) una decisione che solo nominalmente sarà del *comes*.

Dunque la regolamentazione di Teoderico sembra meno drastica rispetto a quanto normalmente ipotizzato. Forse il re è molto più in sintonia con le riforme dei suoi predecessori di quanto la dottrina abbia ritenuto, sostenendo, ad esempio, che questo sistema avrebbe capovolto la regolamentazione di Valente, Graziano e Valentiniano del 377²⁹ che prevedeva nelle controversie, comprese quelle militari, la presenza in chiave giudicante, di *iudices ordinarii*, ammettendo l'intervento di un *comes adiunctus* nelle liti fra civili e militari. Questo per la dottrina sarebbe avvenuto per ragioni di equità ovvero per impedire che un giudice potesse colludere con il cittadino romano.

Ma cosa c'entra qui l'equità?

Come si vede l'uso dell'espressione appare ondivago in dottrina ed "equità" viene utilizzato anche in contesti tecnici per indicare

²⁹ C. 1.38.1: *In civilibus causis vicarios comitibus militum convenit anteferri, in militaribus negotiis comites vicariis anteponi, quotiensque societas in iudicando contigerit, priore loco vicarius ponderetur, comes adiunctus accedat: si quidem cum praefecturae meritum ceteris dignitatibus antestet, vicaria dignitas ipso nomine eius se trahere indicet portinem et sacrae cognitionis habeat potestatem et iudicationis nostrae soleat repraesentare reverentiam.*

“opportunità”. Un aspetto abbastanza congeniale alla politica di Teoderico che, per altro, fa ricorso alla mediazione per la soluzione delle controversie, cercando di “*amputare litem*” per via di “*iudicia amicorum*”. Ma si tratta di situazioni diverse e risulta dunque evidente come questo approccio massimizzi situazioni differenti sulla base di una forzatura terminologica uniformante dei vari richiami all’equità³⁰.

Andiamo oltre. La chiave di volta del passaggio è sempre il riferimento all’equità.

Si meraviglia, Vismara, che nelle fonti non ci sia traccia di reazioni e proteste contro la misura di Teoderico. La mia idea è che questo processo fosse congegnato in termini non genericamente, ma “tecnicamente” equitativi, dunque in termini tali da porre una valutazione ponderata che fosse tecnica, in senso processuale e civilistico romano, cioè semplicemente applicativa del diritto romano che si sviluppa e si consolida sulla base di un secolare percorso di adattamento della decisione al caso e che passa attraverso il lavoro dei pretori romani, per approdare al tardo impero nella sua forma cristallizzata e intessuta, direi geneticamente ed inevitabilmente, di equità.

Nessuna equità si sarebbe potuto leggere nell’applicazione di un editto gotico e, men che meno, di consuetudini di quel popolo. Sarebbe stato un momento esecutivo che il *comes* avrebbe potuto gestire autonomamente senza necessità alcuna di ricorrere all’apporto di un giureconsulto.

Ed è esattamente quello che fa quando le liti riguardano soltanto goti, rendendo giustizia senza assistenza né supporto esterno. Non è una scelta tecnica, è una scelta politica che tuttavia, una volta assunta, assume una connotazione tecnicamente precisa e caratterizzante.

³⁰ V. ad es. le commistioni terminologiche e politiche nei toni di *Variae*, III.3.79: *Et ideo vos... legatos vestros una cum meis et fratris nostri Gundibadi regis ad Francorum regem Luduin destinate, ut aut se de Wisigotorum conflicto considerata aequitate suspendat et leges gentium quaerat aut omnium patiat incursum qui tantorum arbitrium iudicat esse timendum*. Sul ricorso all’arbitrato anche nelle controversie internazionali da parte di Teoderico cfr. L. BUSSI, *La comunità di nationes dell’alto medioevo e la soluzione delle controversie intersoggettive*, in *Diritto@Storia*, 6, 2007, § 5.

Se questo può essere sostenuto, il quadro che ne deriva acquista armonia e logicità. E così:

- nelle liti fra romani giudicano i giudici ordinari, i *romani cognitores* che il re invia nelle *provinciae*;
- nelle liti fra goti giudica il *comes*;
- nelle liti fra romani e goti la decisione è del *comes* ma la predisposizione di essa è affidata ai *prudentes*.

La riserva giurisdizionale per le controversie riguardanti romani è certamente salda con Teoderico, ma permane ancora durante il successivo regno di Atalarico, al punto che, come ci rammenta Cassiodoro, fu seccamente ritenuto improprio ed irrituale –in termini tecnicamente definibili di vera e propria incompetenza giurisdizionale³¹ –l'intervento di Gildila, discusso *Comes Gothorum* di Siracusa, avente giurisdizione sulla Sicilia, che pretendeva di giudicare le liti tra Romani³². Il *comes* riceve una durissima ammonizione dal sovrano³³ che, segnando i confini “goti” del suo potere giurisdizionale, ribadisce le linee portanti dell'approccio di Teoderico, suo predecessore, rispetto all'amministrazione della giustizia.

Il sistema misto, lungi dal rappresentare una contraddittoria soluzione, è la spia più evidente delle scelte politiche di fondo. Il diritto romano si applica nelle liti fra romani e goti perché questi ultimi vedano disciplinata la controversia dal più raffinato sistema giuridico conosciuto. Questa eventualità non è una minaccia per i goti, tutt'altro, è una garanzia, la garanzia di essere giudicati nel

³¹ Lo intuisce, correttamente, M. RAIOLA, *La «questione teodericiana»: un'ipotesi ricostruttivo-costitutiva dell'«Edictum»*, in *RDR*, 11, 2011, 8 dell'estr.

³² *Variae*, IX.14.7: *Duorum negotia Romanorum etiam his invitis ad tuum diceris vocare iudicium: quae si cognoscis facta, ulterius non praesumas, ne dum vis iudicium incompetenter quaerere, reatum potius videaris invenire. memor enim prius debes esse edicti, qui inter alios mavis a te sequenda constitui: alioquin tota tibi decernendi auctoritas tollitur, si a te illa regula minime custoditur.*

³³ Seppure apparentemente attenuata nei toni dal “consiglio del sovrano” che indica al *comes* una via per rafforzare il suo prestigio, ma in termini che non sembrano lasciare margini di scelta al dispotico funzionario goto (*Variae*, IV.14.8): *Ordinariis iudicibus amministrationum suarum potestas inlibata servetur. cognitores suos legitima turba comitetur. observationum illarum non mordearis invidia. Gothorum laus est civilitas custodita. tota ad vos fama confluit, si vobis rarus litigator observet. vos armis iura defendite, Romanos sinite legum pace litigare.*

miglior modo possibile, cosa che può avvenire solo sulla base del diritto romano.

Il ricorso al diritto goto per le controversie fra goti è una misura altrettanto chiara sul piano politico e propagandistico³⁴, nella prospettiva delineata “*ut unusquisque sua iura servantur, et sub diversitate iudicum una iustitia complectatur universi*”³⁵.

La controversia può riguardare profili disciplinati da consuetudini di quel popolo e il mantenimento di quella base normativa è comprensibilissimo. Sarebbe stato eccessivo e intollerabile disciplinare a legge romana controversie sorte in ambiente goto. Ma soprattutto sarebbe stato tecnicamente impossibile. La norma consuetudinaria è autoreferenziale, si sgancia dal potere politico e dalle sue fluttuazioni; la norma consuetudinaria affonda la sua forza nell'intreccio imprescindibile fra *opinio iuris* e ripetitività comportamentale che deve essere tanto risalente e sedimentata da essere percepita dalla collettività come vincolante. Ma da “quella” collettività, da quell'ambiente sociale sul comportamento dei cui membri di discetta in sede processuale.

Ed è proprio questa percezione (che anche i giuristi moderni hanno ben presente, sia pure in un'epoca di crisi della consuetudine³⁶) che attribuisce alla regola una giuridicità che la differenzia radicalmente dalla norma comportamentale, vagamente prescrittiva poiché ancorata soltanto alla sua rilevanza sociale. Nulla di equiparabile, dunque, nella consuetudine, alle fonti che sono

³⁴ Inserendosi in un percorso di temperamento dei percorsi di governo, come nella sintesi degli *Excerpta Valesiani*, 60: *Sic gubernavit duas gentes in uno, Romanorum et Gothorum, dum ipse quidem Arrianae sectae esset, tamen nihil contra religionem catholicam temptans; exhibens ludos circensium et amphitheatrum, ut etiam a Romanis Traianus vel Valentinianus, quorum tempora sectatus est, appellaretur, et a Gothis secundum edictum suum, quo ius constituit, rex fortissimus in omnibus iudicaretur*. Analogamente v. Ennodius, *Panegyricus*, c. 20.

³⁵ *Variae*, VII.3.

³⁶ Anche se non mancano i giuristi che parlano, all'inverso, di “crisi della legge” e di rinnovato valore normativo della consuetudine: in tal senso N. LIPARI (a cura di), *Diritto civile*, vol. I.1, Milano, Giuffrè, 2009, 121. Impossibile un ragguaglio bibliografico di un percorso ancora apertissimo sulla rivalutazione della consuetudine come fonte del diritto; tuttavia è ancora attuale, per un primo approccio, la lettura che del problema offre N. BOBBIO, *La consuetudine come fatto normativo*, 1942, rist. Torino, Giappichelli, 1970, con una *Introduzione* di Paolo Grossi.

espressione immediata del potere politico, siano esse leggi, editti, decreti o comunque le si voglia definire.

La percezione della consuetudine come fonte di rango inferiore rispetto alla legge è il primo ostacolo da superare. E anche stavolta ammetto di essere io stesso vittima di massimizzazioni, poiché la legge non esiste senza una specificazione; non c'è infatti la legge in quanto tale, ma c'è la legge comiziale come c'è la legge delle dodici tavole, così come oggi, nel nostro Paese, c'è la legge approvata dal parlamento e promulgata dal Capo dello stato, come c'è (e in certi casi con pari dignità, come nelle materie riservate dal titolo V della Costituzione alle regioni) la legge regionale. La legge dicevo, è una cosa, la consuetudine un'altra, e non c'è nessuna ragione per trasportare all'esperienza storica una possibile subordinazione che nella gerarchia delle fonti può esserci fra le due fattispecie (come può farci pensare il disposto dell'art. 1 delle disposizioni sulla legge in generale, premesse al codice civile italiano del 1942).

Il diritto romano ha un impianto originario marcatamente consuetudinario, le leggi sino all'impero saranno di frequente ricognitive di norme consuetudinarie, mentre nel frattempo la massa alluvionale del *ius honorarium* si evolve sulla basi della prassi del pretore che fonde precedente e norma e crea quel sistema duttile e avanzato cui dedichiamo i nostri studi. Le leggi imperiali, nelle varie forme che assumeranno, saranno un fatto nuovo, diversificante, ma in quanto tale inidoneo alla sedimentazione del sistema giuridico, ostacolata dalla variabilità normativa insita nelle altrettanto variabili circostanze personali e ambientali in cui si muoveranno i vertici del potere imperiale.

Ma l'impianto generale del diritto romano (mi riferisco al diritto privato, in questo caso, quando parlo di diritto romano) rimane consuetudinario e dunque solidamente ancorato alla *opinio iuris* di quel popolo, così come – in termini esattamente simmetrici – per i goti le consuetudini, le *belagines*³⁷ di cui ci parlano le fonti, facendole risalire, con una discussa³⁸ simmetria mitizzante, al sacerdote e

³⁷ Cfr. H. BECK, s.v. *Belagines*, in *Reallexikon der Germanischen Altertumskunde*, vol. VII, Berlin, 1973, 205 ss. e G. RESTELLI, *Sopravvivenze della cultura gotica in Italia*, in *Rendiconti Istituto Lombardo. Classe di lettere e scienze morali e storiche*, 115, 1981, 226.

³⁸ Cfr. RAIOLA, *La questione teodericiana*, cit., 4 nt. 19 dell'estr. Credo che il riferimento ai Geti ed il loro collegamento ai Goti, giustamente criticato in chiave

giurista Deceneo³⁹, che nel primo secolo a.C. le avrebbe raccolte. Jordanes nella sua visione atecnica conferma questo assunto, quando riferisce di come, a loro volta, i Goti fossero disciplinati *propriis legibus*, identificando tali *leges* nelle consuetudini⁴⁰. Pesa non poco, nella valutazione generale dell'approccio "conservativo" dei goti rispetto al diritto romano, quanto ci rammenta Procopio di Cesarea nella Guerra gotica⁴¹, testimonianza attendibile per le competenze giuridiche del suo autore ma probabilmente dilatata dagli intenti dello storico, forse tendente ad ipervalutare il ruolo dei goti e di Teoderico per marcarne, in negativo, la differenza dalla politica giustiniana:

II.6: Allora così dissero i parlamentari goti: «Aveste torto, o Romani, quando senza ragione prendeste le armi contro di noi, amici ed alleati vostri. Giovi rammentare quanto crediamo ben sappia ognuno di voi

storica, abbia tuttavia un carattere così chiaramente "mitizzante" da dover essere considerato solo in questi termini.

³⁹ *Getica*, X.67 ss.: *Quibus hoc erat salubre, hoc adcommodum, hoc votivum, ut, quidquid Dicineus eorum consiliarius precepisset, hoc modis omnibus expetendum, hoc utile iudicantes, effectui mancipient. Qui cernens eorum animos sibi in omnibus oboedire et naturalem eos habere ingenium, omnem pene phylosophiam eos instruxit: erat namque huius rei magister peritus.* Suggestivo il confronto/identificazione fra Deceneo, consigliere dei re geti, in particolare del sovrano che unificò i popoli della Dacia, Burebista, e lo stesso Cassiodoro, entrambi elargitori di sapere ed entrambi politici-chiave del loro tempo: cfr. diffusamente, su questi temi, M. VITIELLO, *Il principe, il filosofo, il guerriero. Lineamenti di pensiero politico nell' Italia ostrogota*, Stuttgart, Steiner, 2006, 92 ss.

⁴⁰ *Getica*, X.69: *... Nam ethicam eos erudiens barbaricos mores conpescuit; fysicam tradens naturaliter propriis legibus vivere fecit, quas usque nunc conscriptas belagines nuncupant; logicam instruens rationis eos supra ceteras gentes fecit expertes.* Che il riferimento alle consuetudini si attenui in funzione del più tardo ricorso alla scrittura "in a literate society" è sostenuto da M. LUPOI, *The Origins of the European Legal Order*, trad. di A. Belton, Cambridge, 2000, 75, ma questo aspetto non escluderebbe la rilevanza della consuetudine che, in quanto tale, prescinde da una forma scritta, ma si lega alla memoria collettiva di regole tramandate nel convincimento della loro giuridicità e tuttavia è ben possibile che le consuetudini venissero ricomprese in testi normativi e per questa via (ed in questo senso) "l'antico diritto consuetudinario gotico tramandato per via orale divenne, ad un certo momento, legge scritta", così B. LUISELLI, *Teodorico e gli Ostrogoti tra romanizzazione e nazionalismo gotico, in Romanobarbarica. Contributi allo studio dei rapporti culturali tra mondo latino e mondo barbarico*, vol. XIII, 1995, 79.

⁴¹ Riprendo il testo tradotto da *La storia medievale attraverso i documenti*, a cura di A.M. LUMBELLI, G. Miccoli, Bologna, 1974, 19 s.

... per tal modo acquistatoci il dominio dell'Italia noi, non meno di alcun altro di quanti mai vi regnarono, ne conservammo le leggi e la forma di governo, né v'ha legge alcuna scritta o non scritta di Teodorico o di alcun altro successor suo nel regno dei Goti ... inoltre tutte le magistrature civili furon da essi tenute, né mai con essi le tenne alcun Goto. Venga pure innanzi a confutarci, se alcuno pensa che quanto noi diciamo non sia secondo verità.

Il “*ius proprium*” dei goti è dunque consuetudinario come lo è, essenzialmente, il *ius civile*, a sua volta “*ius proprium*” *civium romanorum*. Di questo *ius* goto custode e garante è il sovrano dei goti e da lui le consuetudini possono essere raccolte anche tramite sillogi, come è stato ritenuto sia accaduto in raccolte di *edicta* riepilogativi – e certamente idonei a rafforzare i precetti consuetudinari col crisma dell'autorità regia – ad esempio, di norme penali disciplinanti lesioni personali o il reato di adulterio⁴².

Ma la consuetudine è per sua stessa natura escludente e “geneticamente” circoscritta al popolo, e più in generale, al gruppo sociale che ne è artefice e suddito al contempo. Dunque non credo vi sia alcuna necessità di complesse argomentazione storiche per giustificare una esclusività della consuetudine che è – necessariamente – gota per i goti e romana per i romani. Nelle controversie *mixtae* l'applicazione della regolamentazione romana si comprende per controversie che il più semplificato (non dico, perché non lo penso, il più approssimativo) diritto dei goti non può contemplare. In altri termini, se nelle liti fra romani e goti si applica il diritto romano non credo ciò sia da addebitare a scelte politiche o a complesse strategie di corte. Solo marginalmente può pesare qui la ricorrenteendiadi che legherebbe, per Cassiodoro⁴³, *prudentia*

⁴² VISMARA, *Il diritto nel regno dei Goti*, cit. 20 s.

⁴³ V., seppur con la cautela resa necessaria dallo stile ampolloso della testimonianza, *Variae*, III.23.3: *Nosti qua te nobis conversationis sinceritate commendes. sola tibi placendi via est, si quae gerimus imiteris. aequitatem fove, innocentiam animi virtute defende, ut inter nationum consuetudinem perversam Gothorum possis demonstrare iustitiam: qui sic semper fuerunt in laudum medio constituti, ut et Romanorum prudentiam caperent et virtutem gentium possiderent. remove consuetudines abominanter inoltas: is verbis ibi potius, non armis causa tractetur: non sit coniunctum negotium perdere cum perire: abiurator alieni furtum, non animam reddat: ne plus intentio civilis rapiat quam bella consumant: scuta in hostes erigant, non parentes*. V. altresì, con la medesima cautela, *Variae*, VII.25: 1.

romanorum e virtus gentium nel *milieu* politico goto⁴⁴. Semplicemente il diritto romano è il più idoneo a risolvere il problema e, aggiungo, a risolverlo sia per il romano che per il goto parti del giudizio.

Nella casistica che sempre Cassiodoro riferisce quella che a me pare sia la strada da percorrere sembra possa trovare ulteriori conferme. Le indicazioni di Teoderico a Sunhivad, governatore del Sannio, sono indicative:

Variae, III. 13: ... Unde nunc enitere, ut tam bono iudicio laudabili respondeas instituto, aptumque te nostris praebe mandatis, qui hactenus propria sponte placuisti. intra provinciam itaque Samnii si quod negotium romano cum gothis est aut gotho emersit aliquod cum romanis, legum consideratione definies, nec permittimus discreto iure vivere quos uno voto volumus vindicare. censebis ergo in commune, quae sunt amica iustitiae, quia nescit personas respicere qui meram cogitat aequitatem.

Il sovrano invita il governatore a giudicare secondo il diritto romano. La motivazione di questa indicazione è chiara: occorre valutare *legum consideratione*. Qui *lex* è utilizzato in termini onnicomprensivi. Dunque la motivazione è tecnica, è di operatività del giudizio. Ed il ruolo dell'equità, nella terminologia di Cassiodoro, diventa misura di giustizia, di equilibrio, misura tecnica che tuttavia produce risultati indubbiamente positivi nel quadro delle relazioni fra goti e romani, a prescindere dalla contestualizzazione processuale, sia essa di giudizi "ordinari" o di *aepiscopalis audientiae*:

Invitat nos consuetudo sollemnis et vobis ornatum officii dirigere et pristinos ordines excubantium custodire. nostra enim laus est, si vos militia Romana comitetur, quando talibus ministris potestis agere, quod videtur priscis sanctionibus convenire. sic enim Gothos nostros deo iuvante produximus, ut et armis sint instructi et acqutate compositi. hoc est, quod reliquae gentes habere non possunt: hoc est, quod vos efficit singulares, si assueti bellis videamini legibus vivere cum Romanis. 2. Quapropter ex officio nostro illum atque illum ad vos credidimus esse dirigendos, ut secundum priscam consuetudinem qui tuis iussionibus obsecundant eos rationabili debeat antiquitate moderari. cui gratiam tuam in conservandis annonis et consuetudinibus suis ex nostra iussione praestabis. debet enim a te diligi, qui a nobis meruit destinari.

⁴⁴ V. pure la testimonianza contenuta nella *Chronica Theodericiana*, 12, dell'Anonimo Valesiano, per cui Teoderico "dixit"... *Romanus miser imitatur Gothum et utilis Gothus imitatur Romanum.*

Variae, III.45: ... quapropter magnitudo tua conscientiae suae probata iustitia causam diligenti examinatione discutiat et, si vera cognoverit quae veniunt in querelam, considerata aequitate definiat. nam si humanis actibus sunt calumniae summovendae, quanto magis emendanda credimus quae contumeliam divinitatis tangere iudicamus.

Variae, III.37: Quae petitio si veritate fulcitur et genitoris eius substantiam probatis iure competere supplicanti, considerata iustitia, quam monetis, sine observationis longae dispendio debita tribuantur, quoniam causarum vestrarum qualitas vobis debet iudicibus terminari, a quo expectanda est magis quam vobis. imponenda iustitia. quod si hanc causam sub aequitate vestrum minime definit arbitrium, noveritis supplicis querelam ad nostram audientiam perducendam. vos enim docetis voces pauperum non debere neglegi, quas potest iustitia comitari.

Che dunque la scelta del diritto romano sia funzionale, fra l'altro, all'armonia politico-sociale può anche essere ma non direi, come pure è stato sostenuto, che questo "è un segno della "preminenza" attribuita al diritto romano"⁴⁵ né definirei la *Formula Comitivae Gothorum* nei termini di una "normativa" e di un "capitolo fondamentale nel disegno politico promosso da Teoderico"⁴⁶, nella prospettiva di realizzare, addirittura, "il suo piano di comunione interculturale"⁴⁷. È questa una lettura che, seppure può contenere dei

⁴⁵ VISMARA, *Il diritto nel regno dei Goti*, cit. Questo tipo di valutazioni mi convincono poco anche quando questo dato viene esaminato più a fondo, come nel caso di G. ASTUTI, *Note critiche sul sistema delle fonti giuridiche nei regni romano-barbarici dell'Occidente*, in *Tradizione romanistica e civiltà giuridica europea*, vol. I, Napoli, 1984, 17, per il quale il rispetto formale dei sovrani goti verso il diritto romano, da Teodorico ad Atalarico, non avrebbero impedito loro di promuovere una legislazione edittale autonoma ed innovativa. In questa prospettiva di rispetto solo formale del diritto romano la conservazione del diritto consuetudinario dei Goti e della relativa tutela giudiziaria rappresenterebbe una ulteriore conferma del particolari atteggiarsi della monarchia di Teoderico.

⁴⁶ PILARA, *Malum cum perseverat*, cit., 700 e, analogamente, ID., *Ancora un momento di riflessione sulla politica italiana di Teoderico, re dei goti*, in *Studi Romani*, 53/3-4, 2005, 435.

⁴⁷ PILARA, *Ancora un momento di riflessione*, cit., 436.

profili di interesse per la ricostruzione socio-politica dell'epoca considerata, nella sua assolutezza finisce per risultare assiomatica e dunque fuorviante della prospettiva giuridica. Tanto è vero che lo stesso autore finisce per ritenere che: “la *Formula Comitivae Gothorum* distingueva Romani e Goti di fronte al diritto, ma assicurava pure a entrambi, e soprattutto al popolo ostrogoto, la garanzia di una giustizia equa in quanto personale”.

Queste prospettive che mirano a dare una lettura squisitamente politico-sociologica al dato normativo⁴⁸ e che sembrano seguire talune prospettive romanistiche orientate a leggere il diritto romano come una forma di “disciplinamento sociale”⁴⁹, non convincono. Il diritto romano è strumento funzionale e flessibile di risoluzione delle controversie ed in ciò è preminente. Che ciò sia utile e funzionale anche sul piano politico è possibile, ma è un effetto indotto. Ma dico di più: persino se ne fosse la causa e la regolamentazione giuridica fosse utilizzata come strumento politico (cosa che nel caso del diritto privato non credo affatto) il diritto romano rimarrebbe grimaldello tecnico, formidabile *tool* per dare soluzione, come nel caso che ci occupa, a conflitti irrisolvibili con lo strumentario giuridico dei goti.

Non è questa la sede per soffermarci sul grave problema relativo a cosa intendiamo in quest'epoca per diritto romano, sulla sua volgarizzazione e sulla massa di incertezze connesse a questa prospettiva. Mi limito a restare sul tema.

Fra il 507 e il 511 Teoderico prende direttamente in esame un problema relativo alla proprietà di un fondo che un romano aveva visto sottrattogli con violenza da un *barbarus* (così lo definisce l'imperatore, senza ulteriori chiarimenti, non potendosi dunque escludere che si possa trattare di un goto). L'intervento imperiale è comprensibile fors'anche per l'ubicazione strategica del fondo in

⁴⁸ Al punto da intendere il termine *civilitas*, in Cassiodoro, come “l'adattamento dinamico della nuova componente germanica alla statica e non ulteriormente perfettibile realtà del *ius Romanorum*”: così RAIOLA, *Custodia legum civilitatis est indicium. Scientia iuris e iurisdictio nelle Variæ, di Cassiodoro*, la relazione, svolta nell'ambito delle *Lecture di diritto nelle Variæ, di Cassiodoro* (Parma, 19 febbraio 2009), è *online* in <http://www.studitardoantichi.org/>. In una convincente prospettiva cfr. B. SAITTA, *La “civilitas” di Teoderico: rigore amministrativo, tolleranza religiosa e recupero dell'antico nell'Italia ostrogota*, Roma, 1994.

⁴⁹ Così A. SCHIAVONE, v. *Diritto romano*, in *ED. Aggiornamento*, vol. VI, Milano, 2002, 1158.

contestazione⁵⁰, Cassiodoro premette all'analisi della vicenda una considerazione che ruota attorno a giustizia ed *aequitas*:

Variae, I.18: 1. Oportet vos colere et observare iustitiam, qui aequitatem populi dicere suscepistis, quando non licet delinquere, qui alios creditur sub aequitatis regula continere, ne fiat exemplum pravum qui electus ad laudabile cognoscitur institutum. et ideo ad interrogationem vestram curavimus praebere responsum, ne per dubitationem possitis errare, nisi, quod absit, velitis excedere. 2. Si Romani praedium, ex quo deo propitio Sonti fluenta transmisimus, ubi primum Italiae nos suscepit imperium, sine delegatoris cuiusquam pittacio praesumptor barbarus occupavit, eum priori domino summota dilatione restituat. quod si ante designatum tempus rem videtur ingressus, quoniam praescriptio probatur obviare tricennii, petitionem iubemus quiescere pulsatoris. 3. Illa enim reduci in medium volumus, quae, nostris temporibus praesumpta, damnamus, quia locus calumniandi non relinquitur, cum longi temporis obscuritas praeteritur.

Il sovrano *aequitatis ratione* avrebbe deciso che il fondo venisse restituito al romano che aveva subito la spoliazione, tranne nel caso in cui il barbaro avesse acquistato per usucapione essendosi il possesso protratto per un trentennio (*tricennii*). Ora, quanto questa lettura⁵¹ sia dubbia, mi sembra abbastanza evidente. Intanto siamo di fronte ad una situazione che avrebbe, in ipotesi, giustificato il ricorso in via di eccezione alla *longi temporis praescriptio*, non all'usucapione, con un meccanismo che almeno dal II secolo attribuisce al possessore la possibilità di resistere alla *reivindicatio* del proprietario che era rimasto inattivo di fronte alla spoliazione. E sappiamo anche come questo istituto si applichi tanto a romani che a *peregrini*.

Ma la *longi temporis praescriptio* è, appunto, un elemento probatorio che si oppone al proprietario, non avendo nulla a che vedere con l'usucapione che invece, fondandosi sul possesso, in termini di attività positiva del convenuto, costituisce un vero e proprio titolo opponibile al *dominus*.

⁵⁰ *Variae*, I.29.

⁵¹ Cfr. VISMARA, *Il diritto nel regno dei Goti*, cit., 11 ss.

Ancora, la *longi temporis praescriptio* si fonda sull'inazione prolungata del proprietario che si fosse mostrato inerte di fronte all'utilizzazione nel tempo del fondo e non è certamente questo il nostro caso perché qui il *barbarus* avrebbe aggredito il *dominus* romano sottraendogli con la forza la disponibilità del fondo. Ma soprattutto perché ci sia comunque l'acquisto del bene (ammesso e non concesso che nel ricostruire l'episodio la dottrina abbia confuso i due istituti), si tratti dell'uno o dell'altro, occorre che il possesso sia stato caratterizzato da un *iustum initium possessionis*, a non volere considerare richiesta in quest'epoca, come sarei indotto a pensare, una *iusta causa possessionis*. In ogni caso si richiede un possesso che abbia avuto un *iustum initium*, un possesso, cioè, avviatosi *nec vi, nec clam, nec praecario*.

In questo contesto il sovrano non applica dunque il diritto romano *sic et simpliciter*. Se il caso si verifica come ce lo presenta Cassiodoro, Teoderico utilizza l'*aequitas* che diventa l'unico strumento tecnico per la soluzione del conflitto. Pertanto non coglie nel segno la dottrina ritenendo che in questo caso il diritto romano venga applicato non per disposizione generale ma come è stato detto "in seguito all'accertamento che il fatto controverso ricadeva sotto la disciplina romana"⁵². La disciplina romana, lo abbiamo visto, prevedeva tutt'altro.

Il caso controverso non ricadeva nella regolamentazione romana e quindi occorreva decidere facendo ricorso alla valutazione equitativa. Dunque l'approdo all'*aequitas* è obbligato per questo ed è in questo quadro di riferimento concettuale che si muove l'imperatore che parla non genericamente di equità, che in ipotesi potrebbe anche un significato vagamente orientato, ma letteralmente di "*aequitatis regula*".

Ora, nulla impedisce, ovviamente di intravedere nell'equità un risvolto politico, ma tenendo in debita considerazione che: "l'*aequitas* del re si manifesta nella volontà di stabilire personalmente la verità nei rapporti fra le parti in causa"⁵³, che è cosa ben diversa dal dire che il desiderio del sovrano fosse "di garantire una giustizia equa a

⁵² VISMARA, *Il diritto nel regno dei Goti*, cit., 12.

⁵³ Così V. NERI, *Il lessico sociologico della tarda antichità: l'esempio delle «Variae» di Cassiodoro*, in *Studi Storici*, 51, 2010, 38.

chiunque avesse fatto appello ad un foro civile”⁵⁴. Tuttavia non c'è una giustizia equa e una giustizia iniqua. La giustizia è una ed è tale se è *ius-ta*, ovvero se è conforme a *ius*. Per il giurista il giusto e l'ingiusto non sono categorie emozionali. Il giusto è conforme a regola: per il giurista, sia questa regola odiosa, ovvero lungimirante, se essa è formalmente vincolante⁵⁵, è giusta, giusta semplicemente perché conforme al diritto.

La chiusura del cerchio è proprio l'equità, questa equità tecnicamente connotata, resa da un *iudex* che è tale perché *iustus*, in un senso che, seppure tecnicamente sfuggente, assume uno speciale *pathos* nella visione di Cassiodoro (*Variae*, III, 27):

... Sed nos, qui donatas dignitates iustitiae parere cupimus, non dolori, contra illicitas praesumptiones nostra te tuitione vallamus, ut regiae maiestatis obiectu ferventium furor animorum in suis cautibus elidatur et de se magis poenam sumat protervia, dum cohibetur innoxia. tamdiu enim iudex dicitur, quamdiu et iustus putatur, quia nomen, quod ab aequitate sumitur, per superbiam non tenetur.

Potere, *maiestas*, *dignitas iustitiae*, *aequitas*: sono le *keywords* che legano, in Cassiodoro, l'illuminata sovranità gota al diritto ed alle sue liturgie tecniche.

I giudizi di equità sono i modelli duttili e avanzati che soccorrono nelle ipotesi controverse. Ma il crocevia storico, che è specchio riflesso del crocevia processuale, indica con chiarezza la strada da percorrere, che è quella del diritto romano, un diritto riaffermato dalla lungimiranza politica di Teoderico, la cui regolamentazione, dunque, lungi dal poter essere considerata una grave innovazione è un esempio di strategia politico-giuridica che rivitalizza

⁵⁴ G. PILARA, *Malum cum perseverat, augetur, et remediale bonum est in peccatum accelerata correctio. Amministrazione della giustizia e giudizio vescovile nelle Variae, di Cassiodoro*, in *Lex et religio nel tardoantico. XL Incontro di studiosi dell'antichità cristiana (10-12 maggio 2012)*, Roma, Istituto Patristico Augustinianum, 2013, 700.

⁵⁵ Avrebbe scritto Isidoro di Siviglia, sintetizzando “*qualis debeat fieri lex*” (*etymol.* V.21): *Erit autem lex honesta, iusta, possibilis, secundum naturam, secundum consuetudinem patriae, loco temporisque conveniens, necessaria, utilis, manifesta quoque, ne aliquid per obscuritatem in captionem contineat, nullo privato commodo, sed pro communi civium utilitate conscripta.*

razionalmente il diritto romano, offrendo a goti e romani uno strumento avanzato di risoluzione delle controversie che desse l'avvio ad una nuova grande stagione per il diritto di Roma e per la sua rinnovata forza.

Appendice

Cassiodoro, *Variae*, VII.3. *FORMULA COMITIVAE GOTHORUM PER SINGULAS CIVITATES*.

1. Cum deo iuvante sciamus Gothos vobiscum habitare permixtos, ne qua inter consortes, ut assolet, indisciplina nasceretur, necessarium duximus illum sublimem virum, bonis nobis moribus hactenus comprobatum, ad vos comitem destinare, qui secundum edicta nostra inter duos Gothos litem debeat amputare, si quod etiam inter Gothum et Romanum natum fuerit fortasse negotium, adhibito sibi prudente Romano certamen possit aequabili ratione discingere. inter duos autem Romanos Romani audiant quos per provincias dirigimus cognitores, ut unicuique sua iura serventur et sub diversitate iudicum una iustitia complectatur universos. 2. Sic pace communi utraeque nationes divinitate propitia dulci otio perfruantur. scitote autem unam nobis in omnibus aequabiliter esse caritatem: sed ille se animo nostro amplius commendare poterit, qui leges moderata voluntate dilexerit. non amamus aliquid incivile: scelestam superbiam cum suis detestamur auctoribus. violentos nostra pietas execratur. in causa possint iura, non brachia. nam cur eligant quaerere violenta, qui praesentia probantur habere iudicia? ideo enim emolumenta iudicibus damus, ideo tot officia diversis largitatibus continemus, ut inter vos non sinamus crescere quod possit ad odium pertinere. 3. Unum vos amplectatur vivendi votum, quibus unum esse constat imperium. audiat uterque populus quod amamus. Romani vobis sicut sunt possessionibus vicini, ita sint et caritate coniuncti. vos autem, Romani, magno studio Gothos diligere debetis, qui et in pace numerosos vobis populos faciunt et universam rem publicam per bella defendunt. itaque destinato a nobis iudici vos convenit oboedire, ut quicquid pro conservandis legibus censuerit, modis omnibus impleatis, quatenus et nostro imperio et vestrae utilitati satisfecisse videamini.