

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LX
(2017)



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LX
(2017)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2017 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1262-9

ISSN 1972-8441

La pubblicazione dei contributi proposti a questa Rivista è subordinata – secondo il procedimento di *peer review* – alla valutazione positiva di due *referees*, uno dei quali può far parte del Comitato Scientifico della Rivista, che esaminano i contributi con il sistema del *double-blind*. Ciò in adesione al comune indirizzo delle Riviste romanistiche italiane (AG, RISG, AUPA, BIDR, SDHI, IURA, Index, Roma e America, IAH, Quaderni lupiensi, Diritto@storia, TSDP), in seguito alle indicazioni del gruppo di lavoro promosso dal Consorzio interuniversitario Gérard Boulvert e a conseguenti delibere del CUN e del CNR.

I contributi, muniti di *abstract* in lingua inglese e parole chiave, vanno inviati al Direttore Responsabile via e-mail all'indirizzo: direttoreaupa@unipa.it.

Stampa: Stampatre s.r.l. - Torino

Le 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, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.

Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

DIRETTORE RESPONSABILE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Aricò Anselmo	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Jan H.A. Lokin	Groningen
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzarella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Giacomo D'Angelo, Monica De Simone
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

Via Maqueda, 172 - 90134 Palermo - e-mail: direttoreaupa@unipa.it; redazioneaupa@unipa.it

La lettera del Ministero della Pubblica Istruzione che approvò il regolamento del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo porta la data del 10 marzo 1906; il discorso inaugurale del preside prof. Alfredo Rocco – rivolto ai «carissimi giovani», studenti e studiosi della Facoltà di Giurisprudenza – fu tenuto nel marzo 1909. A norma di regolamento il Seminario era articolato in quattro sezioni (discipline storico-giuridiche, diritto pubblico, diritto privato, scienze sociali), e aveva il «fine di promuovere ricerche per parte degli studenti e laureati ... che intendessero perfezionarsi in alcuna fra le scienze professate nella Facoltà, e addestrarsi nella conoscenza dei metodi di ricerca e dell'uso delle fonti». Nel corso degli anni il Seminario andò perdendo talune delle funzioni indicate nel regolamento, fu sempre più istituto di ricerca scientifica e meno palestra di addestramento professionale dei giovani, e in punto di fatto si andò specializzando (certo per impulso di Salvatore Riccobono, divenutone presto direttore) quale centro di studi storico-giuridici. Divenne poi (dai tempi almeno della seconda guerra mondiale), in buona sostanza, Istituto di Diritto Romano.

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana.

È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico-giuridica, in maggior misura di diritto romano.

INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, Lauro Chiazze, a sessant'anni dalla scomparsa	7

ARTICOLI

T. BEGGIO, Note in tema di condanna <i>ad tempus</i> nelle <i>damnationes ad metalla</i>	17
S. LONGO, <i>Sponsor, fidepromissor, fideiussor: condicio 'similis' e condicio 'dissimilis'</i>	43
E. POOL, Significati diversi di <i>causa</i> in tema di <i>possessio</i> e di <i>usucapio</i> . Interpretazioni di qualche testo chiave. Parte II	95
C. RUSSO RUGGERI, La rilevanza dell' <i>anteacta vita</i> nell'esperienza processuale romana	117
A.S. SCARCELLA, <i>Adnotatiunculae</i> su una costituzione greca indirizzata da Giustiniano ai professori di diritto	163
S. SCIORTINO, Sull'assenza dell'imputato nel processo criminale romano	185
F. TERRANOVA, Tracce di ' <i>improbis intestabilisque</i> ' nella Parafrasi di Teofilo e nei Basilici	237

NOTE

T. DALLA MASSARA, In tema di <i>exceptio rei residuae</i> : commisurazione dell'area dell'accertamento e funzione di concentrazione processuale	273
G. D'ANGELO, Azioni nossali e clausola arbitraria	289
G. D'ANGELO, Sulla difesa del servo assente da parte del terzo nel processo nossale classico. A proposito di D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 <i>ad ed.</i>)	301
G. LUCHETTI, La <i>miserecordia</i> nelle fonti giurisprudenziali romane	317
F. MUSUMECI, In difesa della genuinità di un testo di Giuliano (48 <i>dig.</i> D. 9.2.42)	333
B. SANTALUCIA, Sulla legislazione criminale di Marco Antonio	345

VARIE

M. AMABILE, Il rogo della croce nel Codice Teodosiano	359
G. FALCONE, Per gli ottanta anni di Antonino Metro	367
G. NICOSIA, Breve nota sull'integrazione <i>nisi in</i> nella voce ' <i>possessio</i> ' di Festo	371

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

Lauro Chiazzeze,
a sessant'anni dalla scomparsa

LAURO CHIAZZESE, A SESSANT'ANNI DALLA SCOMPARSA *

Signor Presidente della Repubblica, Magnifici Rettori, Amplissimi Presidi, Autorità, illustri colleghi, cari discenti,

L'apertura di un Corso di Alta formazione in Diritto Romano attraverso la rievocazione della figura di Lauro Chiazzese è, per più versi, circostanza dal forte significato simbolico: per l'opera dello studioso, per il suo lascito scientifico, nonché per avere Lauro Chiazzese con particolare intensità vissuto l'esperienza e il senso della formazione e della Scuola.

Quest'ultimo, invero, è forse il tratto maggiormente distintivo della complessiva personalità scientifica di Chiazzese: un tratto legato all'avventura formativa, nell'Università di Palermo, con un Maestro quale Salvatore Riccobono, che lo ebbe discepolo prediletto e continuatore e interprete di un modo di fare ricerca per il quale soprattutto, per tacer dei risultati, Chiazzese è divenuto a sua volta Maestro. Onde merita di esser segnalata un'altra circostanza simbolica e cioè la coincidenza del ricorrere, ad un tempo, dei sessant'anni dalla scomparsa di Chiazzese e dei cento anni da quello strappo storiografico operato da Riccobono con il celebre scritto *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, del 1917 appunto, che ha creato le condizioni per la "nascita" scientifica, di lì a pochissimo, di Lauro Chiazzese.

La romanistica viveva allora una stagione cruciale. Lo studio delle fonti, definitivamente affrancatosi da prospettive attualizzanti ed impegnato, piuttosto, a restituire profondità storica ai complessivi contenuti del *Corpus iuris*, era primariamente diretto al recupero del dettato originario dei testi rispetto alla versione tramandata dalla Compilazione di Giustiniano: ne era strumento la ricerca delle interpolazioni, e cioè delle modifiche apportate dai compilatori sull'antico materiale, ammesse e anzi vantate dallo stesso imperatore. Tale ricerca aveva presto assunto i tratti di un'ipercritica demolitrice, la quale finiva per scorgere intrusioni o cancellazioni giustiniane quasi in ogni brano e spesso semplicemente sulla base di presunti indizi esteriori e finanche lessicali; quanto alla ricostruzione storica del diritto privato (sul quale si concentrava l'indirizzo in questione) negli anni che ci riguardano si era radicata l'idea che, a fronte di un assetto d'età classica inteso come ancora rigido e formalistico, i progrediti valori consacrati nel *Corpus iuris* (quali, ad esempio, il rilievo dell'*aequitas* e il ruolo della volontà negoziale) fossero frutto di massicce interpolazioni, portatrici di pretese creazioni scientifiche delle Scuole giuridiche orientali tardoantiche e di regimi consuetudinari delle province ellenistiche. A questo corso storiografico, Riccobono,

* Prolusione inaugurale del "Corso di Alta Formazione in Diritto Romano" dell'Università "La Sapienza" di Roma (Roma, 13 gennaio 2017).

egli stesso finissimo esponente della ricerca delle interpolazioni, oppose vigorosamente, a partire dal 1917, l'idea che l'assoluta maggioranza delle alterazioni, lungi dall'introdurre novità sostanziali, coinvolgesse esclusivamente la redazione esteriore dei testi; e poco appresso, ricredendosi sull'esistenza di decisive spinte orientali al progresso del diritto, iniziava a ricostruire, piuttosto, lo svolgimento di uno sviluppo continuo e lineare fino a Giustiniano, legato a fattori evolutivi interni quali l'opera della giurisprudenza classica, la progressiva fusione tra ordinamento civile e ordinamento pretorio, il Cristianesimo, la prassi processuale tardoantica.

La conversione di Riccobono e la conseguente sua battaglia solitaria contro la dottrina dominante presero ad animarsi con ritmo incalzante proprio durante i quattro anni di studio universitario di Chiazzese, dal 1921 al 1925. E fatale fu l'impatto di questo appassionato travaglio scientifico sulla formazione del giovane studente, di brillante preparazione umanistica e affascinato dal mondo classico (affiancava agli studi di Giurisprudenza la frequentazione dei corsi universitari di Letteratura italiana e di Storia romana). Si è che, laddove i giovani che iniziano gli studi giuridici sono raffigurati da Giustiniano come coloro che «si trovano fermi nei primi vestiboli delle *leges* e attendono di entrare nei *penetralia*, negli *arcana* delle *leges*», allo studente Lauro Chiazzese è toccato in sorte di essere subito, più che avviato, coinvolto e rapito negli ambienti segreti delle *leges*. L'immagine non sembra un tributo all'enfasi imperiale. L'allora Istituto palermitano di Diritto romano – due piccole stanze soppalcate all'ingresso dell'atrio della Facoltà – doveva apparire realmente come una sorta di arcana fucina, nella quale il maestro andava forgiando, in occasione dei seminari di Egesi, le sue ricostruzioni sulla storia di testi e dottrine giuridiche. Chiazzese, del quale Riccobono intuì immediatamente le potenzialità, fu subito “messo a bottega”, vivendo così un precoce ed intenso apprendistato. Della precocità, in particolare, è testimonianza concreta anche l'esteso manoscritto con il quale lo studente non ancora laureato eseguì l'incarico di trascrivere in bella copia il lungo e denso testo preparato dal Riccobono per un ciclo di Lezioni da tenere a Londra nel maggio del 1924, testo che costituiva una *summa* delle posizioni sovvertitrici che il maestro andava febbrilmente elaborando in quel laboratorio: un reperto, codesto manoscritto, rivelatore di una cooptazione davvero immediata e, in qualche modo, premonitore del ruolo che l'allievo avrebbe poi avuto nell'affermarsi delle idee del maestro.

In effetti, i primi tre brillanti lavori di Chiazzese, apparsi in un brevissimo arco di tempo, fra il 1930 e il 1933, hanno sortito l'effetto di rinsaldare nella base argomentativa le intuizioni e i risultati sparsi tra le pagine di Riccobono, contribuendo, per tal via, al definitivo consolidarsi e infine prevalere del suo indirizzo ricostruttivo. È quanto può dirsi, oltre che per il saggio d'esordio *Nuovi orientamenti nella storia del diritto romano* – un acuto esame critico di importanti posizioni del dibattito in corso sulle linee evolutive del diritto romano –, soprattutto per i successivi due lavori, di assai ampio respiro: l'*Introduzione allo studio del diritto romano* e i *Confronti testuali*. L'*Introduzione* costituisce una densa trattazione d'insieme – pensata per l'insegnamento (nel '30 Chiazzese era stato chiamato all'Università di Genova), ma di fruttuosa e affascinante lettura anche per gli studiosi, e non solo romanisti –, nella quale, con straordinaria chiarezza espositiva e profonda distillazione di idee il ventisettenne autore inquadrava, in modo innovativo, il diritto privato e le sue fonti nella civiltà romana nel suo complesso (strutture politiche, sfondo economico, valori spirituali), dipanando le vicende che concorsero al superamento progressivo dell'antico *ius civile*, fino a Giustiniano. Nei *Confronti testuali*, l'opera più celebre di Chiazzese, attraverso un'imponente indagine a largo raggio, ancora oggi base critica per ulteriori ricerche su fonti e istituti, si consideravano circa 1500 casi nei quali è possibile compiere un raffronto

tra più esemplari di uno stesso testo, dei quali almeno uno conservato nel *Corpus iuris*; e si dimostrava, con tali raffronti, la natura meramente formale della maggior parte delle interpolazioni nonché la circostanza che le stesse interpolazioni cd. 'sostanziali' in realtà si limitavano, per lo più, ad imporre ai testi soluzioni già operanti in uno degli ordinamenti classici o già affacciate nell'antico dibattito giurisprudenziale.

Attraversato rapidamente il *cursus* accademico grazie ai predetti lavori, Chiazze, dopo un triennio a Genova ed uno a Messina, approda nel 1936 a Palermo, dove insegnavano, rispettivamente 'Storia' e 'Istituzioni', Filippo Messina Vitrano, altro allievo di Riccobono (il quale, da pochi anni, si era trasferito qui, alla Sapienza) e il più anziano Giovanni Baviera. Non so se la vicinanza con quest'ultimo – già Deputato di area liberale, di ferme posizioni antifasciste e rientrato a Palermo da Napoli per il rischio di persecuzioni politiche – abbia avuto un ruolo nel sorgere o nell'accentuarsi di quella vocazione civile che avrebbe in seguito contraddistinto Chiazze come uomo d'azione, oltre che di studi: anche Chiazze, invero, fu tra i frequentatori del famoso "Circolo dello scopone" organizzato in casa Baviera, appunto: circolo che di scopone aveva solamente il nome, un fittizio tavolo verde intorno al quale, in realtà, si discuteva di temi politici con spirito antifascista, e carte da gioco pronte ad essere impugnate in caso di improvvisi controlli. Sta di fatto che, subito dopo la fine del conflitto, Chiazze, già attivo come pubblicista nella stampa liberale, ricoprirà fattivamente, su molteplici fronti, importanti ruoli nella ricostruzione amministrativa ed economica dell'Isola: fu, tra l'altro, Segretario regionale amministrativo della Democrazia Cristiana, Presidente della Cassa di Risparmio per le provincie siciliane, dell'Istituto Regionale per il Finanziamento delle Imprese, dell'Ente Siciliano di Elettricità; sul versante accademico, fu Preside della Facoltà dal 1947 e Rettore dell'Ateneo dal 1950, in anni cruciali per il rilancio postbellico delle strutture universitarie.

Eppure, l'*officium* del maestro, profuso già negli approfonditi ed eleganti corsi di Diritto Romano, non ebbe mai arretramenti. E da maestro, pur tra gli impegni degli alti incarichi, ebbe il merito di formare due allievi del calibro di Bernardo Albanese e Matteo Marone. Il primo dei quali, non a caso, esordiva con lavori riguardanti la figura del *pater familias* e l'arcaico sistema successorio, ispirati, appunto, da un Corso di *Diritto Romano* sul diritto ereditario. Chiazze, scomparso all'età di 54 anni, non poté assistere all'affermazione del primo allievo di Albanese, Raimondo Santoro, il quale, peraltro, presentato allo stesso Chiazze subito dopo la laurea, ne ricevette, con l'esortazione a pubblicare la tesi, un gesto di immediata accoglienza nella Scuola.

Credo che la suddetta vocazione civile abbia influito, nel dopoguerra, su un paio di iniziative editoriali temporalmente contigue, espressioni di magistero in senso più lato, sulle quali è il caso di indugiare brevemente.

La prima fu la decisione di offrire una rinnovata versione della già celebre *Introduzione allo studio del diritto romano*, che aggiungesse un capitolo conclusivo sul tema 'Vicende e interpretazione delle fonti romane in Occidente'. Per via dell'eccessiva dimensione che questo capitolo andava assumendo Chiazze si risolse, nel 1947, a dare alle stampe l'opera secondo la primigenia struttura, ma arricchita da corpose note critiche, e a rinviare la pubblicazione di quel capitolo in una programmata *Parte Seconda*. Ciò purtroppo non avvenne; accrescendosi, in tal modo, la messe di scritti, concernenti forti temi sui quali lo studioso aveva continuato, e continuava, a meditare, ma non definiti né dati alle stampe (tra essi, la *Parte Speciale dei Confronti testuali*; il seguito dell'ampia e acutissima monografia del '37 sul *Jusiurandum in litem*; una ricerca sulle *Quinquaginta decisiones* di Giustiniano). Del capitolo fu curata nel '72 una pubblicazione postuma come lavoro a sé stante, auspicando Bernardo Albanese, negli *Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo*: 150 pagine

– dalle Leggi romano-barbariche ai Commentatori del XIV secolo – che ancora oggi, pur negli intervenuti progressi storiografici, costituiscono pregevole e utile strumento di consultazione e orientamento. Non conosco il testo che fu, allora, a tal fine utilizzato. Ma, proprio nei giorni in cui venivo approntando la presente rievocazione, del tutto casualmente mi sono imbattuto in alcune vecchie tesi di laurea che, non appena introdottovi lo sguardo, rivelarono un contenuto inatteso: capovolte, esse restituivano sul retro di ogni foglio, su mezza colonna e in parte a matita, il testo, nella limpida grafia di Chiazzese, del capitolo conclusivo del libro, fino ai Commentatori. L'esistenza di numerose riscritture e inserzioni ai margini e alcuni specifici contenuti mostrano che fu la stesura originaria, diversa da quella che, evidentemente, dovette poi approntare lo stesso Chiazzese e che fu utilizzata per la pubblicazione postuma. Che una delle tesi di laurea in questione riguardi un tema di Chimica (*'Tensioattività e tensione osmotica'*) non sorprende, data l'immediata contiguità, in quegli anni, tra la scrivania della Presidenza di Facoltà, occupata da Chiazzese, e le scaffalature nelle quali venivano lasciate le tesi provenienti da tutto l'Ateneo; più curiosa, semmai, e tale da evocare un'ironia della sorte, è la circostanza che non poche pagine di codesta tesi consistono in tabelle di "valori chimici interpolati" e in "curve e grafici di interpolazioni"! Proprio il tergo di questa tesi svela l'esistenza di un originario paragrafo introduttivo, nel quale erano brevemente anticipati gli itinerari pensati per l'intero capitolo, fino alla Pandettistica. Ebbene, è degna di nota la presenza, in questo paragrafo introduttivo, di richiami – al diritto romano e al cristianesimo quali fondamenti della civiltà europea, al formarsi di una comune "coscienza" giuridica di conio romanistico, al ruolo civilizzatore di questo fenomeno anche al di fuori d'Europa – assai vicini al nucleo forte del saggio *'Diritto romano e civiltà moderna'* che apparirà appena l'anno successivo, nel 1948, nel *Bullettino dell'Istituto di Diritto Romano*: un saggio, quest'ultimo, che, preparato 10 anni prima per un'opera collettanea destinata a "non specialisti" e poi naufragata per il sopravvenire del conflitto, veniva infine reso noto da Chiazzese – ecco la seconda delle due iniziative editoriali – allo scopo dichiarato, cito, di far riprendere coscienza, in un "momento di gravissima crisi" in cui versava "l'umanità intera", dei "valori non perituri" della civiltà della "vecchia Europa" conquistati dalla scienza giuridica, romana prima, e poi europea (tra questi, il riconoscimento della personalità umana, la volontà quale forza creatrice di effetti giuridici, la libertà). In definitiva, dietro il concepimento di una rinnovata *Introduzione allo studio del diritto romano* estesa ai successivi sviluppi occidentali e dietro la decisione di consegnare alle stampe quel saggio *Diritto romano e civiltà moderna* si intravede un intendimento formativo unitario, pensato anch'esso come contributo alla rinascita spirituale e politica dalle rovine della guerra.

Il paragrafo ritrovato restituisce, dunque, un frammento del vissuto intellettuale e civile dello studioso. Ma restituisce anche, questa volta in modo esplicito, uno di quei due preziosi insegnamenti assolutamente fondativi sul modo di fare ricerca, che promanano dal complessivo *opus* di Chiazzese e che l'odierna occasione suggerisce di segnalare appositamente, questi almeno, ai giovani che si apprestano a frequentare un Corso di addestramento romanistico.

Ascoltiamo lo stesso Chiazzese, e precisamente le parole, dalla consueta, pregnante chiarezza, con le quali chiudeva il paragrafo: "Il metodo critico, prevalso in quest'ultimo mezzo secolo," – e cioè, lo studio storico-esegetico – "ha fatto trascurare l'opera degli interpreti antichi, soprattutto d'Occidente, quasi che la novità del metodo d'indagine rendesse inutile gli sforzi diretti a penetrare il significato profondo delle leggi giustiniane compiuto per secoli. Ma si tratta di una illusione. Nelle opere degli antichi interpreti ci sono tesori di sapienza e di esperienza, che sarebbe, com'è stato, pernicioso non tenere in

conto. L'importante è chiedere ad esse quel che possono dare, in rapporto alle esigenze perseguite nello studio del *Corpus Iuris*, e alla loro cultura e ai fini che si proponevano». In queste parole sono scolpite la necessità, e insieme le regole, di una frequentazione della tradizione intermedia di studi, che, per parte sua, Chiazze aveva praticato "sul campo" nel già citato volume sul *Jusiurandum in litem*, intessuto di vivificante confronto con le dottrine di Glossatori e di Umanisti. È una frequentazione che consente al romanista di sfruttare un patrimonio di sollecitazioni critiche sparse tra le continue rielaborazioni delle fonti romane, a condizione – avverte Chiazze – che non si perda di vista la storicità, oltre che delle soluzioni via via prospettate, già delle stesse domande poste dagli interpreti: ausilio, anche quest'ultima storicità, per meglio valutare le fonti antiche.

L'altro *praeceptum* scientifico parimenti fondante è, naturalmente, l'esercizio della critica testuale. Se l'interpolazionismo è ormai, da lungo tempo, alle spalle, molto si deve anche ai *Confronti testuali* di Chiazze. E tuttavia, non solo in quelle pagine l'ipercritica fu combattuta a colpi di finissima analisi esegetica, ma nel suddetto, successivo *Jusiurandum in litem* la ricostruzione di questo e di altri meccanismi ad esso collegati nel succedersi dei sistemi processuali è condotta con tale acribia di esame testuale che lo stesso Riccobono ebbe a dichiarare: «nessuno, oggi, sarebbe in grado di compiere esegesi simili». L'archiviazione degli eccessi di quel metodo e l'opportuna attenzione, invalsa negli ultimi decenni, per fenomeni che superano il bipolarismo 'classico – giustiniano' allora imperante (su tutti, il *ius controversum* dei giuristi classici e le trasmissioni tardoantiche dei testi), lungi dal porre ai margini la critica testuale, richiedono analisi sempre più avvertite e complesse. L'*exemplum* di Chiazze sta lì: ammaestra nell'uso dei tradizionali criteri, da coordinare con le nuove acquisizioni, e mette in guardia da tentazioni, qua e là circolanti, di letture conservative ad ogni costo e, in sostanza, di preconcetta rinuncia all'esegesi critica: che sarebbe quanto di più antistorico possa praticarsi.

È tempo di concludere. E avendo iniziato richiamando il legame con Riccobono e il valore della formazione e della scuola, l'uno e l'altro intimamente coltivati da Chiazze, chiudo, circolarmente, ricordando quel che l'allievo-Chiazze indicava, in una prolusione in onore di Riccobono, come il più prezioso lascito etico del suo maestro e che Chiazze stesso ebbe il merito di aver saputo, poi, trasmettere alla propria Scuola: a ben vedere, è quel che, nel brano d'apertura dei *Digesta* così caro ad entrambi, Ulpiano raccomandava a quanti si avviavano ad imparare il mestiere: Ulpiano lo designava '*studium iuris*': appassionata, fervida, diuturna dedizione al diritto.

POSTILLA.

Nel corso di questo anno 2017 ho potuto procedere alla trascrizione di un prezioso manoscritto inedito della *Parte Speciale* dei "Confronti testuali", messi a disposizione, con generosità ed entusiasmo, dai Familiari di Lauro Chiazze. Ne ho dato notizia in occasione di un Seminario di studi in memoria di Lauro Chiazze tenutosi a Palermo il 14 dicembre. La trascrizione è di prossima pubblicazione nella Collana "Fonti" degli *Annali del Seminario Giuridico* dell'Università di Palermo.

ARTICOLI

TOMMASO BEGGIO
(Università di Helsinki)

Note in tema di condanna *ad tempus*
nelle *damnationes ad metalla*

ABSTRACT

The paper deals with the problem of the *tempus* in the different kinds of condemnations *ad metalla* (to forced labour in the mines). A rescript by Hadrian that we can read in D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*) established a rule according to which the condemnations *ad metalla* and *in opus metalli* should be *in perpetuum* – they should last for the entire life of the convicted. Two later sources seem to oppose the provision set up by Hadrian though: I refer to D. 48.19.23 (Mod. 8 *reg.*) and to a constitution by Constantin the Great of 331 AD (CTh. 1.5.3). According to the two texts, condemnations to forced labour in the mines for a fixed period of time seemed to be actually allowed. This study intends to propose an interpretation of the ostensible antinomy between the rule established by Hadrian and the provisions emerging from the text by the jurist *Modestinus* and the constitution by Constantin the Great by offering an analysis of the problem from a diachronic perspective, based on the sources at our disposal. This kind of approach will allow to underline the evolution of the *damnatio ad metalla* over the centuries in Ancient Rome, from the Principate to Late Antiquity and to suggest a solution to the above-mentioned antinomy, not based on the idea that the rescript by Hadrian established a rule, whereas the other sources simply represented exceptions to that rule.

PAROLE CHIAVE

Damnati ad metalla; *opus metalli perpetuum*; rescritto adrianeo; *damnatio ad metalla ad tempus*; gradualità delle pene.

NOTE IN TEMA DI CONDANNA *AD TEMPUS* NELLE *DAMNATIONES AD METALLA**

SOMMARIO: 1. Il divieto di condanne *ad metalla* e *in opus metalli ad tempus* in D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*). – 2. Evoluzione del sistema repressivo e gradualità delle pene: le diverse tipologie di condanna al lavoro nelle miniere. – 3. Il problema delle *damnationes ad metalla ad tempus* in D. 48.19.23 (Mod. 8 *reg.*) e CTh. 1.5.3: una proposta di lettura diacronica in merito alla presunta antinomia tra condanne ai *metalla* perpetue e *ad tempus*.

1. IL DIVIETO DI CONDANNE *AD METALLA* E *IN OPUS METALLI AD TEMPUS* IN D. 48.19.28.6 (CALL. 6 *DE COGN.*).

Nel sesto libro *de cognitionibus*, Callistrato offre una particolareggiata trattazione relativa alle pene capitali,¹ che si apre con un'elencazione dei cosiddetti *summa supplicia* e nella

* Questo lavoro riprende ed amplia alcune delle considerazioni da me svolte durante la relazione tenuta presso il convegno *Miniere e diritto minerario. Storia giuridica e storia locale*, svoltosi a Cagliari, nei giorni 19 e 20 dicembre 2014. Desidero ringraziare sentitamente per l'invito a partecipare a tale incontro la Dottoressa Alice Cherchi e il Professor Fabio Botta, al quale va inoltre il mio ringraziamento per la proficua discussione avuta sul tema che sarà oggetto di trattazione in queste pagine.

¹ Su quest'opera, in generale, vd. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe*, Heidelberg 1931, 45 ss. e 82 (= *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz-Böhlau 1963, a cura di W. KUNKEL e M. KASER, 355 ss., da cui si citerà successivamente in questo contriuto); U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 554 ss.; R. BONINI, I «libri de cognitionibus di Callistrato». *Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della «cognitio extra ordinem»*, Milano 1964, 55 ss. e 83 ss. e, in particolare, 86-88; U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'.* (Note di diritto penale tardoclassico), in SDHI 34, 1964, 32-109 e, *praecipue*, in relazione al passo di Callistrato qui discusso, 65 s.; M. MORABITO, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste*, Paris 1981, 75; A. MCCLINTOCK, *Civil Death in Ancient Rome? The 'servitus poenae'*, in V.I. ANASTASIADIS, P.N. DOUKELLIS (a cura di), *Esclavage Antique et discriminations socio-culturelles. Actes du XXVIII^e Colloque International du GIREA (Mytilène, 5-7 Décembre 2003)*, Bern 2005, 322-328 e, *praecipue*, 324; EAD., *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, 45 nt. 87, 58, 70 nt. 28, 73 e 87 nt. 63 (su cui A. BANFI, Rec. a A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, in SDHI 78, 2012, 685-689; E. DOVERE, Rec. *I servi «senza più speranza di vita» dell'età del Principato*, in RDR 12, 2012, 1-5; B. SANTALUCIA, Rec. a A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, in Index 40, 2012, 686-694; P. GARNSEY, Rec. a A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, in IVRA 60, 2012, 284-289; J.K. STAGL, Rec. a A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale*, in ZSS 130, 2013, 654-663); F. REINOSO-BARBERO, *Entropía en las obras jurisprudenciales de Digesto*, in IVRA 58, 2010, 107 nt. 32. Riguardo a D. 48.19.28 pr. cfr. anche TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 908; G. MANCINI, D. 48.22. *De interdictis et relegatis et deportatis*, in F. LUCREZI, G. MANCINI (a cura di), *Crimina et delicta nel tardoantico. Atti del Seminario di studi (Teramo, 19-20 gennaio 2001)*, Milano 2003, 211-255 e, in particolare, 247; J.G.

quale egli intende distinguere tra le sanzioni che *'pertinent ad capitis periculum'*, le cosiddette *poenae capitales*,² e quelle che, viceversa, *'pertinent ad existimationem'*.³

WOLF, *Das Stigma Ignominia*, in ZSS 126, 2009, 55-113; F. PULITANÒ, *La morte 'in anticipo' dei condannati in attesa di esecuzione*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il corpo in Roma antica*, Pisa 2015, 249-276 e, in particolare, 253 ss.; A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae' nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7*, in AUPA 59, 2016, 209-239. Come messo in luce da Bonini, in questo lungo frammento Callistrato «enuncia lo schema secondo il quale si svilupperà tutta l'esposizione del libro VI *de cognitionibus*», dedicato alla classificazione delle pene.

² La trattazione delle pene capitali venne quindi ripresa nelle *Institutiones* giustinianee, I. 4.18.2: *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt, quaedam non capitalia. Capitalia dicimus, quae ultimo supplicio adficiunt, vel aquae et ignis interdictione vel deportatione vel metallo: cetera si qua infamiam irrogant cum damno pecuniario, haec publica quidem sunt, non tamen capitalia*. Come si può apprezzare dal testo, in questo caso la questione delle pene capitali, e dei relativi giudizi, si interseca con il problema del tipo di *iudicium* (*publicum* o meno), ma emerge chiaramente la distinzione tra le due diverse questioni, perché l'affermazione iniziale chiarisce che potevano esservi sia *iudicia publica capitalia*, sia *iudicia publica non capitalia*. Gli effetti legati ad alcune pene, pertanto, non dipendevano dal tipo di giudizio instaurato, bensì dalla tipologia della pena stessa, la quale, per il tramite della sentenza irrogata, poteva comportare una *status permutatio*, necessaria affinché, a partire dal I secolo d.C. in poi, la condanna inflitta potesse essere ricompresa all'interno del concetto di pena capitale, come venuto sviluppandosi da tale periodo in poi (secondo la dicotomia tra *servitus poenae* e *peregrinitas*, quest'ultima privativa della sola *civitas*). In tal senso, esemplare il testo di Macro D. 48.19.12 (Macer 2 *de off. praes.*), sul quale si veda *infra*, 40 ss. Sul passo delle *Institutiones*, vd. U. BRASIELLO, *La repressione nel diritto penale romano* cit., 95, 252, 513, 542, 562; E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 355 e nt. 78, 360, 368 e 377, nt. 114; F. SALERNO, *«Ad metalla». Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, Napoli 2003, 42 ss.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale* cit., 58 e nt. 116; T. BEGGIO, *Brevi considerazioni in tema di 'servitus poenae'*, in LR 1, 2012, 299-305 e *praecipue* 303 e nt. 18. Nel testo giustiniano, inoltre, manca il riferimento alle condanne del *ludum* e del *gladium*, in quanto i compilatori cancellarono le parti del provvedimento imperiale inerenti ai combattimenti gladiatori. Le ragioni di questa scelta sono sufficientemente chiare: questo tipo di manifestazioni, al tempo di Giustiniano, non soltanto era obsoleto, bensì ormai contrario al sentire dell'epoca. La *damnatio ad gladium*, per di più, era stata già oggetto di un intervento imperiale da parte di Costantino, il quale, con una costituzione del 325 d.C., riportata in CTh. 15.12.1, nonché in C. 11.44(43).1, impose di commutare siffatta condanna in quella al lavoro in miniera (e, dunque, nella *damnatio ad metalla*). Sebbene si sia voluto vedere in questo intervento imperiale un modo indiretto per cercare di abolire i *munera gladiatoria*, non si può dimenticare come appena cinque anni dopo lo stesso imperatore, con il cosiddetto rescritto di Spello, avesse garantito alla città in questione il diritto a mantenere il proprio spettacolo gladiatorio. Sulle motivazioni che avrebbero spinto Costantino ad intervenire per abolire, o quantomeno limitare l'applicazione della *damnatio ad gladium*, sono emerse diverse ipotesi in dottrina; gran parte degli studiosi ha addotto ragioni di ordine pubblico, o legate alla crisi economica, o ancora alla necessità di reperire uomini da far lavorare in miniera, sottolineando altresì l'influenza dei principi e dell'etica cristiana nei confronti dell'imperatore. Salerno ha evidenziato come, in realtà, la scelta potesse essere stata dettata dalla necessità di assicurare «una maggior pubblicità alla forza repressiva dello Stato», di modo che la pena avesse una «maggiore capacità deterrente». Con la condanna ai giochi gladiatori, invece, si sarebbe corso il rischio che il divertimento del popolo e l'attrazione verso i combattimenti ed il sangue potessero prevalere sulla funzione di deterrenza della pena stessa. Sul punto De Giovanni ritiene molto probabile che la costituzione costantiniana avesse trovato applicazione solo in Oriente. In tema di condanna *ad gladium*, d'altro canto, si deve anche menzionare il più tardo intervento del 404 d.C., attribuito ad Onorio, il quale, tuttavia, ancora una volta non comportò la cessazione definitiva dei *munera gladiatoria*, tant'è che in dottrina vi è chi ritiene, come Wiedemann, che si trattasse piuttosto di un intervento specifico a scopo punitivo nei confronti di talune comunità, avente per oggetto la sospensione temporanea dei combattimenti gladiatori. Pare verosimile, invece, che questi ultimi avessero mantenuto la loro vitalità ancora per tutto il IV secolo d.C., quantomeno nella penisola Italica, in Africa e nella *pars* orientale dell'Impero, mentre probabilmente in quella occidentale la loro importanza cominciò a scemare sin dalla fine del II secolo d.C. in poi. Certo è il fatto,

Il testo si apre, infatti, come segue:

D. 48.19.28 pr.-1 (Call. 6 *de cogn.*): [pr.] *Capitalium poenarum fere isti gradus sunt.*

tuttavia, che all'epoca in cui Giustiniano era imperatore essi fossero ormai stati aboliti definitivamente, come si evince da un confronto tra la rubrica del *Codex giustiniano*, '*De gladiatoribus penis tollendis*', e quella del Teodosiano '*De gladiatoribus*' (15.12). Apprendiamo da CTh. 9.40.8, in ogni caso, che i combattimenti gladiatori, al tempo di Valentiniano, nel 365 d.C., erano ancora ben presenti nell'Impero. Cfr. F. SALERNO, «*Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent*», in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, IV, Napoli 2007, 2423-2435 e, *praecipue*, 2433. Sul cosiddetto rescritto di Spello, si vedano G. LAFAYE, v. *Gladiator*, in *Daremberg-Saglio. Dictionnaire des Antiquités Grecques et Romaines*, II.2, Paris 1896, 1523 ss.; J. GASCOU, *Le rescript d'Hispellum*, in *MEFRA* 79, Roma 1967, 649; C. DUPONT, *La conquête de l'Orient par Costantin*, in *RIDA* 18, 1971, 493 e nt. 71; A. CAMERON, *Circus factions. Blues et Greens at Rome and Byzantium*, Oxford 1976, 170 ss.; J.-N. ROBERT, *Les plaisirs à Rome*, Paris 1983, 90 ss.; TH. E.J. WIEDEMANN, *Emperors and Gladiators*, London-New York 1992, 157 e 170 ss.; K. TABATA, *The date and setting of the Constantinian inscription of Hispellum* (CIL XI, 5265 = ILS 705), in *SCO* 45, 1995, 369-410; E. FRANCIOSI, «*Dies festos nullis volumus voluptatibus occupari*». *Spettacoli e feste cristiane nella legislazione postclassica e giustiniana*, in F. BOTTA (a cura di), *Il diritto giustiniano fra tradizione classica e innovazione*, Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Cagliari, Torino 2003, 53 ss., ove ulteriore bibliografia; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. II. Studi sui 'libri de officio proconsulis' e la loro fortuna tardo antica*, Napoli 2004, 14 e nt. 8; L. DE GIOVANNI, *L'imperatore Costantino e il mondo pagano*, Napoli 2008, 99 ss., 103 ss. e 152 ss. Sulla costituzione di Costantino del primo ottobre del 325 d.C., vd. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, in *AUPA* 16, 1931, 408 ss.; G. VILLE, *Religion et politique: comment on pris fin les combats de gladiateurs*, in *Annales ESC* 34, 1979, 651 ss.; TH. E.J. WIEDEMANN, *Emperors and Gladiators* cit., 156 s.; M. FORLIN PATRUCCO, *Tra paganesimo e cristianesimo: gladiatori, martiri e il sangue versato nell'arena*, in *Sangue e antropologia nella liturgia*, Atti della IV settimana di Studio-Roma nov. 1983, vol. IV, Roma 1984, 1597 ss.; P. VEYNE, *Païens et chrétiens devant la gladiature*, in *MEFRA* 111, Roma 1999, 883 ss.; J.P. THUILLIER, *Les factions du cirque sur trois mosaïques de Madrid*, in *MEFRA* 115, Roma 2003, 295 ss.; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero. II cit.*, 17 s. e ntt. 16 e 17; F. SALERNO, «*Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent*» cit., 2423-2435; F. MEIJER, *Un giorno al Colosseo. Il mondo dei gladiatori*, Roma-Bari, 2006, 172; L. DE GIOVANNI, *L'imperatore Costantino e il mondo pagano* cit., 98 ss. e 177 ss.; su C. 11.44(43).1 vd. G. LUCCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 570 ss. e nt. 151. Infine, in merito al progressivo venir meno dei combattimenti gladiatori, in Occidente prima, e poi, definitivamente, in tutto l'Impero, vd., oltre a TH. E.J. WIEDEMANN, *Emperors and Gladiators* cit., 146 ss., anche G. VILLE, *La gladiature en Occident des origines à la mort de Domitien* cit., 447 ss.; P. VEYNE, *Le pain et le cirque. Sociologie historique d'un pluralisme politique*, Paris 1976, 701 ss.; C. MASI DORIA, *La gladiatura in Occidente*, in *Index* 12, 1983-1984, 576 ss.; M. CLAVEL-LEVEQUE, *L'Empire en jeux. Espace symbolique et pratique sociale dans le monde romain*, Paris-Lyon 1984; J.P. CALLU, *Le jardin de supplices au bas-empire*, in *Du châtimement dans la cité. Supplices corporel et peine de mort dans le monde antique* (Table ronde Rome 1982), Roma-Paris 1984, 313 ss.; D. GRODZYSKI, *Tortures mortelles et catégories sociales. Les summa supplicia dans le droit romain aux IIIe et IVe siècles*, in *Du châtimement dans la cité. Supplices corporel et peine de mort dans le monde antique*, Roma 1984, 361-403; M. BUONOCORE, *La 'res amphitheatralis' nella 'Historia Augusta': una possibilità di datazione post-teodosiana*, in *Parola del Passato* 40, 1985, 103 ss.; R. MACMULLEN, *Late roman slavery*, in ID., *Changes in the Roman Empire*, Princeton 1990, 236 ss.

³La principale conseguenza di queste pene, naturalmente, consisteva nell'*infamia*, su cui A. BISCARDI, *Nozione classica ed origini dell'«auctoramentum»*, in *Studi in onore di P. De Francisci*, IV, Milano 1956, 119, ma solo in relazione alla tematica dell'*auctoramentum*, mentre, più in generale, sul tema si vedano A.H.J. GREENIDGE, *'Infamia': its place in roman public and private Law*, Oxford 1894; TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 993 ss.; E. LEVY, *Zur Infamie im römischen Strafrecht*, in *Studi in onore di S. Riccobono*, II, Palermo 1932, 79-100 (= *Gesammelte Schriften*, II cit., 509 ss.); M. KASER, *Infamia und ignominia in den römischen Rechtsquellen*, in *ZSS* 73, 1956, 220 ss.; A. MAZZACANE, v. *Infamia* (Storia), in *Enc. dir.* 21, Milano 1971, 382 ss. e, più recentemente, su *ignominia ed infamia*, vd. J.G. WOLF, *Das Stigma Ignominia* cit., 55-113.

Summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio. Item vivi crematio: quod quamquam summi supplicii appellatio merito contineretur, tamen eo, quod postea id genus poenae adinventum est, posterius primo visum est. Item capitis amputatio. Deinde proxima morti poena metalli coercitio. Post deinde in insulam deportatio. [1] Ceterae poenae ad existimationem, non ad capitis periculum pertinent, veluti relegatio ad tempus, vel in perpetuum, vel in insulam, vel cum in opus quis publicum datur, vel cum fustium ictu subicitur.

Secondo la descrizione proposta dal giurista, tra le pene che ‘*ad capitis periculum pertinent*’ debbono essere annoverate tutte quelle che siano immediatamente privative della vita, nonché quelle che, per quanto indirettamente, possano metterla seriamente a repentaglio.

L’elenco, in questo modo, diventa più eterogeneo di quanto non ci si potrebbe attendere: se, infatti, Callistrato non manca di citare la *damnatio ad furcam*, la *vivicrematio* e la *capitis amputatio*, in quanto rappresentanti a pieno titolo i cosiddetti *summa supplicia* (il giurista non menziona, tuttavia, alcune condanne sicuramente rilevanti in seno a tale categoria di supplizi, come la *obiectio bestiis* e la *damnatio ad gladium*, della quale ritroviamo un chiaro riferimento in Coll. 11.7.1-4),⁴ egli, al tempo stesso, prosegue nella sua elenca-

⁴ Emerge chiaramente da questo passo, tratto dall’ottavo libro *de officio proconsulis* di Ulpiano, la differenza tra la *damnatio ad ludum* e la *damnatio ad gladium*, diversità che pare, tuttavia, essere stata tendenzialmente trascurata dalla dottrina che si sia occupata del tema. In realtà, da questo testo apprendiamo che sia il condannato *ad gladium*, sia quello *ad ludum*, erano destinati a combattere nelle arene, quali gladiatori; a distinguere, tuttavia, il *damnatus ad gladium* dall’altra categoria di condannati vi era l’ineluttabile conseguenza della pena alla quale questi era soggetto: la morte, che qualora non fosse avvenuta negli scontri nell’arena, si sarebbe comunque dovuta consumare entro un anno di tempo dall’emanazione della sentenza, mediante altra via (verosimilmente, la decapitazione). Il condannato *ad ludum*, viceversa, come qualsiasi altro gladiatore, avrebbe potuto addirittura sperare in un ritorno alla libertà, ottenendo, dopo tre anni, la *rudis*, oppure, dopo cinque, il *pilleus* (o *pileus*). Vd. G. VILLE, *La gladiature en Occident des origines à la mort de Domitien* cit., 100, 232 nt. 12, 252 nt. 57, 254, 277, 312 nt. 198, 317 nt. 208, 322 nt. 214, 323, 325-329, 370; M.G. MOSCI SASSI, *Il linguaggio gladiatorio*, Bologna 1992, 151 e 164-165; cfr. inoltre v. ‘*pilleus*’ e v. ‘*2. rudis*’ in A. WALDE-J.B. HOFMANN, *Lateinische etymologisches Wörterbuch*, II, Heidelberg 1938, rispettivamente 303 s. e 447. Il passo riportato nella *Collatio*, 11.7.1-4 può essere confrontato con quanto si legge in D. 47.14.1 (Ulp. 8 *de off. proc.*). Su entrambe le fonti si veda V. MAROTTA, *Ulpiano e l’impero*. II cit., 15-19 e A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Berlin 2006, 277-283. Su Coll. 11.7.1-2, vd. inoltre S. PIETRINI, *A proposito della sanzione nel reato di abigeato*, in *Studi senesi* 102, 1990, 455 ss. e B. SANTALUCIA, *Adriano e il rango sociale dei rei*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano 2009, 473-481, e sul punto, in particolare, 476 ss. La versione più affidante e completa del rescritto adrianeo, tradito nei due passi, è quella della *Collatio*, poiché, come emerge in modo evidente da un confronto tra i due testi, e come sostiene lo stesso Marotta, i compilatori giustiniani cancellarono le parti del provvedimento imperiale inerenti ai combattimenti gladiatori. Infine, la bontà dell’interpretazione che vede come due pene ben distinte la *damnatio ad gladium* e la *damnatio ad ludum*, per quanto entrambe rientranti nell’alveo della *servitus poenae* e legate ai *munera gladiatoria*, viene ulteriormente corroborata dalla lettura dell’*aes Italicense*, ll. 56-58; riguardo a tale testo, per una prima breve analisi della sezione in questione, mi permetto di rinviare a T. BEGGIO, *Brevi considerazioni in tema di ‘servitus poenae’* cit., 304 s. Il testo del documento epigrafico proveniente da Italica è stato di recente preso in considerazione anche in A. MCCLINTOCK, *Nemesi dea del νόμος. Modalità e simboli della repressione criminale nei primi secoli dell’impero romano*, in *RIDA* 62, 2015, 289-306, e in particolare 294 s. L’autrice, tuttavia, oltre a riportare un’edizione assai datata del testo dell’*aes Italicense*, ed a ritenere, richiamandosi sostanzialmente alle sole tesi espresse nel contributo ad opera di M. CARTER, *Gladiatorial ranking and the “SC de Pretiis Gladiatorum minuendis”* (CIL II 6278 = ILS 5163), in *Phoenix* 57, 2003, 83-114, che il provvedimento riportato nel bronzo di Italica fosse riservato alle sole Gallie, soluzione assai verosimilmente da escludersi, trascura la distinzione tra le due tipologie di *damnationes* descritte.

zione riportando la *damnatio* alla *poena metalli*,⁵ ma si cura di tenerla distinta dai *summa supplicia*, poiché definisce tale condanna ‘*proxima morti*’. Ciò significa che essa non attentava alla vita del condannato, se non in via mediata, a causa delle condizioni disumane in cui questi si sarebbe trovato a vivere e a lavorare.⁶ Siamo di fronte, in realtà, ad un interessante esempio di equiparazione, da parte del giurista, quanto agli effetti giuridici, tra una condanna non privativa della vita (o meglio, non necessariamente privativa della vita), e condanne che, invece, proprio per tale caratteristica si distinguevano.

Singolare potrebbe invece apparire il fatto che Callistrato annoveri tra le pene che ‘*perinent ad capitis periculum*’ anche la *deportatio*. In dottrina, però, si è giustificato tale inserimento sulla scorta di quanto contenuto in D. 48.19.28.13-14 (Call. 6 *de cogn.*),⁷ laddove il giurista elenca, rifacendosi alle disposizioni contenute in un editto dell'imperatore Adriano, le conseguenze che avrebbero subito coloro che, relegati su di un'isola o deportati,⁸ o in *custo-*

⁵ Curiosamente, tuttavia, il giurista non fa alcun cenno alla *damnatio ad ludum*, altra pena non direttamente privativa della vita. Cfr. inoltre F. SALERNO, «*Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent*» cit., 2430. Sul *ius in metallum damnandi* e sulla competenza spettante in proposito al *praefectus urbi*, si vedano M. MANGIN, *Dannare in metallum ou le problème des techniques dans l'antiquité grecque et romaine*, in *Innovations et nouveaux techniques de l'Antiquité à nous jours*, in J.-P. KINTZ (a cura di), *Actes du Colloque international du Mulhouse (septembre 1987)*, Strasbourg 1989, 53-65; F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 36 ss. e 79 ss., sul quale F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «*Ad metalla*». *Aspetti giuridici del lavoro in miniera*, in IVRA 54, 2003 (pubbl. 2006), 295-309; D. LASSANDRO, *I 'damnati in metalla' in alcune testimonianze antiche*, in M. SORDI (a cura di), *Coercizione e mobilità umana nel mondo antico*, Milano 1995, 271-277; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*. II cit., 171 ss.

⁶ Per una prima panoramica d'insieme sul lavoro nelle miniere, con particolare attenzione dedicata anche ai condannati *ad metalla*, vd. F. SALERNO, *Ad metalla* cit.; F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 295 ss., nonché, da ultima, A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae' nel tardo impero. A proposito di C. 11.7(6).7* cit., 209-239, ove ulteriore bibliografia. Si veda inoltre, per un'analisi del riferimento ai *metalla* in Isidoro, D. DI OTTAVIO, *Octo genera poenarum (a margine di August., civ. Dei 21.11 e Isid., etym. 5.27.1 ss.)*, in AUPA 57, 2014, 321-338.

⁷ D. 48.19.28.13-14 (Call. 6 *de cogn.*): *In exilibus gradus poenarum constituti edicto divi Hadriani, ut qui ad tempus relegatus est, si redeat, in insulam relegetur, qui relegatum in insulam excesserit, in insulam deportetur, qui deportatus evaserit, capite puniatur. Ita et in custodiis gradum servandum esse idem princeps rescripsit, id est ut, qui in tempus damnati erant, in perpetuum damnarentur, qui in metallum damnati id amiserint, summo supplicio adficerentur.*

⁸ In tema di relegazione e deportazione insulare, si vedano G. KLEINFELLER, v. ‘*deportatio in insulam*’, in PWRE V.1, München 1903, 231-233; ID., v. ‘*relegatio*’, in PWRE I a.1, Stuttgart 1914, 564 s.; F. v. HOLTZENDORFF, *Die Deportationsstrafe im roemischen Altertum. Hinsichtlich ihrer Entstehung und rechtsgeschichtlichen Entwicklung dargestellt*, Leipzig 1859 (rist. Aalen 1975); TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 964 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del Diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, I, Milano 1905, 126 e 228 ss. (il testo del Ferrini è successivamente apparso quale ristampa, in forma di monografia: C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma 1976); E. COSTA, *Crimini e pene da Romolo a Giustiniano*, Bologna 1921, 14, 95, 129 e 165; U. BRASIELLO, *La repressione nel diritto penale romano* cit., 272 ss.; S. DI MARZO, *Storia della procedura criminale romana*, Napoli 1986, 24-27, 34 e 36-40; U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 65 e nt. 101; G. AMIOTTI, *Primi casi di relegazione e di deportazione insulare nel mondo romano*, in M. SORDI (a cura di), *Coercizione e mobilità umana nel mondo antico* cit., 245-258; G. MANCINI, D. 48.22. *De interdictis et relegatis et deportatis* cit., 211 ss.; B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei 'deportati in insulam'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, VII, Napoli 2001, 173-190 ed in C. BERTAND-DAGENBACH, A. CHAUVOT, J.-M. SALAMITO, D. VAILLANCOURT (a cura di), *Carcer II. Prison et privation de liberté dans l'Empire romain et l'Occident médiéval*, Paris 2004, 9-19 (= *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 207 ss.); ID., *Adriano e il rango sociale dei rei* cit., 473-481, e sul punto, in particolare, 474 s.

*dia*⁹ e condannati all'*opus metalli*, o, ancora, *damnati in metalla*, avessero tentato di evadere dall'isola o dal luogo in cui erano stati deportati o erano detenuti per sfuggire alla loro condizione.

Il passaggio ci permette di apprezzare la gradualità delle pene e del loro eventuale inasprimento, conseguenza della condotta dell'evaso: l'esiliato *ad tempus*, avrebbe dovuto essere relegato su di un'isola indeterminatamente, il relegato *in perpetuum* avrebbe dovuto essere deportato e colui che avesse subito la *deportatio*, invece, qualora avesse tentato la fuga, sarebbe andato incontro alla pena capitale.

Allo stesso modo, il condannato all'*opus metalli ad tempus* avrebbe visto commutare la propria condanna temporanea in una *in perpetuum*, colui che già avesse ricevuto una pena perpetua all'*opus* sarebbe diventato un *damnatus in metalla* e quest'ultimo, qualora avesse tentato di fuggire, sarebbe stato condannato al *summum supplicium*.

Si evince chiaramente, pertanto, come solo la punizione per chi avesse cercato di evadere dal luogo in cui era stato deportato, o di sottrarsi alla propria condanna ai *metalla*, avrebbe comportato la morte del reo. Questo potrebbe spiegare, pertanto, in modo abbastanza plausibile, il motivo dell'inserimento della stessa *deportatio* all'interno delle condanne che avrebbero messo a repentaglio la vita del condannato, anche se la sistematica di Callistrato resta comunque singolare.¹⁰

È sulla condanna ai *metalla*, tuttavia, che si intende soffermare l'attenzione in questo contributo, avendo particolare riguardo alla problematica inerente al *tempus*, per domandarsi, cioè, se fosse configurabile, secondo quanto pare emergere da alcune fonti, una forma siffatta di *damnatio* limitata nel tempo, e, in caso di risposta affermativa, quali fossero le conseguenze giuridiche che da essa sarebbero scaturite.

Al fine di poter procedere in questo studio, è necessario tornare al frammento di Callistrato e, in particolar modo, a quanto si legge in

D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*): *Divus Hadrianus in haec verba rescripsit: 'In opus metalli ad tempus nemo damnari debet sed qui ad tempus damnatus est, etiamsi faciet metallicum opus,*

⁹ F. LA ROSA, *Nota sulla «custodia» nel diritto criminale romano*, in *Syntelesia. Studi in onore di V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 310 ss.; F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, from the Julio-Claudians to Constantine*, in *Hard Labour in the Roman Empire from the Julio-Claudians to Constantine*, in *PBSR* 52, 1984, 139; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994, 140-144; C. CASCIONE, *Tresviri capitales*, Napoli 1999, 161 ss.; Y. RIVIÈRE, *Le cachot et les fers. Détention et coercition à Rome*, Paris 2004.

¹⁰ Per quanto la soluzione prospettata dalla dottrina possa apparire, nel complesso, ragionevole, l'inciso relativo alla *deportatio* desta qualche sospetto. L'inserimento di quest'ultima tra le pene capitali, in modo così didascalico, potrebbe forse far pensare alla presenza di una interpolazione. Non è un caso, infatti, che proprio in epoca tardoantica si faccia strada una classificazione delle pene meno rigida che in precedenza, in risposta ad un'esigenza di graduazione della condanna, sulla quale si ritornerà *infra*, § 2 e ss. Di questa evoluzione è una testimonianza Paul. Sent. 5.17.2[3]: *Summa supplicia sunt crux crematio decollatio: mediocrum autem delictorum poenae sunt metallum ludus deportatio: minime relegatio exilium opus publicum vincula*. Rispetto all'elaborazione classica, anche la condanna ai *metalla* diviene, nelle parole dell'autore delle *Pauli Sententiae*, punizione per *delicta mediocra*, occupando perciò una posizione diversa rispetto a quella ad essa attribuita, ad esempio, da Callistrato, allorchando la definisce '*proxima morti*'. In questo senso, pertanto, l'inciso '*post deinde in insulam deportatio*' potrebbe essere un'aggiunta posteriore al testo originale del giurista. Da un rapido confronto con l'*Index Interpolationum*, sebbene taluni sospetti di interpolazione siano caduti su D. 48.19.28 pr., nessuno di essi ha interessato anche l'inciso discusso in questa nota. Cfr. *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur. Editionem a Ludovico Mitteis inchoatam ab aliis viris doctis perfectam*, III, curaverunt E. LEVY, E. RABEL, Weimar 1935, col. 546.

*non in metallum damnatus esse intellegi debet: huius enim libertas manet, quamdiu etiam hi, qui in perpetuum opus damnantur. Proinde et mulieres hoc modo damnatae liberos pariunt.*¹¹

Callistrato, in questo frammento, si occupa della condanna ai *metalla*, e l'occasione per trattare di questo tipo di pena origina dal commento ad un rescritto di Adriano. Proprio a quest'ultimo, infatti, deve essere riconosciuto il merito di aver operato una prima sistemática regolamentazione delle pene dell'*opus metalli* e del *metallum*, tale da introdurre, nell'ambito della più generica *poena metalli*, una differenziazione a seconda del *gradus* della condanna stessa.¹²

Leggendo il testo, apprendiamo, anzitutto, che la prima delle due condanne non avrebbe dovuto essere comminata *ad tempus*, ma, qualora ciò fosse avvenuto, il condannato non si sarebbe potuto definire alla stregua di un *damnatus in metallum*, ovverosia non avrebbe avuto il medesimo *status* giuridico di quest'ultimo, bensì sarebbe rientrato nell'alveo dei condannati all'*opus*; anzi, più precisamente, si sarebbe ottenuta una equiparazione, quanto ad effetti giuridici, tra l'*opus metalli ad tempus* e l'*opus publicum perpetuum*, come prosegue l'imperatore, perché i condannati, in entrambi i casi, avrebbero mantenuto la loro *libertas*.¹³ Come

¹¹ Su cui vedere E. LEVY, *Gesetz und Richter im kaiserlichen Strafrecht*, in BIDR 45, 1938, 138 ss. (= *Gesammelte Schriften*, II, cit., 489 ss.); A. DELL'ORO, *I 'libri de officio' nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, 194 e nt. 353; U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 51 ss.; H. WIELING, *Die Begründung des Sklavenstatus nach Ius Gentium und Ius Civile*, in J.M. RAINER (a cura di), *Corpus der römischen Rechtsquellen zur antiken Sklaverei (CRRS)*, I, Stuttgart 1999, 71; F. SALERNO, *Ad metalla* cit., 51 e 55; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena* cit., 45 e 73; A. SCHILLING, *Poenae extraordinariae. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, Berlin 2010, 191; A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae'* cit., 220-222, ove ulteriore bibliografia in tema di condanna *ad metalla*. Nel senso di leggere nel rescritto adrianeo una disposizione «transitoria», onde per cui solo nella prassi si sarebbe continuato a distinguere tra le diverse tipologie di condanna ai *metalla*, vd. U. BRASIELLO, *La repressione nel diritto penale romano* cit., 381. La posizione dell'autore, tuttavia, come si vedrà dell'analisi del frammento, e come si può evincere, più in generale, dalle fonti che si occupano di questo tipo di *damnatio*, non può essere accolta. Infine, il Mommsen dubitava della genuinità dell'inciso '*quamdiu etiam hi, qui in perpetuum opus damnantur*', che sarebbe stato da modificare in '*quam perdunt...*'. Circa l'esistenza di un'interpolazione concorda Brasiello, il quale, tuttavia, sulla base della lettura di Bas. 50.51.26, ritiene che non sia accoglibile la correzione proposta dal Mommsen. Cfr. TH. MOMMSEN, P. KRÜGER, *Digesta Iustiniani Augusti. Editio maior*, 2, Berolini 1870, 852, nonché TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 943 ss. e U. BRASIELLO, *La repressione nel diritto penale romano* cit., 381 e nt. 59. Non ritengono, viceversa, che sia riscontrabile la presenza di glossemi in relazione a suddetto inciso O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, col. 92; E. LEVY, E. RABEL, *Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur* cit., III, col. 546; U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 51 s. e nt. 58, la cui interpretazione, volta a negare la possibilità che il frammento nel passaggio in questione sia interpolato, pare in definitiva dover essere accolta.

¹² Sulla questione del *gradus* nell'ambito delle condanne a lavorare nelle miniere, tema sul quale esiste ormai una consolidata dottrina, vd. V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*⁴, Napoli 1997, 125; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 250 s.; F. SALERNO, *Ad metalla* cit., 43 ss.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale* cit., 45; M.V. SANNA, *Mulieres ad metalla damnatae*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per A. Corbino*, VI, Tricase 2016, 478 ss.; A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae'* cit., 220 ss. e nt. 28, ove è possibile rinvenire un'ampia ed accurata panoramica della questione, con ulteriore bibliografia, riguardante anche il dibattito dottrinale relativo ai tratti distintivi delle tre tipologie di condanna. Nel lavoro di Salerno, *l.c.*, come già evidenziato da A. CHERCHI, *op. cit.*, 220 nt. 28, è possibile rinvenire, inoltre, un elenco delle fonti più significative in merito ai tre diversi *gradus* – e cioè, *damnatio ad metalla*, in *opus metalli*, in *ministerium metallorum* – della condanna al lavoro nelle miniere.

¹³ Cfr. sul punto anche U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 51.

possiamo notare, è un primo segnale, questo, dell'incidenza della condanna sullo *status damnatorum*, elemento che caratterizzava profondamente l'istituto della *servitus poenae*.¹⁴

In secondo luogo, le donne che avessero subito una condanna siffatta avrebbero partorito figli liberi, poiché la loro *libertas* non sarebbe risultata menomata a seguito dell'emanazione della sentenza.¹⁵

Da ultimo, ma non certo meno importante, emerge il fatto che il *princeps* avesse deciso di mantenere in vita la pena dell'*opus metalli*, ma stabilendo che, da quel momento in poi, essa avrebbe dovuto essere irrogata *in perpetuum*, e, in quanto tale, sarebbe rientrata nel novero delle condanne privative della libertà. La disposizione rappresentò, in realtà, una novità di grande momento, perché faceva sì che anche questa pena incidesse sulla *libertas* del condannato, e, in tal modo, la equiparava, quanto ad effetti, alla *damnatio ad metalla*.

Riassumendo, pertanto, possiamo affermare che in età adrianea coesistevano le seguenti tipologie di condanne al *metallum*: da un lato, quella consistente nella pena dell'*opus metalli ad tempus*, equiparata, quanto ad effetti, all'*opus publicum perpetuum*, e non privativa della libertà, proprio come quest'ultima. Dall'altro, l'*opus metalli* perpetuo, capace di incidere sullo *status* del condannato, privandolo definitivamente della sua *libertas*, e per questo giuridicamente sovrapponibile alla *damnatio ad metalla*, alla quale comunque andava ad affiancarsi. Queste ultime due condanne, facendo venire meno la *libertas* del condannato, e dando luogo così ad una *capitis deminutio maxima*, comportavano sostanzialmente come diretta conseguenza l'assoggettamento dello stesso alla condizione di servo della pena.

È opportuno ricordare, tuttavia, come permanessero talune diversità, nella prassi, tra la condanna all'*opus metalli* e la *damnatio ad metalla*. Quest'ultima, infatti, consisteva in una pena assai più dura e disumana, '*proxima morti*', per utilizzare la definizione dello stesso Callistrato,¹⁶ e comportava che molti condannati fossero costretti a lavorare nel profondo

¹⁴ T. BEGGIO, *Brevi considerazioni in tema di 'servitus poenae'* cit., 299 ss. e, in precedenza, alla questione è stato dato risalto in G. DONATUTI, *La schiavitù per condanna*, in BIDR 42, 1934, 219-237 (= *Studi di Diritto romano*, II, Milano 1977, 541 ss.); U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 32 ss. e 81, in particolare.

¹⁵ Sul punto, si rimanda a A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae'* cit., 220 ss.

¹⁶ Delle condizioni in cui si trovavano costretti a lavorare i condannati ai *metalla* abbiamo numerose e particolareggiate testimonianze nelle fonti. Tertulliano, ad esempio, in più luoghi delle sue opere, descrive lo stato di disperazione in cui questi uomini versavano; vd. Tert., *Cult. fem.* 1.5.1; *Apol.* 27.7; 39.6; 44.3; altrettanto intense e crude le rappresentazioni di Cipriano, *ep.* 76.2.3-4 e 76.5. Le testimonianze di questi due autori, peraltro, confermano come la *damnatio ad metalla* rappresentasse la pena tipica irrogata nei confronti dei cristiani. Anche gli autori latini, tuttavia, non mancarono di raccontare le condizioni dei minatori ed emerge, dalle loro testimonianze, come nella maggior parte dei casi a colpirli fossero il pallore ed il colorito malsano dei condannati. Si vedano, in tal senso, Lucr., *de rer. nat.* 6.806 ss.; Lucan., *Phars.* 4.298. Molto significativa, infine, anche la testimonianza di Plinio il Vecchio, il quale racconta come nelle miniere si lavorasse di giorno e di notte, e come soltanto pochi fortunati avessero la possibilità di vedere la luce del sole: questi erano i '*novissimi*', coloro che, nella lunga catena dei minatori, si trovavano più vicini all'uscita. Cfr. Plin., *Nat. hist.* 33.4(21).71. Non è un caso, dunque, che nelle opere dei Padri della Chiesa, la *damnatio ad metalla* venisse equiparata ad una morte prolungata. In dottrina si vedano I. LANA, *La condizione dei minatori nelle miniere secondo Plinio il Vecchio e altri autori antichi*, in ID., *Sapere lavoro e potere in Roma antica*, Napoli 1990, 143 ss. e 165 ss.; V. NERI, *I marginali nell'Occidente tardoantico. Poveri, 'infames' e criminali nella nascente società cristiana*, Bari 1998, 234 ss. e 488 ss.; F. SALERNO, *«Ad metalla»* cit., 33 ss. e 130-132, nonché, in relazione a Tertulliano, T.D. BARNES, *Tertullian. A Historical and Literary Study*, Oxford 1985, 143 ss.; H. WILSDORF, *Zur Historia Christianorum ad metalla damnatorum*, in H. KALCYK, B. GULLATH, A. GRAEBER (a cura di), *Studien zur alten Geschichte. Siegfried Lauffer zum 70. Geburtstag*, III, Roma 1986, 1031 ss.

delle miniere, senza poter vedere la luce, mentre l'*opus metalli*, verosimilmente, non riguardava anche le attività di estrazione, bensì era limitato a quelle di trasporto e trasformazione dei minerali.¹⁷

Sul punto risulta infatti illuminante un passo di Ulpiano, tratto dal nono libro *de officio proconsulis*,¹⁸ e trādito in D. 48.19.8.

Il testo del giurista, proveniente dal titolo *de poenis*,¹⁹ si presenta come un ampio *excursus* sui *genera poenarum*, che si apre, al paragrafo primo,²⁰ prendendo in considerazione la punizione del *gladium*, da leggersi quale decapitazione, owerosia uno dei *summa supplicia*²¹ privativi della vita. Al fianco delle pene che '*vita adimant*', esistono poi quelle chi incidono, invece, sulla sola *libertas*; a seguire, Ulpiano presenta la sua approfondita ed articolata descrizione in tema di *damnatio in metallum*,²² che inizia al quarto paragrafo del fram-

¹⁷ Cfr. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 951; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* cit., 152-154; F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire from the Julio-Claudians to Constantine* cit., 139; R. DELMAIRE, *Largesses sacrée et res privata. L'aerarium imperial et son administration du IV^e au VI^e siècle*, Roma 1989, 424 ss.; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano* cit., 4 ss., 129, 140-143; V. NERI, *I marginali nell'Occidente tardoantico* cit., 476 e nt. 299; A. CHAUVOT, *La détention sous Tibère*, in C. BERTRAND-DAGENBACH et al. (a cura di), *Carcer. Prison et privation de liberté dans l'antiquité classique. Actes du colloque de Strasbourg (5 et 6 décembre 1997)*, Paris 1999, 163-176 e, *praecipue*, 167; F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 43 ss. e 49; F. PULITANÒ, *La morte 'in anticipo' dei condannati in attesa di esecuzione* cit., 256 ss. Dalla lettura di D. 48.19.8.6 (Ulp. 9 *de off. proc.*) si apprende che sussistevano differenze anche riguardo alla pesantezza delle catene previste per i condannati. Sul punto vd. A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano* cit., 5 e 129; Y. RIVIERE, *Le cachot et les fers* cit., 125; F. PULITANÒ, *La morte 'in anticipo' dei condannati in attesa di esecuzione* cit., 256 ss.; A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae'* cit., 220 ss., ove ulteriore bibliografia.

¹⁸ Sui libri *de officio proconsulis* si vedano D. MANTOVANI, *Il 'bonus praeses' secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del 'de officio proconsulis' di Ulpiano*, in BIDR 96-97, 1993-1994, 203-267 e V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli 2000; ID., *Ulpiano e l'impero*. II cit.

¹⁹ I libri IX e X del *de officio proconsulis* contengono, infatti, un'approfondita trattazione del giurista di età severiana in merito ai *genera poenarum*. Si vedano A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana* cit., 191 s. e A. LOVATO, *Il carcere nel Diritto Penale Romano. Dai Severi a Giustiniano* cit., 139 ss. Relativamente alle vicende della trasmissione testuale del libro IX dell'opera ulpiana presso la Scuola di Berito, vd. V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*. II cit., 121 ss.

²⁰ D. 48.19.8.1 (Ulp. 9 *de off. proc.*): *Vita adimitur, ut puta si damnatur aliquis, ut gladium in eum animadvertatur. Sed animadverti gladio oportet, non securi vel telo vel fusti vel laqueo vel quo alio modo. Proinde nec liberam mortis facultatem concedendi ius praesides habent. Multo enim vel veneno necandi. Divi tamen fratres rescripserunt permittentes liberam mortis facultatem.*

²¹ Cfr. sul punto V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*. II cit., 215 s. Altri *summa supplicia* erano la *vivicrematio*, la *damnatio in crucem*, *ad furcam* e *ad bestias*, come possiamo apprendere, oltre che dalla lettura del già citato D. 48.19.28 pr. (Call. 6 *de cogn.*), anche da Tert., *ad Martyras* 4.9: *Igitur si tantum terrenae gloriae licet de corporis et animae vigore, ut gladium, ignem, crucem, bestias, tormenta contemnat sub praemio laudis humanae, possum dicere, modicae sunt istae passionis ad consecutionem gloriae caelestis et divinae mercedis*; e da Tert., *ad Scapulam* 4.8: *Pro tanta innocentia, pro tanta probitate, pro iustitia, pro pudicitia, pro fide, pro veritate, pro Deo vivo, cremamur; quod nec sacrilegi, nec hostes publici, verum nec tot maiestatis rei pati solent. Nam et nunc a praeside Legionis, et a praeside Mauritaniae vexatur hoc nomen, sed gladio tenus, sicut et a primordio mandatum est animadverti in huiusmodi*; nonché dal testo di Paul. Sent. 5.17.2(3): *Summa supplicia sunt crux crematio decollatio: mediocrium autem delictorum poenae sunt metallum ludus deportatio: minimae relegatio exilium opus publicum vincula*. Si vedano sul testo A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano* cit., 118; F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 40.

²² In tema di *damnationes*, per la valorizzazione dell'uso delle preposizioni '*in*' e '*ad*' a seguito del ver-

mento e prosegue sino all'ottavo, per completarsi con le notazioni che il giurista esprime, infine, nel decimo. Ai fini dell'analisi che si sta svolgendo in questa sede, è tuttavia sufficiente concentrare l'attenzione su

D. 48.19.8.6-7 (Ulp. 9 *de off. proc.*): [6] *Inter eos autem, qui in metallum et eos, qui in opus metalli damnantur, differentia in vinculis tantum est, quod qui in metallum damnantur, gravioribus vinculis premuntur, qui in opus metalli, levioribus, quodque refugae ex opere metalli in metallum dantur, ex metallo gravius coercentur.* [7] *Quisquis autem in opus publicum damnatus refugit, duplicato tempore damnari solet: sed duplicare eum id temporis oportet, quod ei cum superasset fugit, scilicet ne illud duplicetur, quod adprehensus in carcere fuit. "et si in decem annos damnatus sit, aut perpetuari ei debet poena aut in opus metalli transmitti". Plane si decennium damnatus fuit et initio statim fugit, videndum est, utrum duplicari ei tempora debeant, an vero perpetuari vel transferri in opus metalli: et magis est, ut transferatur aut perpetuetur. Generaliter enim dicitur, quotiens decennium excessura est duplicatio, non esse tempore poena artandam.*

Il sesto paragrafo del passo ulpiano è dedicato, in apertura, alla descrizione dei *vincula* previsti per i condannati al lavoro nelle miniere: più leggeri, nel caso di coloro che avessero dovuto scontare la pena dell'*opus metalli*; più pesanti, invece, per i *damnati ad metalla*. Anche questo elemento contribuiva a fare di quest'ultima condanna quella in assoluto più gravosa e temibile, all'interno della tripartizione²³ delle pene al lavoro nelle miniere – cui all'*opus metalli* deve essere aggiunta quella in *ministerium metallicorum* – al punto da renderla, come già notato, secondo la definizione di Callistrato, '*proxima morti*' (D. 48.19.28 pr.).

Il prosieguo del testo è invece relativo alle *custodiae* dei condannati detenuti.²⁴ Qualora il condannato all'*opus* avesse tentato la fuga, sarebbe stato punito con l'inasprimento della condanna, subendo la *damnatio ad metalla*, mentre possiamo affermare, grazie ad un passo tratto dal libro sesto *de cognitionibus* di Callistrato, D. 48.19.28.14,²⁵ che può essere letto

bo '*damnare*' o del sostantivo '*damnatio*', vd. A. LOVATO, *Il carcere nel Diritto Penale Romano. Dai Severi a Giustiniano* cit., 128 s. e nt. 123, con richiamo alle fonti giuridiche relative.

²³ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 951; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* cit., 152 s.; F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire, from the Julio-Claudians to Constantine* cit., 139; F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 45 ss.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale* cit., 71; A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae'* cit., 220 ss.

²⁴ A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano* cit., 4 ss. e 141-144; F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire* cit., 125 e 130 ss.; F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 49 ss. Cfr. inoltre A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht nach Ulpian* cit., 103 s. La custodia consisteva, per l'appunto, in quello stato di detenzione personale previsto per tutti i condannati ai lavori nelle miniere, o ai servizi pubblici, nei momenti in cui non avessero svolto le loro attività. Andavano tenuti distinti dalla *custodia*, invece, i *vincula*. Leggendo Tertulliano, tuttavia, si ha l'impressione che la *custodia* fosse da quest'ultimo considerata alla stregua di altre pene, proprio come, ad esempio, quella *ad metalla*. Cfr. Tert., *Apol.* 44.3. Negli Atti dei Martiri troviamo ulteriori testimonianze in merito a prigionieri ove i condannati sarebbero stati trattenuti in attesa del processo. Vd. H. MUSURILLO (a cura di), *The Acts of the Christian Martyrs*, Oxford 1972, n. 5 (= Eus., *Hist. Ecc.* 5.1.8; 27) e n. 10, 10-17. Tra le fonti di epoca precedente, vd. Cic., *ad Quint. fr.* 1.2.14 – ove si parla di *publica custodia*, con riferimento ad una prigione pubblica cittadina –, Vitruv., 5.2.1 e Apul., *Met.* 7.2.2 e 10.28 e 34.

²⁵ D. 48.19.28.14 (Call. 6 *de cogn.*): *Ita et in custodiis gradum servandum esse idem princeps rescripsit, id*

congiuntamente al passo ulpiano che si sta analizzando, che colui che stesse già scontando questa pena e che avesse tentato di sottrarsi alla propria sorte, sarebbe andato ineluttabilmente incontro alla morte.

Il problema della punizione dell'evaso si poneva, tuttavia, anche con riferimento a colui che fosse stato condannato all'*opus publicum*: in questo caso, dice Ulpiano, si era soliti duplicare la durata della condanna, la quale, come già in parte altrove anticipato, poteva andare da un minimo di due anni ad un massimo di dieci.²⁶ Colui il quale, però, fosse stato condannato *ab initio* al decennio avrebbe subito o la commutazione della sua pena in quella, più grave, dell'*opus metalli*, oppure la condanna *ad tempus* sarebbe stata resa perpetua, con un significativo inasprimento, pertanto, della sua condizione. Insomma, pare emergere, anche in questo caso, una graduazione della punizione per il fuggitivo poi catturato, che, secondo quanto detto da Ulpiano immediatamente dopo l'inciso appena commentato, lascia aperto lo spazio ad una scelta – limitatamente – discrezionale da parte dell'organo giudicante.

Il giurista, infatti, subito appresso, scrive che chi fosse fuggito, se già condannato a scontare una pena della durata di dieci anni, avrebbe poi dovuto subire la *duplicatio*, o, in alternativa, la *perpetuatio* o il mutamento della pena nell'*opus metalli*,²⁷ ma, di fatto, pare che le due ultime opzioni fossero quelle maggiormente seguite.

Il superamento, in ogni caso, del limite temporale del decennio, qualunque fosse stata la durata dell'originale condanna, non era in questo caso di ostacolo, nonostante i dieci anni dovessero rappresentare il periodo di tempo massimo previsto per la pena dell'*opus publicum*: questo criterio sarebbe valso soltanto al momento dell'irrogazione della condanna principale, e non anche successivamente, in caso di inasprimento della stessa per tentata fuga.

Ulteriori elementi distintivi, previsti per il solo condannato *in metallum*, consistevano infine nella parziale rasatura dei capelli, e, parrebbe, nella marchiatura del volto, pratica che sarebbe stata modificata soltanto in epoca costantiniana, per volere dello stesso imperatore, il quale avrebbe disposto che il marchio dovesse essere applicato sulle gambe o sulle mani.²⁸

est ut, qui in tempus damnati erant, in perpetuum damnarentur, qui in perpetuum damnati erant, in metallum damnarentur, qui in metallum damnati, id admiserint, summo supplicio adficerentur. Callistrato sta commentando, in questo passo, un rescritto adrianeo, dal quale già emerge, come si può vedere, la regola secondo la quale il *damnatus 'ad tempus'* – ma non si specifica se si trattasse di *opus metalli ad tempus* o *damnatio ad metalla ad tempus* – sarebbe stato condannato, qualora avesse tentato la fuga, *in perpetuum*.

²⁶ La testimonianza tradata in Coll. 11.3.1 (= Paul. Sent. 5.18.1) parla di una condanna della durata di un anno, mentre, ad esempio, in D. 47.21.2 (Call. 3 *de cogn.*), l'*opus publicum* viene comminato per un biennio. La condanna all'*opus publicum*, come già fatto notare in precedenza, era meno gravosa rispetto a quella all'*opus metalli* e, a maggior ragione, rispetto alla *damnatio ad metalla*; il *damnatus*, inoltre, non sarebbe divenuto servo della pena in questo caso, come, viceversa, a seguito delle altre due condanne (purché la condanna all'*opus metalli* fosse perpetua). La *damnatio* all'*opus metalli* viene, non a caso, definita '*minima*' in Paul. Sent. 5.17.2. Cfr. sul punto J. LENGLE, v. '*opus publicum*', in PWRE XVIII.1, Stuttgart 1939, 828; U. BRASIELLO, *La repressione nel diritto penale romano* cit., 360 ss.; J.-U. KRAUSE, *Gefängnisse im römischen Reich*, Stuttgart 1996, 23 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale in Roma antica*² cit., 251 ss.; F. SALERNO, *«Ad metalla»* cit., 49 s.

²⁷ Cfr. F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire* cit., 135.

²⁸ Secondo Ferrini, durante la persecuzione diocleziana, ai condannati cristiani sarebbe stato tolto l'occhio destro e sarebbero stati tagliati i tendini della gamba sinistra, onde impedirne la fuga; in base alle fonti in nostro possesso, tuttavia, non è assolutamente possibile affermare con certezza se si trattasse di una pratica realmente e regolarmente seguita, o se non fosse, piuttosto, una punizione specifica ed ulterio-

2. EVOLUZIONE DEL SISTEMA REPRESSIVO E GRADUALITÀ DELLE PENE: LE DIVERSE TIPOLOGIE DI CONDANNA AL LAVORO NELLE MINIERE.

Da questa iniziale disamina sembra emergere una chiara tendenza imperiale a voler introdurre un principio di gradualità delle pene, che verrà successivamente elaborato in modo più compiuto, ma che parrebbe trovare fondamento già negli interventi adrianei sino ad ora analizzati, precursori, per certi versi, di una politica di repressione criminale che si svilupperà in modo più netto a partire dall'età dei Severi, e che caratterizzerà anche la *servitus poenae* nel suo evolversi.²⁹ Siffatta impostazione si sarebbe riverberata, conseguentemente, come si è avuto modo di osservare, anche sulle punizioni previste per coloro che avesse-

re inflitta a taluni condannati, in particolari fattispecie. Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* cit., 153 e F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire* cit., 128-129, e nt. 7 e 147. Il marchio veniva definito solitamente *scribitio*, ma talvolta si faceva ricorso anche alla terminologia *facies litterati*; questa pratica sarebbe stata originariamente riservata agli schiavi (così parrebbe potersi leggere anche la testimonianza di Petr., *Sat.* 103 ss.), anche se da un passo di Macro, riportato in D. 48.19.10 pr. (Macer 2 *de pub. iud.*), sembrerebbe doversi evincere che si trattasse di una pratica seguita con gli *humiliores*, la quale, sulla scorta di tale esempio, venne adoperata anche con gli schiavi. Essa, di fatto, rappresenterebbe un'importante testimonianza della progressiva equiparazione di trattamento tra schiavi e *humiliores*. Millar, inoltre, nel proprio scritto, insiste nel ritenere che i condannati non venissero marchiati, quanto che venissero loro tatuate sul corpo talune lettere. In questo senso, si vedano le testimonianze riportate in J.W.B. BARNES, H. LLOYD-JONES, *Un nuovo frammento papiraceo dell'elegia ellenistica*, in *Studi It. di Fil. Class.* 35, 1963, 205. Pare invece che la proibizione costantiniana di *'scribere in eius facie'* debba essere fatta risalire al 315 d.C., CTh. 9.40.2 (= C. 9.47.17). Cfr. F. SALERNO, «*Cruenta spectacula in otio civili et domestica quiete non placent*» cit., 2427 nt. 25 e ID., «*Minime in...facie scribatur: Constantine and the damnati ad metalla*», in *Esclavage antique et discriminations socio-culturelles* cit., 327 ss. (= F. SALERNO, *Aspetti della 'marginalità' sul finire di un mondo*, Napoli 2009, rispettivamente 35-52 e 53-60). Ad avviso di Salerno, il marchio sarebbe stato impresso anche sul corpo del *damnatus in ludum*. Quanto al problema del trattamento di schiavi e *humiliores* nel tardoantico, vd. S. GIGLIO, «*Humiliores*», in *Studi per G. Nicosia*, IV, Catania 2007, 149-165.

²⁹ Si intende qui sottolineare tale aspetto, intimamente connesso alla servitù della pena, poiché è mia convinzione che con le più mature elaborazioni relative a tale istituto i giuristi romani fossero riusciti ad introdurre, sebbene non compiutamente, un principio di personalità della condanna, non solo in relazione alla gravità della stessa, da correlare al *crimen* commesso, e, successivamente, alla condizione sociale del reo, ma anche con particolare riguardo al problema di un'eventuale ricaduta delle conseguenze della sentenza di condanna sui congiunti del reo o su soggetti terzi. Sul problema della commisurazione della pena alle circostanze ed alla *qualitas personarum*, si vedano le osservazioni di G. CARDASCIA, *L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores*, in *RHD* 28, 1, 1950, 305-337 e, nello stesso volume, ID., *L'apparition dans le droit des classes d'honestiores et d'humiliores* cit., 461-485; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena nel diritto romano*, Bari 1954 (= *Scritti vari di diritto romano*, III: *Diritto penale*, Bari 1987, 403 ss. e, *praecipue*, 465 ss.); P. GARNSEY, *Social status and Legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, 129; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*. II cit., 205 s. e 216; F. BOTTA, *Rec. a F. SALERNO, «Ad metalla»* cit., 295 ss.; S. GIGLIO, «*Humiliores*» cit., 149-165; B. SANTALUCIA, *Adriano e il rango sociale dei rei*, in *Studi in onore di R. Martini*, III, Milano 2009, 473-481, ove ulteriore bibliografia. V. MAROTTA, *op. cit.*, 216, in particolare, fa notare come nell'ambito del processo cognitorio, «l'ampia discrezionalità di cui godeva, consentiva al titolare del potere giurisdizionale di adeguare, a differenza di quanto accadeva nelle *quaestiones* dell'*ordo iudiciorum publicorum*, la sanzione alla gravità del reato e alla pericolosità del reo». Sul punto si vedano anche V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, 214 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*² cit., 177 e 247 e ID., *Adriano e il rango sociale dei rei* cit., 473 ss. Il tema della graduazione della pena in relazione alla condizione sociale del condannato ritorna con notevole frequenza all'interno delle *Pauli Sententiae*, vd. F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 77; S. GIGLIO, «*Humiliores*» cit., 149 ss.

ro cercato di sottrarsi alla loro condizione di condannati o alla custodia cui erano sottoposti, le quali a loro volta non risultano estranee, pertanto, ad un principio – per quanto, come detto, ancora a livello embrionale – di gradualità delle punizioni.

Per desiderio di completezza e per poter così concludere il quadro relativo alle condanne al lavoro in miniera, è opportuno altresì menzionare come, in D. 48.19.8.8 (Ulp. 9 *de off. proc.*), Ulpiano faccia riferimento anche alle donne condannate *in ministerium metallicorum* (*ad tempus* o *in perpetuum*), terzo tra i *gradus* della condanna a lavorare nelle miniere, alle quali erano assimilate coloro che fossero state inviate a scontare la pena nelle saline;³⁰ infine, in D. 48.19.8.10 (Ulp. 9 *de off. proc.*),³¹ il giurista, quasi a conclusione della lunga descrizione inerente alle tipologie di *damnationes* da egli minuziosamente tracciata, elenca due sanzioni, anch'esse assimilate al lavoro nei *metalla*, sebbene queste ultime risultassero essere, ai suoi occhi, ancora più dure: si tratta della condanna al lavoro nelle cave di calce e nelle miniere di zolfo.³²

Si arricchisce così ulteriormente il quadro che andava riassumendosi sotto la dizione di condanna al lavoro nei *metalla* e che appare, pertanto, ben articolato. Da un lato, la pena poteva essere scontata non solo nelle miniere, in senso stretto, ma anche in altri siti,³³ tra cui le già ricordate saline; dall'altro, la durezza della punizione sarebbe potuta variare non solo in ragione delle condizioni di lavoro cui il *damnatus* era sottoposto, dipendenti non unicamente dal tipo di sanzione irrogata, alla quale si riconnettevano le attività da svolgere, bensì anche dal sito ove questa si sarebbe dovuta espriare.

È possibile, a questo punto, cercare di trarre alcune prime conclusioni dall'analisi dei testi precedentemente proposta, prima di passare ad affrontare la questione centrale, relativa al problema della possibilità di comminare *damnationes ad metalla ad tempus*.

Come si è visto, esisteva una tripartizione, all'interno delle condanne alle miniere, a seconda del *gradus*, che permetteva di distinguerle tra loro per la diversa gravità, commisurata al reato commesso, ma anche, in talune situazioni, alla condizione del *reus*.³⁴ Quantomeno sin dai tempi di Adriano, pertanto, come il commento di Callistrato al rescritto dell'imperatore, riportato in D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*), testimonia chiaramente, e come in precedenza notato, comincia ad emergere un principio di graduazione delle pene, tra le quali, nell'ambito di quelle legate ai lavori in miniera, si distingueva per la sua durezza la *damnatio ad metalla*. Al contempo, la decisione contenuta nel rescritto adrianeo sancisce un'ulteriore regola relativa a quest'ultima condanna e all'*opus metalli*, mediante la quale si

³⁰ Per un'approfondita analisi di questa tipologia di condanna si rimanda a F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 77; M.V. SANNA, *Mulieres ad metalla damnatae* cit., 478 ss. e, infine, da ultima, A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae'* cit., 220 ss.

³¹ D. 48.19.8.10 (Ulp. 9 *de off. proc.*): *In calcariam quoque vel sulphurariam damnari solent: sed hae poenae metalli magis sunt.*

³² F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 27 ss. e 48 s.

³³ Apprendiamo, tuttavia, dalle fonti latine, che con il termine *metalla* si poteva anche fare riferimento a cave di pietra, di sabbia, di creta, di argento o altri metalli preziosi, che venivano denominate con i termini specifici *fig(i)lina*, *lapidicina*, *harenaria*, *argentifodina*, *ferrarea*. Vd. v. '*lapis*', in A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine. Histoire des mots*⁴, Paris 1959, col. 340 s. Ovviamente, pare ragionevole pensare che il condannato *ad metalla*, vista la polivalenza del termine, ed il riscontro indiretto che abbiamo tratto da D. 48.19.8.10, potesse anche, in taluni casi, essere costretto a lavorare in uno dei luoghi appena citati.

³⁴ Le condanne *in ministerium metallicorum*, ad esempio, data la loro maggior levità, rispetto alla *damnatio ad metalla* vera e propria, erano solitamente riservate alle donne.

intende vietare una prassi sino ad allora seguita, non ammettendo più che si possano comminare condanne ad una delle due pene citate per un periodo di tempo limitato. Qualora si fosse irrogata, infatti, una *damnatio ad tempus*, essa sarebbe rientrata nell'alveo del meno gravoso *opus metalli ad tempus*, equiparato all'*opus publicum perpetuum* (il quale, come già visto, non comportava la perdita della libertà).

Infine, in caso di *opus metalli perpetuum*, paragonabile alla *damnatio ad metalla*, quanto ad effetti, e di *damnatio in ministerium metallicorum in perpetuum*, ovvero laddove si fosse verificata la perdita della libertà, e, dunque, il condannato avesse subito una *capitis deminutio maxima*, quest'ultimo sarebbe stato assoggettato alla condizione di servo della pena.³⁵

3. IL PROBLEMA DELLE *DAMNATIONES AD METALLA AD TEMPUS* IN D. 48.19.23 (MOD. 8 REG.) E CTH. 1.5.3: UNA PROPOSTA DI LETTURA DIACRONICA IN MERITO ALLA PRESUNTA ANTINOMIA TRA CONDANNE AI *METALLA* PERPETUE E *AD TEMPUS*.

La ricostruzione che si è andati sino ad ora, per quanto schematicamente, descrivendo, parrebbe essere almeno in parte contraddetta da altre due fonti, che sembrerebbero revocare in dubbio, in particolar modo, la regola della obbligatorietà a comminare condanne *in perpetuum*, nel caso di *damnationes ad metalla* e *damnationes in opus metalli* (alle quali, come si è visto, si può affiancare anche il *ministerium metallicorum perpetuum*), risalente all'età adrianea.

Il primo testo che si intende prendere in considerazione è:

D 48.19.23 (Mod. 8 reg.): *Sine praefinito tempore in metallum dato imperitia dantiis decennii tempora praefinita videntur.*³⁶

³⁵ Alcune perplessità sorgono in relazione alla condizione delle donne condannate *in ministerium metallicorum in perpetuum*, dal momento che in Ulpiano, D. 48.19.8.8 (Ulp. 9 de off. proc.), possiamo leggere: *'et si quidem in perpetuum fuerint damnatae, quasi servae poenae constituuntur'*. Il tenore del testo potrebbe infatti far insorgere dubbi circa un eventuale assoggettamento della donna condannata alla condizione di serva della pena; da un passo del giurista Ermogeniano, tuttavia, D. 48.19.36 (Herm. 1 iuris ep.), apprendiamo che *'In metallum, sed et in ministerium metallicorum damnati servi efficiuntur, sed poenae'*. Sul potenziale contrasto tra il contenuto dei due testi, vd. F. SALERNO, «Ad metalla» cit., 50 ss. (ma cfr. anche le considerazioni di F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «Ad metalla» cit., 300, il quale sottolinea la tendenza, nell'ambito della *cognitio extra ordinem*, ad una applicazione della pena *pro modo sexus*) e A. CHERCHI, *Riflessioni sulla condizione giuridica delle 'metallariae'* cit., 225 e nt. 48. Personalmente ritengo che sia possibile, in questo caso, sciogliere positivamente il quesito circa l'assoggettamento della condannata alla condizione di serva della pena, qualora la condanna irrogata fosse stata perpetua. Non solo, infatti, il *'quasi'* porterebbe, nella fattispecie, a pensare ad una equiparazione delle *damnatae* – pienamente corroborata da Ermogeniano, che afferma in modo netto l'applicazione del regime della servitù della pena nei loro confronti – ai *servi poenae*; l'avverbio, inoltre, potrebbe avere la funzione, nella minuziosa descrizione ulpiana delle condanne ai lavori nelle miniere, di rimarcare la peculiarità della *damnatio in ministerium metallicorum*, che emerge non solo in virtù della sua minor gravità e del fatto che i condannati dovessero svolgere, verosimilmente, lavori ausiliari, ma anche, e soprattutto, in relazione al fatto che, ancora secondo le parole di Ulpiano, la *damnata ad tempus* non avrebbe perso nemmeno la cittadinanza. Ciò che allora rende la condanna perpetua assimilabile alla *damnatio ad metalla* e *in opus metalli* – anch'esse perpetue – pare essere, in questo caso, l'elemento temporale, nei limiti in cui esso sia in grado di comportare la perdita della libertà del condannato, quale conseguenza per determinati reati, e, dunque, una sua *status permutatio maxima*.

³⁶ Il frammento, nella collocazione palinogenetica del Lenel (Pal. 251), è preceduto da D. 50.16.103 (Mod. 8 reg.): *Licet 'capitalis' Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intellegenda est*. Vd. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis* cit., I, coll. 737-

La fattispecie che viene descritta da Modestino in questo frammento appare piana: nel caso in cui dovesse essere emanata una sentenza di condanna '*in metallum*', senza che ne venisse indicata la durata, il condannato avrebbe dovuto scontare la propria pena per un decennio. La responsabilità per la mancata determinazione temporale della *damnatio* viene attribuita all'*imperitia* di colui che ha emanato la sentenza di condanna, senza ricordare di precisare quanto quest'ultima si sarebbe dovuta protrarre nel tempo. Per quanto la regola riportata dal giurista sia assai chiara, due considerazioni si impongono immediatamente: la prima, più rilevante in relazione allo studio che si sta qui conducendo, consiste nel fatto che la fonte riconosca la possibilità di emettere condanne ai *metalla* per un periodo di tempo limitato come fattispecie non eccezionale. La seconda, invece, ha a che vedere con la determinazione della durata delle stesse, qualora non già precisata al momento dell'emanazione della sentenza, da individuarsi, secondo quella che pare essere la regola descritta da Modestino, in un decennio. Di fatto, tale indicazione è in linea con un'altra prescrizione, che riguarda pur sempre i condannati a lavorare nelle miniere, e relativa al periodo minimo di pena che il *damnatus ad metalla* avrebbe dovuto scontare, prima di poter ottenere la *dimissio*, causa la sua sopravvenuta incapacità a proseguire il lavoro in miniera, per ragioni di età o fisiche: anche in questo caso, come possiamo apprendere da D. 48.19.22 (Mod. 1 *diff.*), in cui il giurista commenta un rescritto di Antonino Pio, il termine minimo, trascorso il quale il governatore avrebbe potuto concedere il rilascio del condannato, corrispondeva al decennio.³⁷ Regola, quella del decennio, che compare, in realtà, anche in epoca più risalente, in relazione ad una diversa fattispecie della quale apprendiamo da Plin., *Ep.* 10.31.2-3, in cui il governatore interrogò il *princeps* Traiano in merito alla seguente questione:

[2] *In plerisque civitatibus, maxime Nicomediae et Nicaeae, quidam vel in opus damnati vel in ludum similiaque his genera poenarum publicorum servorum officio ministerioque funguntur atque etiam ut publici servi annua accipiunt. Quod ego cum audissem, diu multumque haesitavi, quid facere deberem.* [3] *Nam et reddere poenae post longum tempus plerosque iam senes et, quantum adfirmatur, frugaliter modesteque viventes nimis severum arbitrabar, et in publicis officiis retinere damnatos non satis honestum putabam; eosdem rursus a re publica pasci otiosos inutile, non pasci etiam periculosum existimabam* [4] *necessario ergo rem totam, dum te consulerem, in suspenso reliqui.*

La risposta che Plinio ottenne, fu la seguente, Plin., *Ep.* 10.32.1-2:

[1] *Erit autem vel hoc maxime corrigendum, quod qui damnati ad poenam erant, non modo ea sine auctore, ut scribis, liberati sunt, sed etiam in condicionem proborum ministrorum retrahuntur.* [2] *qui igitur intra hos proximos decem annos damnati nec ullo idoneo auctore liberati sunt, hos oportebit poenae suae reddi; si qui vetustiores invenientur et senes ante annos decem damnati, distribuamus illos in ea ministeria quae non longe a poena sint.*

738. Sull'opera di Modestino, si vedano G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino 2009, *praecipue* 34-40 per il testo in questione, e EAD., *Studi su Erennio Modestino. Metodologie e opere per l'insegnamento del diritto*, Torino 2012, in particolare 16, 24, 99 e 116. In merito al testo di D. 48.19.23 (Mod. 8 *reg.*), cfr. anche Bas. 60.51.22.

³⁷ Cfr. F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 55. Il rescritto di Antonino Pio precisava, inoltre, che affinché potesse essere disposta la *dimissio* del condannato, oltre al requisito dell'espiazione della pena per almeno un decennio, era necessario che egli, nella provincia in cui avrebbe dovuto essere rilasciato, avesse '*ad fines vel cognati*' che potessero prendersene cura.

La questione posta da Plinio³⁸ consisteva nel fatto che in molte *civitates* coloro che erano stati condannati all'*opus* (senza ulteriore specificazione), al *ludum*, o, ancora, alle '*similia his genera poenarum*', dovessero fungere e venissero trattati da *servi publici*,³⁹ percependo così anche un compenso annuo, scelta la cui bontà lasciava evidentemente perplesso il governatore, il quale, pertanto, indeciso sul da farsi, credette opportuno rivolgersi a Traiano. Quanto merita essere sottolineato, in questa sede, è il fatto che l'*opus*, da leggersi verosimilmente quale *opus metalli*, insieme al *ludum*, condanna tipica della *servitus poenae*, e ad un richiamo generico ad una serie di pene simili (evidentemente affiancabili alle prime per la loro gravità) costituiscono un insieme di fattispecie che, agli occhi di Plinio, non possono verosimilmente permettere che i rispettivi condannati siano considerati alla stregua di semplici *servi publici*, nonostante ciò sia quanto fosse accaduto presso molte comunità locali.

La risposta di Traiano al quesito è abbastanza eloquente: l'imperatore, stupitosi che i condannati fossero stati liberati dalle loro pene originarie '*sine idoneo auctore*' e che la loro condanna fosse stata commutata in una diversa (e, si deve presumere, più lieve), affermò che coloro che avessero subito una sentenza di condanna entro il decennio appena trascorso non avrebbero dovuto essere dimessi dalla pena, bensì essere nuovamente sottoposti alla stessa, in modo rigoroso; solo i più anziani, i quali fossero stati condannati almeno dieci anni prima, se non oltre, avrebbero potuto essere adibiti correttamente ad umili servizi pubblici.⁴⁰ L'*epistula* del *princeps* ci offre alcuni importanti elementi, tra i quali, anzitutto, il fatto che egli si premuri di fare in modo che i condannati a pene particolarmente gravi, quali quelle richiamate in precedenza da Plinio, vengano tenuti distinti dai *servi publici*, derogando a tale principio soltanto qualora essi siano ormai abbastanza anziani e stiano scontando la loro pena da più di dieci anni. Anche in questo caso, dunque, emerge un dato temporale di rilevanza dirimente: il decennio, infatti, per Traiano, rappresenta un discrimine di fondamentale importanza.

Appare appurato, pertanto, che la prescrizione del decennio, quale periodo di pena minimo da scontare, in particolar modo in materia di condannati ai lavori in miniera, la si riscontri nella fattispecie della *dimissio* del *damnatus* e la stessa era già stata applicata da

³⁸ Sulle due *epistulae* in questione, si vedano U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 53-56; A.N. SHERWIN-WHITE, *The letters of Pliny*³, Oxford 1985, 602-606; G. DONATUTI, *La servitù per condanna* cit., 542; F. MILLAR, *Condemnation to Hard Labour in the Roman Empire* cit., 134 s.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale* cit., 48 s. e 112, nonché, in relazione al problema delle forme di dipendenza in Plinio, A. GONZALÈS, *Pline le Jeune. Esclaves et affranchis à Rome*, Paris 2003.

³⁹ Su questa particolare categoria di servi si vedano: L. HALKIN, *Les esclaves publics chez les Romains*, Bruxelles 1897 (rist. anastatica Roma, 1965), 77 ss.; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 318 ss.; G. BOULVERT, *Esclaves et affranchis impériaux sous le Haut-Empire romain. Rôle politique et administratif*, Napoli 1970, 10 ss.; N. ROULAND, *A propos des 'servi publici populi romani'*, in Chiron 7, 1977, 261-278; W. EDER, *Servitus publica*, Wiesbaden 1980; M. MORABITO, *Les réalités de l'esclavage d'après le Digeste* cit., 176 ss.; T.A. FEAR, '*Cives latini*', '*servi publici*' and the '*Lex Irnitana*', in RIDA 37, 1990, 149-166; A. WEISS, *Sklave der Stadt: untersuchungen zur öffentlichen Sklaverei in den Städten des Römischen Reiches*, Stuttgart 2004; J. ZLINSKY, *Gemeindegut am Beispiel der Servi publici*, in TH. FINKENAUER (a cura di), *Sklaverei und Freilassung im römischen Recht, Symposium für Hans Josef Wieling zum 70. Geburtstag*, Tübingen 2006, 317-326; N.E. LENSKE, '*Servi publici*' in late antiquity, in J.-U. KRAUSE, C. WITSCHKE (a cura di), *Die Stadt in der Spätantike – Niedergang oder Wandel?*, Stuttgart 2006, 335-358.

⁴⁰ U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 53-56, A.N. SHERWIN-WHITE, *The letters of Pliny*³ cit., 602-606.

Traiano, come si è visto, in merito ad una delicata questione relativa alla condizione di taluni condannati postagli da Plinio. Resta da chiedersi se il riferimento alla durata temporale da fissarsi in dieci anni per la *damnatio ad metalla*, qualora non altrimenti stabilita, possa armonizzarsi con le regole, apparentemente di diverso tenore, che emergono dalla lettura dei passi di Callistrato, D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*), e di Ulpiano, D. 48.19.8.8 (Ulp. 9 *de off. proc.*). Si tratta di domandarsi, insomma, se fosse ancora ipotizzabile, dopo l'emanazione del rescritto adrianeo, una *damnatio ad metalla ad tempus*.

Prima di procedere nel tentativo di trovare una risposta al quesito, è necessario, tuttavia, introdurre all'interno della discussione una fonte ulteriore, anch'essa apparentemente di segno opposto, rispetto alla regola della perpetuità dell'*opus metalli* e della *damnatio ad metalla*, che parrebbe emergere dal rescritto adrianeo. Si intende fare riferimento a

CTh. 1.5.3: (*Imp. Constantinus*) *a. ad Bassum pf. p. Super his, qui a praeside vel a quolibet alio iudice sententiam dictam infirmari deprecant, sub eo fine sublimitatis tuae succedat examen, ut, si internis negotiis usquequaque decursis ex evidenti claruerit, sententiam a iure iustitiaeque discedere, ea penitus explosa, controversia de aequitate terminum capiat. Quod si consentanea sit legibus iam prompta sententia, eius pronuntiationis inprobis oppugnator, si patrimonio circumfluit, biennio in insulam relegatione plectatur, eiusque bonorum media portio fiscalibus compendiis addicta cedat: quod si agrestis vitae sit aut etiam egentis, ad biennii tempus in metallum detrudendus est. Quam legem in annotationibus quoque nostris de iterando post sententiam iudicio custodire debebis.* Dat. XIII. kal. nov. Basso et Ablavio coss.

L'imperatore Costantino, nel 331 d.C., con questa costituzione volle sancire la regola secondo la quale chi, di umile condizione (nel provvedimento imperiale si parla di una '*agrestis vita*'), avesse deciso di proporre appello senza fondamento contro una '*sententia*', rendendosi così '*inprobis oppugnator*', sarebbe incorso in una condanna *in metallum* della durata pari ad un biennio.⁴¹ Al contempo, qualora a macchiarsi di tale comportamento illecito fosse stata una persona di condizione sociale più elevata, la pena sarebbe consistita, invece, nella *relegatio in insulam*. Emerge, dunque, non solo un principio di applicazione di pene diverse, a seconda dell'estrazione sociale del condannato, in virtù della dicotomia *honestiores-humiliores*,⁴² bensì anche il ricorso alla condanna *ad metalla* per un periodo di tempo assai limitato, appena due anni.

Come già fatto acutamente notare da Santalucia, in opposizione alla teoria del Garnsey, che avrebbe voluto far risalire all'età adrianea la contrapposizione tra *humiliores* e *honestiores*, vi è una differenza sostanziale tra «il fenomeno della *variatio poenarum*», che già si era affacciato nel sistema repressivo romano nella prima età imperiale, e servì per rispondere, soprattutto a partire dall'epoca di Adriano, alla necessità di graduare le pene in relazione al

⁴¹ Sulla fonte in questione, vd. M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 621 nt. 38; F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 53 ss., ove ulteriore bibliografia anche in merito al problema dell'impugnazione della sentenza; F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, *Ad metalla* cit., 299 s.; G. DE BONFILS, *Cronaca di un fortunato incontro*, in AARC XIV, *Convegno internazionale in memoria di G. Nocera*, Napoli 2003, 391-406 e, in particolare, 403 e nt. 31, nonché, da ultimo, J.N. DILLON, *The Justice of Constantin. Law, Communication and Control*, Ann Arbor 2012, 239 ss.

⁴² Sul problema della nascita di tale duplice classificazione ed il relativo dibattito dottrinale, si rimanda a P. GARNSEY, *Social status and Legal Privilege in the Roman Empire* cit.; R. RILINGER, *Humiliores – Honestiores. Zu einer sozialen Dichotomie im Strafrecht der römischen Kaiserzeit*, München 1988; S. GIGLIO, «*Humiliores*» cit., 149-165; B. SANTALUCIA, *Adriano e il rango sociale dei rei* cit., 473-481, ove ulteriore bibliografia.

crimine commesso, e la suddetta dicotomia, grazie alla quale l'irrogazione di punizioni differenziate trovava ora la propria ragion d'essere anche nella diversa condizione sociale del reo.⁴³

E la questione, così come risolta da Santalucia, risulta essere una fondamentale premessa per cercare di trovare una risposta alla problematica che il passo di Modestino e la costituzione imperiale di Costantino sollevano, di fronte alla presunta, necessaria perpetuità della *damnatio ad metalla* e della *damnatio in opus metalli*, che parrebbe doversi cogliere, viceversa, dalla lettura del testo di Callistrato, tradito in D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*).⁴⁴ Lettura, quest'ultima, che potrebbe, come già visto, essere ulteriormente avvalorata da D. 48.19.8.8 (Ulp. 9 *de off. proc.*), ove Ulpiano ricorda come sia necessaria la condanna '*in ministerium metallicorum*' perpetua, affinché le donne ad essa soggette '*quasi servae poenae constituentur*'.

A questa apparente antinomia, che sembrerebbe emergere dalle fonti, la dottrina non ha nel tempo prestato particolare attenzione, ad eccezione, in tempi relativamente recenti, di Salerno, il quale, trattando *ex professo* la materia dei *metalla*, dal punto di vista del diritto criminale, ha cercato di trovare una risposta al problema.⁴⁵ Lo Studioso sembra ricorrere, al fine di trovare una soluzione al contrasto che affiora tra la prescrizione della perpetuità che emerge dal rescritto adrianeo e la diversa statuizione che si ritrova in D. 48.19.23 (Mod. 8 *reg.*), ad un'interpretazione fondata sul rapporto tra regola – quella adrianea – ed eccezione – che risulterebbe dal passo di Modestino.⁴⁶ Solo in riferimento ad un'epoca più tarda, secondo l'Autore, si potrebbe viceversa accogliere cautamente l'idea di una più chiara volontà di introdurre un principio di gradualità della pena, che coinvolgerebbe, pertanto, anche quella dei *metalla*.⁴⁷

Su tale questione, tuttavia, appare a mio avviso necessario tornare a valorizzare gli spunti di riflessione offerti da Botta, ai quali si possono altresì aggiungere alcune brevi osservazioni in tema di *servitus poenae*.

Il problema, pertanto, può essere reimpostato cercando, anzitutto, di comprendere quale fosse il ruolo rivestito dal rescritto adrianeo, domandandosi cioè se esso avesse «solo inteso dare una risposta al problema della 'denominazione' della pena»,⁴⁸ o se, invece, fosse stato emanato dal *princeps* con un intento sistematico e definitorio. In secondo luogo, si pone il problema del passo di Modestino, riguardo al quale occorre cercare di capire se ci si trovi di fronte ad una mera eccezione alla regola adrianea o se esso rappresenti, in realtà, qualcosa di diverso. Infine, pare necessario osservare il problema da un punto di vista diacronico, che indagli al contempo anche il ruolo della *damnatio ad metalla* nell'ambito della servitù della pena.

Procedendo, dunque, per gradi, al rescritto adrianeo riportato in D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*), tratto dal libro sesto *de cognitionibus* di Callistrato, ove il giurista offre una accu-

⁴³ ID., *Adriano e il rango sociale dei rei cit.*, 473 ss. e, in particolare, 480 s.; la diversa teoria, contestata da Santalucia, è stata sostenuta da P. GARNSEY, *Social status and Legal Privilege in the Roman Empire cit.*, 103 ss. e 153 ss.

⁴⁴ Salerno, nel proprio lavoro, cita anche, tra i passi dai quali parrebbe emergere la possibilità di irrogare una condanna *ad metalla* per un periodo di tempo determinato CTh. 7.18.8 pr., vd. F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 85, ma cfr. sul punto anche F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 299 ss.

⁴⁵ F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 54 e 77 ss.; F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 299 ss.

⁴⁶ F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 53 ss.

⁴⁷ Cfr. ID., «*Ad metalla*» cit., 71 ss., sebbene l'autore non esprima in modo netto tale principio.

⁴⁸ F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 300.

rata trattazione e classificazione delle pene del sistema repressivo romano, pare doversi attribuire, in primo luogo, una funzione definitoria, in merito ai diversi tipi di condanna ai *metalla* allora esistenti. Il *princeps* intese chiarire, verosimilmente, quando si potesse parlare di una *damnatio ad metalla* o *in opus metalli*, con le conseguenze giuridiche che da esse scaturivano, e che andavano tenute ben distinte da altri tipi di pena, meno gravi, ed è assai probabile che la necessità di intervenire fosse stata dettata dal desiderio di contrastare una prassi nella quale l'applicazione della pena dei *metalla* avveniva secondo criteri non ben definiti, se non arbitrari. Una certa confusione, d'altro canto, in merito all'applicazione di determinate condanne ed allo *status* dei relativi condannati, emerge già nelle due *epistulae* di Plinio, in precedenza menzionate. A questo si può aggiungere, inoltre, che proprio in età adrianea si assiste ad un generale riassetto di talune tipologie di pene, come dimostra anche la lettura di Coll. 11.7.1-4, al quale si accompagna l'introduzione di un sempre più netto principio di graduazione delle stesse, a seconda delle condizioni inerenti alla fattispecie criminosa. Il ricorso al criterio della perpetuità della *damnatio ad metalla*, dunque, incidendo così anche sulla prassi dell'epoca, ne sanziona la particolare gravità, sia sotto il profilo dell'esecuzione, sia sotto l'aspetto temporale, al punto che essa, considerata una pena capitale, poté ben essere definita da Callistrato *'proxima morti'*. Tale condanna, d'altro canto, si caratterizzava per un altro suo effetto tipico, ovvero sia essere privativa della libertà del condannato, soggetto pertanto ad una *capitis deminutio maxima*.⁴⁹

La durezza della pena si evince anche da un confronto con il già citato passo di Coll. 11.7.1-4, che riporta, ancora una volta, un rescritto adrianeo relativo alla repressione del *crimen abigeatus*, ove, secondo l'interpretazione proposta in queste pagine,⁵⁰ la condanna a lavorare nelle miniere si sarebbe collocata appena dopo quella *ad gladium*, che, a differenza ed ulteriormente rispetto alla prima pena, comportava necessariamente la morte del condannato. Non dimenticando, dunque, di tenere nella dovuta considerazione anche l'indole del *princeps* Adriano che tali rescritti volle emanare e che si distinse per il desiderio di riordinare in maniera più 'sistematica' vari aspetti inerenti alla repressione criminale dell'epoca, pare dunque che il rescritto adrianeo, commentato da Callistrato in D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*), rispondesse ad una esigenza di chiarezza, in merito alla denominazione ed alla applicazione delle diverse tipologie di condanne a lavorare nelle miniere. Comportando la *damnatio ad metalla*, inoltre, la perdita della libertà, dovette apparire ragionevole legare tale conseguenza alla perpetuità della condanna.

Rispetto a tale stato di cose, tuttavia, pare riduttivo descrivere la regola riportata in D. 48.19.23 (Mod. 8 *reg.*) quale mera eccezione al principio introdotto in età adrianea. Seguendo le parole del giurista, infatti, patologica pare essere la mancata determinazione della durata della condanna ai *metalla*, che avviene *'imperitia dantiis'*, e non già il fatto che tale pena potesse essere scontata per periodi di tempo limitati. Abbandonando, pertanto, la lettura di tale passo quale sintomatico di un'eccezione, rispetto alla regola posta da Adriano,⁵¹ si ritiene plausibile affermare, viceversa, che Modestino, nel suo testo, avesse indirettamente dato conto di un'evoluzione che interessò la pena a lavorare nelle miniere, che, evidentemente non solo a livello di prassi dei tribunali, incominciò ad essere intesa ed interpretata, a partire quantomeno dall'età dei Severi, quale condanna graduabile, a seconda del reato commesso e dello *status* sociale del reo. La costituzione riportata in CTh. 1.5.3 confermerebbe, infine, tale stato di cose.

⁴⁹ T. BEGGIO, *Brevi considerazioni in tema di 'servitus poenae'* cit., 299 ss.

⁵⁰ Vd. *supra*, nt. 4.

⁵¹ F. SALERNO, *«Ad metalla»* cit., 53 ss.

Gli argomenti esposti possono essere ulteriormente corroborati da alcune brevi osservazioni in tema di servitù della pena. Nonostante una dottrina consolidata, e ribadita anche in tempi assai recenti, tenda a riconnettere la nascita di quest'istituto ad un rescritto di Antonino Pio,⁵² riportato in D. 29.2.25.3 (Ulp. 8 *ad Sab.*), D. 34.8.3 (Marc. 11 *Inst.*) e D. 49.14.12 (Call. 6 *de cogn.*),⁵³ laddove si escludevano determinati acquisti in favore del fisco imperiale, in quanto si sarebbe dovuto considerare il condannato quale '*servus poenae*' e non '*Caesaris*', è necessario tornare a valorizzare, a mio avviso, le suggestioni di Mommsen e Ferrini in materia, i quali proposero l'idea che la servitù della pena fosse nata in età tiberiana e proprio in connessione alle *damnationes ad metalla*.⁵⁴ I due studiosi, però, non aggiunsero molto altro a queste loro osservazioni, ma alcune considerazioni, sulla base di questo spunto, possono essere ciononostante proposte: innanzitutto, proprio sotto Tiberio, e a seguito della confisca da quest'ultimo ordinata di molte miniere private, che passarono al *fiscus* imperiale, la condanna a lavorare nei *metalla* iniziò ad essere applicata con maggiore frequenza, anche al fine, verosimilmente, di reperire manodopera, e si distinse per la sua particolare durezza.⁵⁵ All'epoca erano già presenti, inoltre, i presupposti per la distinzione, che emergerà in modo più chiaro in epoca successiva, tra le pene privative della cittadinanza-

⁵² Espose convintamente siffatta teoria U. BRASIELLO, *La condizione di servo della pena*, in *Studi in onore di F. Virgilii nel XL anno di insegnamento*, Roma 1935, 3 ss.; ID., *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 420 s. Contrari a tale impostazione, invece, I. PFAFF, v. '*Servitus poenae*', in PWRE II, A.2, München 1923, 1830 ss.; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato*, Torino 1925, 136, G. DONATUTI, *La schiavitù per condanna* cit., 542 s. Tra i sostenitori dell'idea che la servitù della pena fosse nata all'epoca di Antonino Pio viene spesso annoverato anche U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 43 ss., dal cui scritto, tuttavia, non pare emergere chiaramente una presa di posizione in favore di tale ricostruzione, dimostrandosi l'autore, viceversa, assai cauto sul punto. Sembra favorevole alla posizione di Brasiello, in merito alla collocazione temporale della nascita della servitù della pena F. SALERNO, *«Ad metalla»* cit., 86, così come lo è A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale* cit., 27 ss. e EAD., *Nemesi dea del νόμος. Modalità e simboli della repressione criminale nei primi secoli dell'impero romano* cit., 289 ss.

⁵³ D. 29.2.25.3 (Ulp. 8 *ad Sab.*): *Si quis plane servus poenae fuerit effectus ad gladium vel ad bestias vel in metallum damnatus, si fuerit heres institutus, pro non scripto hoc habebitur: idque divus Pius rescipit*. D. 34.8.3 (Marc. 11 *Inst.*): *Si in metallum damnato quid extra causa alimentorum relictum fuerit, pro non scripto est nec ad fiscum pertinet: nam poenae servus est, non Caesaris: et ita divus Pius rescipit*. [1] *Sed et si post testamentum factum heres institutus vel legatarius in metallum datus sit, ad fiscum non pertinet*. D. 49.14.12 (Call. 6 *de cogn.*): *In metallum damnatis libertas adimitur; cum etiam verberibus servilibus coercentur. Sane per huiusmodi personam fisco nihil adquiri divus Pius rescipit: et ideo quod legatum erat ei, qui postea in metallum damnatus erat, ad fiscum non pertinere rescipit magisque ait poenae eos quam fisci servos esse*. Appare chiaro che in tutte e tre le fonti, pur tenendo presenti le differenze tra le fattispecie esposte, il dato comune che emerge è l'intenzione di Antonino Pio di differenziare la disciplina degli acquisti del fisco in relazione ad una ben determinata categoria di condannati. Il rescritto, insomma, più che avere una portata generale, pare essere destinato a risolvere una questione specifica inerente agli interessi del fisco imperiale.

⁵⁴ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 947 s. e nt. 1 e 983 nt. 3; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* cit., 148 ss.

⁵⁵ G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in ANRW II.14, Berlin-New York 1982, 722-789; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma* cit., 206 ss.; A. SCHILLING, *Poena extraordinaria* cit., 119 ss. e 187, su cui si veda B. SANTALUCIA, Rec.a A. SCHILLING, *Poena extraordinaria. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, in ZSS 129, 2012, 840-849. Su Tiberio, vd. anche E. KORNEIMANN, *Tiberius*, Stuttgart 1960; B. LEVICK, *Tiberius the politician*, London 1976; E. LYASSE, *Tibère*, Paris 2011. Numerose sono le informazioni relative ai processi svoltisi in epoca tiberiana, a partire da quelle, raccontate con dovizia di particolari, che possiamo ritrovare in Tac., *Ann.* 2.27-32.

za, che sarebbero rientrate nell'alveo della *peregrinitas*, e quelle che sarebbero andate ad incidere sulla libertà e, eventualmente, anche sulla vita del condannato, le quali, da un certo momento storico in poi, sarebbero state ricomprese all'interno della *servitus poenae*. Se l'arco temporale in questione possa corrispondere all'età di Tiberio o meno, è risposta difficile a darsi, dato lo stato attuale delle fonti a nostra disposizione,⁵⁶ ma pare ragionevole, tuttavia, far risalire ad un periodo anteriore all'epoca di Antonino Pio l'elaborazione giurisprudenziale e della cancelleria imperiale in tema di servitù della pena, a prescindere da questioni meramente nominalistiche, come le fonti relative alla problematica del trattamento di taluni condannati, non inquadrabili nella categoria dei *servi publici* o dei *servi fisci*, che incontriamo quantomeno a partire dall'epoca di Traiano (si vedano nuovamente, infatti, i problemi posti in Plin. *Epist.* 10.31-32), parrebbero confermare.⁵⁷ Ad ogni modo, la *servitus poenae*, sulla cui natura di forma di schiavitù, per quanto *sui generis*, non è lecito avanzare dubbi,⁵⁸ rappresentò durante l'età del principato lo strumento necessario a disciplinare la condizione giuridica del condannato nei casi in cui, quest'ultimo, fosse andato soggetto ad una *capitis deminutio maxima* ed eventualmente fosse stato anche destinato a morire, ma la modalità di esecuzione della condanna prevedesse il trascorrere di un periodo di tempo, prima che l'uccisione del condannato avesse luogo. Il servo della pena sarebbe caduto così in una condizione giuridica particolare: per quanto assimilabile per molti versi ad un *servus fisci*,⁵⁹ egli sarebbe stato attratto in una posizione del tutto peculiare. Di qui la

⁵⁶ Il problema è, in realtà, assai complesso, e non può essere trattato esaurientemente in queste pagine. Esso sarà comunque oggetto unitamente ad alcune altre problematiche inerenti all'istituto della servitù della pena, di un mio lavoro monografico di prossima pubblicazione.

⁵⁷ Per una disamina completa delle fonti in questione, vd. U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 32 ss., e le considerazioni recentemente espresse in T. BEGGIO, *Brevi considerazioni in tema di 'servitus poenae'* cit., 299 ss. Cfr. inoltre, in merito ai problemi sollevati dalla *status permutatio* subita dal condannato, i seguenti passi: D. 28.1.8.4 (Gai. 17 *ad ed. prov.*); D. 48.19.29 (Gai. 1 *ad leg. Iul. et Pap.*); D. 48.19.2 pr. (Ulp. 48 *ad ed.*); D. 28.3.6.6 (Ulp. 10 *ad Sab.*), nel quale, ancora una volta, si discute di un rescritto adrianeo in tema di pena capitale, e sul quale vd. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 357, 361 nt. 10, 362 nt. 17 e 365; U. BRASIELLO, *La condizione del servo della pena* cit., 52 ss.; ID., *La repressione penale nel diritto romano* cit., 309 e 425 ss.; G. DONATUTI, *La schiavitù per condanna* cit., 543 s. e 549; P. VOCI, *Diritto ereditario romano*², I, Milano 1968, 390 nt. 23; U. ZILLETI, *In tema di 'servitus poenae'* cit., 70, 74 nt. 143, 87, 97 ss.; P. GARNSEY, *Social status and legal privilege in the Roman Empire* cit., 132, 165 e 249; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*² cit., 249 e 251; R. ASTOLFI, *I libri tre iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, 75 s.; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale* cit., 18 nt. 9, 40 nt. 73, 43, 81-83.

⁵⁸ Una conferma dell'inquadramento sistematico dell'istituto, anche in età giustiniana, ci viene offerto dalle fonti esistenti in materia; per una approfondita e completa analisi di queste ultime, mi permetto nuovamente di rimandare al lavoro monografico di prossima pubblicazione, di cui alla nota 56.

⁵⁹ Come la lettura dell'*aes Italicense*, soprattutto alle ll. 56-58, ci conferma. Vd. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 947 ss.; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* cit., 152 ss.; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 277 s.; J.L. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the Roman Criminal Law*, Oxford 1912, 57 ss.; F. DESERTEAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, II, Paris 1919, 418 ss.; I. PFAFF, v. *'Servitus poenae'* cit., 1830 ss.; T. BEGGIO, *Brevi considerazioni in tema di 'servitus poenae'* cit., 299 ss. Sotto il profilo dei rapporti tra servitù della pena e *servitus fisci*, due testimonianze tarde risultano essere di particolare interesse. Si intende fare riferimento, anzitutto, ad un intervento di Valeriano e Gallieno, tradito in C. 9.51.8, secondo il quale il condannato *'ad metalla'*, una volta liberato per mezzo dell'*'indulgentia principis'*, non sarebbe tornato all'originario *dominus*, bensì *'fisci enim coepit esse mancipium'*. Significativo l'utilizzo del verbo *'coepit'*, perché da esso si desumerebbe, per l'appunto, l'inizio della soluzione del problema relativo all'appartenenza del *'servus*

necessità, a mio avviso, di “enucleare” questa forma di *servitus*, la servitù della pena, caratterizzata dal fatto che l’eccezionalità della situazione in cui versava il reo discendesse dall’applicazione di determinate condanne, particolarmente gravi, incidenti sullo *status* del condannato, il quale, in senso proprio, diveniva pertanto servo della pena a lui inflitta.⁶⁰ Osservando il fenomeno in chiave diacronica, pertanto, in una prima fase embrionale le condanne rientranti nell’alveo della servitù della pena, tra le quali dovette certamente essere ricompresa la *damnatio ad metalla*,⁶¹ si caratterizzarono, in contrapposizione a quelle tipiche della *peregrinitas*, proprio per il fatto di essere privative della libertà e, talvolta, anche della vita, e il primo dei due effetti giuridici, ripensando anche al rescritto adrianeo di cui in D. 48.19.28.6 (Call. 6 *de cogn.*), fu probabilmente riconnesso alla perpetuità della condanna. È innegabile, tuttavia, che così come il sistema repressivo andò articolandosi nel corso del tempo, dal principato al tardoantico, altrettanto l’istituto della *servitus poenae*, funzionale a soddisfare le esigenze di tale regime repressivo, dovette conoscere un’evoluzione che interessò sia le tipologie di pene in esso ricomprese, sia le modalità di esecuzione delle stesse. In tal senso, si affermò presso la giurisprudenza e la cancelleria imperiale una tendenza secondo la quale da talune categorie di condanne sarebbe sempre discesa tipicamente, come conseguenza giuridica, l’applicazione della servitù della pena. In tal senso, un passo del giurista Macro, oltre a testimoniare il fatto che quest’ultimo istituto non possa venir riconnesso alla sola repressione *extra ordinem*, ci offre notizia di come l’assoggettamento alla *servitus poenae* derivi direttamente dalla sentenza e, quindi, dalla tipologia di condanna in essa irrogata. Si tratta di

D. 48.19.12 (Macer 2 *de off. praes.*): *Quod ad statum damnatorum pertinet, nihil interest, iudicium publicum fuerit nec ne: nam sola sententia, non genus criminis spectatur. Itaque hi, in quos animadverti iubetur quive ad bestias dantur, confestim poenae servi fiunt.*⁶²

Era il tipo di pena al quale il condannato sarebbe andato incontro, pertanto, a determinare una modifica del suo *status* e a farne un *servus poenae*. Pare ragionevole affermare,

poenae liberato, secondo A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale* cit., 55 ss. Vd. inoltre su tale costituzione imperiale U. ZILLETI, *In tema di ‘servitus poenae’* cit., 85 s. e F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 54. In secondo luogo, per quanto meno rilevante, anche l’intervento di Valentiniano e Valente, promulgato nella seconda metà del IV secolo d.C., e riportato in CTh. 10.12.2.5, pare testimoniare l’interesse del fisco a reclamare la proprietà del ‘*servus sine domino*’ e ad esigerne il prezzo.

⁶⁰ Vd. ad esempio, in questo senso, D. 48.19.12 (Macer 2 *de off. praes.*), trascritta in questa pagina.

⁶¹ Non lascia adito a dubbi, in tal senso, la testimonianza di D. 48.19.17 (Marcian. 1 *inst.*): *Sunt quidam servi poenae, ut sunt in metallum dati et in opus metalli*. Si vedano anche D. 48.19.36 (Hermog. 1 *iuris ep.*), già in precedenza citato, D. 48.19.8.12 (Ulp. 9 *de off. proc.*) e D. 50.13.5.3 (Call. 1 *de cogn.*). Su questi passi, vd. F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 47 e F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 298 ss. Infine, circa la ricomprensione della *damnatio ad metalla* tra le pene capitali, ancora in epoca giustiniana, vd. I. 4.18.2.

⁶² Sul passo, vd.: E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 326 e nt. 3, 361 e nt. 10, 369, 376; ID., *Zur Infamie im Römischen Strafrecht* cit., 510 e nt. 12, 516; G. DONATUTI, *La schiavitù per condanna* cit., 543 s.; U. ZILLETI, *In tema di ‘servitus poenae’* cit., 71; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell’antica Roma* cit., 252; R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in ancient Rome*, London-New York 1996, 122 e 196 nt. 50; L. FANIZZA, *Giuristi crimini leggi nell’età degli Antonini*, Napoli 1982, 100 s. e 104 nt. 234; H. WIELING, *Die Begründung des Sklavenstatus nach Ius Gentium und Ius Civile* cit., 71; V. MAROTTA, *Ulpiano e l’Impero*. II cit., 20 s. e nt. 22; A. MCCLINTOCK, *Servi della pena. Condannati a morte nella Roma imperiale* cit., 44. Marotta, a proposito di questo frammento di Macro, sottolinea come si possano intravedere «non pochi spunti di coincidenza con il pensiero ulpiano».

pertanto, come gli effetti della *damnatio ad metalla*, quantomeno a partire dall'età dei Severi, e poi nel tardoantico, quando ormai si era affermata la tendenza a graduare le pene sulla base della *qualitas personarum* e delle condizioni del reato, non dovettero più essere connessi alla perpetuità della condanna e che la stessa, di conseguenza, potesse rappresentare uno strumento assai duttile, nelle mani dei giuristi e della cancelleria imperiale, per reprimere crimini tra loro diversi con una medesima pena, dal punto di vista nominale, ma non da quello delle modalità concrete di applicazione e della sua durata. Per concludere, come fatto notare acutamente da Botta, sembrerebbe potersi affermare che «non è più il *tempus* a qualificare il “tipo” di *poena*; è, piuttosto, quest'ultimo (*metallum*, *relegatio*), inteso come modo di irrogazione della pena, a graduare il valore affittivo del *tempus* che il legislatore giudica congruamente retributivo».⁶³ D'altro canto, questa evoluzione della condanna al lavoro delle miniere, osservata, come detto, da un punto di vista diacronico, pare riflettere il parallelo evolversi del sistema repressivo romano, che divenne assai più articolato, quanto alle pene esistenti e alle relative modalità di applicazione, a partire dall'età dei Severi ed ancor più da Costantino in poi, rispetto ai secoli precedenti; al contempo, grazie a siffatta evoluzione, la *damnatio ad metalla* sembra divenire uno strumento in grado di rispondere alle nuove istanze repressive emerse in tale periodo storico e che condussero talora, in un clima di generale inasprimento e maggiore pervasività del sistema punitivo, alla repressione di un medesimo crimine con pene più dure rispetto a quelle in precedenza applicate.⁶⁴

⁶³ F. BOTTA, Rec. a F. SALERNO, «*Ad metalla*» cit., 309. In relazione alla graduazione delle pene nel tardoantico, interpretata in modo funzionale, al fine cioè di poter adeguare la punizione sia alla gravità del crimine commesso, sia alla condizione sociale del reo, si veda anche Paul. Sent. 5.17.2[3].

⁶⁴ Sull'ambiguità che caratterizzò la repressione criminale in epoca costantiniana, vd. U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* cit., 460 ss.; C. VENTURINI, «*Accusatio adulterii*» e politica costantiniana (per un riesame di CTh. 9.7.2), in SDHI 54, 1988, 66-109 (= *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica. Raccolta di scritti*, a cura di A. PALMA, Napoli 2014, 27-77); V. GIUFFRÈ, *La 'repressione criminale'* cit., 181 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*² cit., 280 ss.; F. ZUCCOTTI, *La 'crudeltà' nel Codice Teodosiano ed i suoi fondamenti teologico-giuridici*, in AARC 19, 2013, 33-103. Sotto il profilo degli aspetti processualistici, vd. inoltre A. BANFI, *Acerrima indago. Considerazioni sul procedimento criminale romano nel IV sec. d.C.*², Torino 2016.

SARA LONGO
(Università di Catania)

*Sponsor, fidepromissor, fideiussor:
condicio ‘similis’ e condicio ‘dissimilis’*

ABSTRACT

The majority of the Authors think that, in order to perform a valid guarantee-*sponsio* as well as a *fidepromissio*, it is required and enough the mere and formal performance of the main act regardless of its binding force, while the undertaking of a *fideiussio* implied an obligation of the main debtor. The paper criticizes this position by a close investigation of the *stipulatio-formulae* concerning these three kinds of personal guarantee and by a rigorous analysis of Gai 3.118-119a aiming at restoring the right importance of the dichotomy in Gaius between the *similis* status, in the *sponsor* and *fidepromissor* cases, and the *dissimilis* status of the *fideiussor*.

PAROLE CHIAVE

Garanzia; *accedere*; solidarietà passiva; *obligatio*; *verba stipulationis*.

SPONSOR, FIDEPROMISSOR, FIDEIUSSOR: CONDICIO 'SIMILIS' E CONDICIO 'DISSIMILIS'

SOMMARIO: 1. Gai 3.118-119a e lo stato della dottrina: la teoria di Flume. – 2. Segue. Le teorie di Segrè e De Martino. – 3. Segue. I successivi orientamenti dottrinali. – 4. Corretta impostazione dell'indagine. – 5. Le formule stipulatorie di *sponsio* e *fidepromissio*. – 6. Segue. La formula stipulatoria della *fideiussio*. – 7. Egesi di Gai 3.118-119a. – 8. Il rapporto tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia alla luce di Gai 3.126. – 9. La precisazione gaiana '*quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus*': i casi della *mulier* e del *pupillus* che promettono *sine tutoris auctoritate*, nonché di chi promette *post mortem suam dari*.

1. GAI 3.118-119A E LO STATO DELLA DOTTRINA: LA TEORIA DI FLUME.

Nell'ambito della complessa e articolata tematica delle garanzie personali dell'obbligazione,¹ ruolo di centralità riveste una celebre testimonianza di Gaio, tratta dalle *Institutiones*, tradizionalmente collegata al problema dell'autonomia o dipendenza dell'obbligo di garanzia da quello principale, rappresentandone anzi uno dei nodi più complessi. Si tratta di

Gai 3.118-119a: *Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio <est>*,² *fideiussoris valde*

¹ Nell'accostarci, su questo tema, all'esperienza giuridica romana, valga per tutti il monito di B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio. Divagazioni intorno alla storia del contratto, dell'obligatio, delle garanzie personali*, in BIDR 65, 1962, 105 s.: «... ancora i giuristi classici non hanno il concetto specifico di garanzia dell'obbligazione, né un termine che vi corrisponda, e molto meno conoscono la categoria ... Tutto ciò non vuol dire che ai romani fosse ignota la universale esigenza pratica di garantire una obbligazione, cioè porre in essere mezzi giuridici che ne assicurassero l'adempimento». Ne è conferma, tra l'altro, il modo di esprimersi di Gaio, quando afferma (3.117) che *sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit*; tant'è che «l'uso di tali mezzi già in età repubblicana doveva essere tanto diffuso ed anche socialmente pericoloso, da richiamare l'attenzione del legislatore, che ha provveduto mediante quelle numerose ed incalzanti leggi che sono riferite minutamente dal giurista antonino». Ma «che ancora la giurisprudenza classica non presenti una categoria generale ed un termine ugualmente generale, corrispondente a quello moderno di garanzia dell'obbligazione, si spiega agevolmente considerando che i giuristi romani, veteres e classici, non sono assillati dalla esigenza di presentare categorie e formulazioni generali. Le sistemazioni e categorie tradizionali, rispecchiate da Gaio e assai risalenti, sono alquanto approssimative, suggerite da particolari esigenze soprattutto pratiche. Quegli istituti, che noi qualifichiamo ed inquadrano sotto il profilo delle garanzie, erano così eterogenei che i giuristi non sentivano né trovavano la opportunità di raggrupparli sotto una medesima categoria ed una medesima qualifica».

² L'integrazione, seppur non del tutto necessaria, è generalmente accolta dagli edd., se si esclude l'opinione isolata di M.L. DOMENGET, *Institutes de Gaius*², Paris 1866, 370, che la omette; F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius tertius* §§ 88–225 (*Obligationenrecht*). *Text mit Erklärung und Anhängen*, Jena

dissimilis. 119. *Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui³ promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier⁴ aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur*. 119a. *Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. At⁵ ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur*.

Elencati i tre tipi di garante dell'obbligazione, *sponsor*, *fidepromissor* e *fideiussor* (§ 115),⁶ riferite le relative *interrogationes* che ad essi vanno rivolte (§ 116)⁷ e spiegata la di-

1917, 15, la posta inserendola tra *valde* e *dissimilis*, ma la proposta non sembra logicamente potersi accogliere. Un'eccessiva forzatura costituisce, poi, la lettura di J. REINACH, *Gaius. Institutes*, Paris 1950, 113, il quale evita l'aggiunta in questione correggendo l'*et*, che si legge tra *sponsoris* e *fidepromissoris*, in *est*.

³ Il manoscritto (cfr. *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et edidit* G. STUEMUND [da qui in avanti G. STUEMUND, *Apographum*], Lipsiae 1874 [rist. anast. Osnabrück 1965], 159 r. 5) ha *quid*, che è stato corretto anche in *qui quid* (così M.L. DOMENGET, *Institutes* cit., 370; B.J. POLENAAR, *Syntagma Institutionum novum. Gai Institutiones iuris civilis Romani*, Lugduni Batavorum 1876, 261, e, in alternativa a *qui*, M. DAVID, *Gai Institutiones. Editio minor*² [da qui in avanti M. DAVID, *Editio minor*²], Leiden 1964, 98 nt. 3) o in *qui id* (così F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius tertius* §§ 88–225 cit., 15).

⁴ Così unanimi gli edd. (anche sulla base di Gai 3.107-108), su proposta di G. STUEMUND, *Apographum* cit., 159 r. 5, che ritenne verosimile la sussistenza, alla fine del rigo, delle lettere *mul*; prima della pubblicazione dell'apografo studemundiano, la lacuna veniva integrata con *femina*: cfr., per tutti, E. BÖCKING, *Gaii Institutionum commentarii quattuor*⁵, Lipsiae 1866, 206.

⁵ Nel Veronese si legge *ad* che va sicuramente emendato; per la lettura *at*, qui accolta, rinvio, *amplius*, alle mie osservazioni in S. LONGO, *Naturalis obligatio e debitum servi in Gai. 3.119a*, in IVRA 46, 1995 pubbl. 2000, 92 ss.

⁶ *Pro eo quoque qui promittit solent alii obligari; quorum alios sponsos, alios fidepromissores, alios fideiussos appellamus*.

⁷ *Sponsor ita interrogatur IDEM DARI SPONDES? Fidepromissor <ita> IDEM FIDEPROMITTIS? Fideiussor ita IDEM FIDE TUA ESSE IUBES?* L'idea che l'*obligatio* potesse essere garantita soltanto attraverso i verbi riconosciuti *spondeo*, *fidepromitto* e *fideiubeo*, sembra essere contraddetta da quanto attestato dallo stesso Gaio nel séguito del passo, stando al quale si sarebbe profilata l'ammissibilità di altre forme di stipulazioni di garanzia (verosimilmente in concomitanza con la riconosciuta possibilità di *stipulare* con una pluralità di espressioni, sì da consentire anche per le stipulazioni di garanzia la stessa, limitata, libertà formale), discutendosi altresì del loro conseguente inquadramento giuridico: ... *Videbimus [de his] autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogantur IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES?* Contro posizioni estreme volte, in tempi mero recenti, a considerare questa parte del testo del tutto inidonea ad una spiegazione soddisfacente poiché «in völliges Dunkel gehüllt» (così E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio. Einige Grundfragen zum römischen Bürgschaftrecht*, Berlin 1907, 25 nt. 2), o addirittura a contestarne la paternità ritenendola un glossema (così F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius tertius* §§ 88–225 cit., 14 nt. 2; concordati, tra gli altri, S. PEROZZI, *Dalle obbligazioni da delitto alle obbligazioni da contratto, in Memorie della Regia Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, cl. sc. mor., sez. giur. 10, 1915-16, 67 nt. 1 [= ID., *Scritti giuridici*, a cura di U. BRASIELLO, II, Milano 1948, 476 nt. 1], e ID., *Istituzioni di diritto romano*, II², Milano 1928, 224 nt. 1; G. VON BESELER, *Textkritische Studien*, in ZSS 53, 1938, 19; V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1960, 405 nt. 1), il tentativo propositivo di G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali*, in BIDR 42, 1934, 514 ss. (= ID., *Scritti vari di diritto romano*, con prefazione di G. Grosso, Torino 1952, 495 ss.), inteso a salvare in 3.116 la genuinità del *videbimus* gaiano privo di risposta (impostazione, questa, peraltro non isolata bensì riscontrabile in altri due luoghi

versa *ratio* che sta alla base di queste forme di garanzia personale⁸ rispetto alla opportunità di ricorrere all'*adstipulator* (§ 117),⁹ il giurista passa qui ad illustrare i caratteri, che ravvisa simili ('*similis condicio*'), dello *sponsor* e del *fidepromissor*: entrambi possono accedere soltanto alle *obligationes verborum*, sebbene talvolta il *promissor* '*non fuerit obligatus*': come nei casi della donna o del pupillo che abbia promesso senza l'*auctoritas tutoris*, nonché di chi '*post mortem suam dari promiserit*'; viene invece presentata come problematica ('*at illud quaeritur*') la possibilità di ricorrere validamente a queste due figure di garanti per l'*obligatio ex sponione* contratta dal *servus* o dal *peregrinus* (anch'essa priva di valore *iure civili*).

'*Dissimilis*' – prosegue Gaio – è la condizione del *fideiussor*,¹⁰ il quale anzitutto può accedere a tutte le obbligazioni, non soltanto quindi alle *obligationes verbis* ma anche a quelle *re, litteris e consensu contractae*; né ha rilievo, poi, la circostanza che l'*obligatio* da garantire

delle *Institutiones*: v. 2.121 e 3.202), ha incontrato il favore della dottrina (cfr., per tutti, M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione. a) Parte storica*', in Enc. dir. 17, Milano 1968, 329), ancorché seguendosi talora percorsi interpretativi diversi: F. DE MARTINO, *Le garanzie personali dell'obbligazione*, I, Roma 1940, 32, è portato ad ipotizzare che il termine *videbimus*, in luogo di un originario *quaesitum est*, sarebbe opera di un tardo maestro, mosso dall'intento di trattare più ampiamente la questione ai suoi studenti ai quali leggeva il manuale gaiano; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni. Corso di diritto romano. I. Le garanzie personali*, Padova 1962, 22, tende a svalutare l'atteggiamento del giurista, osservando che «la questione proposta da Gaio era quasi esclusivamente una questione di nomi», e perciò «non doveva preoccuparlo troppo ...; essendo certo che con le tre formule prima richiamate sorgeva una obbligazione valida, si trattava soltanto di sapere con quale nome tecnico dovessero chiamarsi questi garanti» (Id., *op. cit.*, 39); R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio. Omissioni e rinvii*, Napoli 1979, 24 s., ampliando lo sguardo all'intera produzione gaiana, fa leva su D. 46.1.70, un lungo frammento tratto dal primo libro del *De verborum obligationibus* dedicato al *fideiussor*, quale «occasione alla quale col *videbimus* il giurista avrebbe pensato per riprendere l'argomento in maniera più ampia di quanto non gli consentisse il corso istituzionale», sul presupposto dell'esistenza di un 'disagio' giurisprudenziale nell'inquadramento di queste nuove forme di garanzia generate dalla prassi; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, II.1, Torino 2003, 149, ritiene ovvia, benché non esplicitata, la risposta all'interrogativo posto da Gaio: escluso, da una parte, che si tratti di *fideiussores* «perché ... un fideiussore è tale solo se risponda affermativamente ad una domanda rivolta nei termini specifici», e considerato, dall'altra, che «le domande considerate (*idem dabis? idem promittis? idem facies?*) non impiegano il verso *spondere*», diventa giocoforza concludere che «i negozi così realizzati risultano accessibili agli stranieri, e pertanto sono varianti della *fidepromissio*».

⁸ Come osserva S. PEROZZI, *Istituzioni*, II² cit., 223 nt. 4, le garanzie reali «... ebbero sempre presso i Romani importanza secondaria. Il favore per le garanzie personali e il loro grande uso derivò dall'essere le persone in Roma associate nelle genti, nelle famiglie, nei *collegia*, nelle *sodalitates*, legate da rapporti di clientela e di amicizia, e dall'essere considerato un debito d'onore il far garanzia per i compagni di gruppo, per i clienti e gli amici. La garanzia personale aveva anche un significato morale: indicava il credito e il favore personale di cui si godeva presso il garante. Alla diffusione dell'uso delle garanzie reali ostava, oltre alla facilità di usare delle personali, la ripugnanza a gravare di vincoli la proprietà».

⁹ *Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit; adstipulatorem vero fere tunc solum adhibemus, cum ita stipulamur, ut aliquid post mortem nostram detur. Quia enim ut aliquid post mortem nostram detur, stipulando nihil agimus, adhibetur adstipulator, ut is post mortem nostram agat; qui si quid fuerit consecutus, de restituendo eo mandati iudicio heredi [meo] tenetur.*

¹⁰ Per contro, non mancano profili per i quali il giurista tiene a sottolineare l'uniformità di condizione di *sponsor*, *fidepromissor* e *fideiussor*: così relativamente a quanto disposto dalla *lex Cornelia* (su cui v. *infra*, § 6 nt. 126), che fu appunto introdotta per tutte e tre le forme di garanzia: (3.124) *Sed beneficium legis Corneliae omnibus commune est ...*; come pure relativamente all'impossibilità di obbligarsi *in duriores causam*: (3.126, su cui, più diffusamente, v. *infra*, § 8) ... *quod ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur.*

sia *civilis* o *naturalis*, tant'è ('*adeo quidem ut*')¹¹ che un *fideiussor* può obbligarsi pure per lo schiavo, garantendo il *debitum* da lui contratto sia nei confronti di un estraneo, sia nei confronti del proprio *dominus*.

Nel tempo molteplici, e talvolta anche distanti tra loro, sono state le interpretazioni suggerite in dottrina per il frammento di Gaio; e i risultati, altrettanto vari, che ne vengono tratti ai fini della ricostruzione del rapporto tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia, possono pressoché riassumersi in due orientamenti fondamentali.

Il primo di questi va essenzialmente ricondotto a Werner Flume, il quale già nel suo noto e agile volume sull'accessorietà delle stipulazioni di garanzia,¹² facendo leva sulla diversa concezione delle formule tipiche della *sponsio* ('*idem dari spondes?*') e della *fidepromissio* ('*idem fidepromittis?*') da una parte, della *fideiussio* ('*id fide tua esse iubes?*') dall'altra, rilevava una profonda differenza dogmatica tra questi istituti di garanzia: nella *sponsio*, e analogamente nella *fidepromissio*, il garante promette come il debitore principale una prestazione, ed identificandosi quest'ultima in un *idem*, quella dello *sponsor* è una propria autonoma prestazione; per contro, il *fideiussor* «*einsteht für eine fremde Verbindlichkeit*»,¹³ ovvero egli assume su di sé la responsabilità per un debito altrui.¹⁴ Ne deriverebbe così che, mentre la *sponsio* e la *fidepromissio* presuppongono soltanto una *stipulatio* formalmente esistente («*Verpflichtungsgeschäft*»), anche se invalida e dunque inidonea a generare una *obligatio* a carico del debitore principale, la *fideiussio* invece esige l'esistenza di un debito anche in senso materiale, al quale accedere («*materiellen Hauptverpflichtung*»).

La conferma testuale di una tale conseguenza veniva appunto individuata dallo studioso nella testimonianza gaiana: i casi della *mulier* e dell'impubere *sui iuris* che stipulino *sine tutoris auctoritate* nonché di chi prometta *post mortem suam dari*, presentati dal giurista come indiscussi al § 119, proverebbero che la *sponsio* e la *fidepromissio* fanno riferimento alla stipulazione principale come atto,¹⁵ in quanto esse possono accedere anche ad una *stipulatio* improduttiva del suo effetto obbligatorio purché formalmente esistente, ovvero esteriormente perfetta, per la quale Flume usava la qualifica di *stipulatio 'inutilis'*, contrapponendola a quella di *stipulatio 'non existens'*,¹⁶ nella quale rientrerebbero la *promissio servi* e la *sponsio peregrini*, entrambe

¹¹ Su questa espressione gaiana delle *Institutiones* e sulla traduzione che qui se ne accoglie rinvio, *amplius*, al mio *Naturalis obligatio e debitum servi* cit., 53 ss., spec. 71 ss.

¹² W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen*, Weimar 1932.

¹³ W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 65.

¹⁴ Già P. COLLINET, *La garanzia solidale in diritto romano*, in *Memorie della Reale Accademia delle Scienze dell'Istituto di Bologna*, cl. sc. mor. 5, 1930-31, 11 e nt. 2, definiva «accessorio» l'impegno del *fideiussor*: «non è mai stato principale, come invece gl'impegni dei garanti antichi».

¹⁵ *Contra*, cfr. M. DAVID, Rec. a W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät der römischen Bürgschaftsstipulationen* (1932), in ZSS 53, 1933, 611.

¹⁶ In questo senso l'a. riprendeva – ma attribuendole carattere generale – la distinzione tra *stipulatio inutilis* e *stipulatio non existens* già formulata da L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 249 ss., che ne limitava la portata nel sistema giuridico classico a singoli rapporti (come l'*adstipulatio*, la novazione nonché, appunto, le garanzie personali) ed accolta, in questi stessi termini, da F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius tertius* §§ 88-225 cit., 182, 395, e soprattutto da E. BETTI, *Diritto romano. I. Parte generale*, Padova 1935, 331 s.; cfr. pure ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1942, 181 s. Nel medesimo ordine d'idee anche G. SCHERILLO, *Lezioni di Istituzioni di diritto romano*, Milano 1956, 421; mentre di «stipulazione principale formalmente perfetta» contrapposta alla «stipulazione principale formalmente imperfetta» aveva già parlato S. PEROZZI, *Istituzioni*, II² cit., 226 nt.

insuscettibili di essere garantite sia tramite uno *sponsor* sia tramite un *fidepromissor* perché appunto considerate, almeno dalla giurisprudenza prevalente, anche formalmente inesistenti; il successivo § 119a, limitandosi ad affermare che il *fideiussor* '*omnibus obligationibus ... adici potest*', senza cioè la specificazione '*quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus*' che si legge per gli altri due tipi di garanti, confermerebbe che la *fideiussio*, diversamente dalla *sponsio* e dalla *fidepromissio*, si riferisce al rapporto giuridico garantito, poiché presuppone per la sua validità l'esistenza anche in senso materiale del debito principale.¹⁷

Nel 1990 Flume ritorna sul tema della dogmatica dell'atto giuridico quale caratteristica della giurisprudenza romana¹⁸ (rispetto alla dogmatica del rapporto giuridico, caratteristica del pensiero moderno) con la pubblicazione di un secondo lavoro monografico,¹⁹ nel quale egli sviluppa, rielaborandoli, i risultati cui era in precedenza pervenuto circa la caratterizzazione delle figure dello *sponsor*, del *fidepromissor* e del *fideiussor*.²⁰

In particolare lo studioso tedesco, se per un verso corregge il tiro sulla distinzione tra *stipulatio* '*inutilis*' e *stipulatio* '*non existens*' – probabilmente alla luce delle non poche e dure critiche che sul punto gli erano state mosse nel frattempo da più parti in dottrina²¹ –, tant'è che una tale distinzione non si ritrova più riproposta, per altro verso ribadisce ener-

2, richiamandosi con la prima espressione ai casi della donna *sui iuris* e del *pupillus* che avessero promesso senza l'intervento del tutore, e con la seconda alla *sponsio* compiuta dal servo o dal peregrino.

¹⁷ Avevano già interpretato le differenze tra *sponsio* e *fidepromissio* da una parte, *fideiussio* dall'altra, nel senso poi propugnato da Flume, ancorché quest'ultimo con ben altra ampiezza di dimostrazione, A. PERNICE, *Parerga. Über wirtschaftliche Voraussetzungen römischer Rechtsätze*, in ZSS 19, 1898, 176 ss.; G. VON BESELER, *Miscellanea*, in ZSS 45, 1925, 199, 204, 237, e ID., *Romanistische Studien. Die Gefährtragung beim Kauf im klassischen römischen Rechte*, in TR 8, 1928, 299 ss.; non diversamente É. CUQ, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*², Paris 1928, 646 s.; e O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte. II.1. Privatrecht*, Leipzig 1901, 732 ss.

¹⁸ Tema al quale nel frattempo lo studioso aveva dedicato altre, approfondite, ricerche: W. FLUME, *Die Vererblichkeit der suspensiv bedingten Obligation nach klassischem römischem Recht*, in TR 14, 1936, 19 ss. (= ID., *Gesammelte Schriften*, I, Köln 1988, 80 ss.); ID., *Der bedingte Rechtsakt nach den Vorstellungen der römischen Klassiker*, in ZSS 92, 1975, 69 ss. (= ID., *Gesamm. Schriften*, I cit., 182 ss.); ID., *Die Aufhebungsabreden beim Kauf – lex commissoria, in diem addictio und sogenanntes pactum displicentiae – und die Bedingung nach der Lehre der römischen Klassiker*, in *Festschrift für M. Kaser zum 70. Geburtstag*, hrsg. von D. Medicus und H.H. Seiler, München 1976, 309 ss. (= ID., *Gesamm. Schriften*, I cit., 229 ss.). Cfr. pure, dello stesso a., *Die Bewertung der Institutionen des Gaius*, in ZSS 79, 1962, 1 ss. (= ID., *Gesamm. Schriften*, I cit., 163 ss.).

¹⁹ W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990.

²⁰ In particolare, è nel § 2 del nuovo volume (cit. *supra*, alla nota precedente), intitolato '*Die Bezogenheit der adstipulatio und der Sponsions- und Fidepromissionsbürgschaft auf die Hauptstipulation*' (pp. 29-38), che Flume riprende le conclusioni del suo precedente volume del 1932, *Studien zur Akzessorietät* cit.

²¹ Cfr., tra gli altri, F. DE MARTINO, *Studi sulle garanzie personali. I. L'autonomia classica della sponsio* [da qui in avanti F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio*], Napoli 1937, 8 ss. (= ID., *Diritto economia e società nel mondo romano*, con una nota di lettura di F. d'Ippolito, I, Napoli 1995, 52 ss.), e ID., *Le garanzie personali*, I cit., 78 ss.; C. SANFILIPPO, *Dubbi e riflessioni in tema di novazione mediante stipulazione nulla*, in *Annali Catania* 3, 1948-49, 228 ss.; F. BONIFACIO, *La novazione nel diritto romano*², Napoli 1959, 39; F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, 110 ss.; A. MASI, *Il negozio utile o inutile in diritto romano*, in RISG 10, 1959-1962, 79 ss. L'unica voce contraria è quella di P. CORNIOLEY, *Naturalis obligatio. Essai sur l'origine et l'évolution de la notion en droit romain*, Genève 1964, 51, 53 s., il quale, traendo spunto dalla tesi di Flume, fa propria la pretesa contrapposizione tra *stipulatio* '*inutilis*' e *stipulatio* '*non existens*', presentandola come ricavata da Gai 3.176 in tema di novazione: su questa testimonianza gaiana v. *infra* § 9.

gicamente la duplice interpretazione del termine *obligatio* già a suo tempo suggerita per Gai 3.119-119a: la vera *dissimilitudo* delle situazioni dello *sponsor* e del *fidepromissor* rispetto a quella del *fideiussor* deve individuarsi nella circostanza che, mentre l'ammissibilità della garanzia assunta dai primi presuppone una stipulazione principale come 'atto', l'ammissibilità della garanzia fideiussoria presuppone invece un 'rapporto obbligatorio' principale.

È quanto afferma – a dire dello studioso – lo stesso Gaio, per il quale lo *sponsor* e il *fidepromissor* possono accedere alle sole '*obligationes*' *verborum*, ovvero agli 'atti' *verbis* produttivi di obbligazione, anche se inefficaci ('*quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus*'): quindi, perché si possa validamente ricorrere ad una *sponsio* come pure ad una *fidepromissio* non sarebbe necessario che il *promissor* principale risulti obbligato, bastando al riguardo il solo corretto compimento di una *stipulatio* avente ad oggetto una promessa in sé potenzialmente efficace. Coerentemente a ciò, la *quaestio*, richiamata subito dopo nel § 119, circa il valore giuridico della *sponsio* di garanzia o della *fidepromissio* che affianchi una *sponsio servi* o una *sponsio peregrini*, non investe l'obbligatorietà di tali promesse, bensì unicamente la loro natura giuridica, chiedendosi la giurisprudenza classica se la promessa fatta da uno schiavo o da uno straniero con l'utilizzo del verbo *spondeo* possa essere considerata o meno una *stipulatio*.²²

Per contro, attraverso un *fideiussor* è possibile garantire *omnes* '*obligationes*' (in qualunque modo contratte), da intendersi quest'ultima espressione nel senso di 'rapporti giuridici obbligatori';²³ lo confermerebbe la successiva precisazione del giurista, in chiusura del § 119a, il quale nell'evidenziare l'assoluta irrilevanza, ai fini della valida garanzia fideiussoria, della natura *civilis* o *naturalis* dell'obbligazione principale, non avrebbe potuto non riferirsi che al vincolo obbligatorio in capo al debitore garantito.²⁴

2. SEGUE. LE TEORIE DI SEGRÈ E DE MARTINO.

Il versante opposto degli orientamenti dottrinali in tema di garanzie personali alla luce di Gai 3.118-119a, si identifica fundamentalmente nelle posizioni di Gino Segrè e Francesco De Martino, i quali se, per un verso, respingevano le differenze di trattamento giuridico che Flume aveva individuato tra lo *sponsor* (nonché il *fidepromissor*) e il *fideiussor* traendole come conseguenza della diversa struttura dogmatica che contraddistinguebbe queste figure di garanti,²⁵ per altro verso, facevano leva proprio su quest'ultimo punto evidenziato dallo studioso tedesco, ponendolo però – seppur pervenendo i due studiosi, come vedremo, a conclusioni non del tutto tra loro coincidenti – in relazione all'alternativa principio di autonomia/principio di accessorietà, quale perno attorno cui ruoterebbe la disciplina romana delle garanzie personali.

²² W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 31 s.

²³ W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis* cit., 30 s.

²⁴ Interpretazione, questa di Gai 3.119-119a, che l'a. ha modo di riconfermare quando ritornerà, ancora un volta, in argomento: W. FLUME, *Zu den römischen Bürgschaftsstipulationen*, in ZSS 113, 1996, 98: «So ist die Antithese von § 119 und 119a evident: *Sponsio* und *fidepromissio* sind accessorisch zu der *verborum obligatio* als Rechtsakt und deshalb gültig, *quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus*, während die *fideiussio* nicht auf den Rechtsakt des Hauptschuldners, sondern auf die *obligatio* als Verpflichtung bezogen ist, wobei es für die *fideiussio* nicht darauf ankommt, *utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur*».

²⁵ Dubbi in proposito venivano sollevati da W.W. BUCKLAND, *Les limites de l'obligation du fideiussor*, in TR 12, 1933, 119 ss.

In particolare, Segrè incentrava la sua analisi esegetica del frammento gaiano²⁶ sullo specifico rapporto, controverso appunto, tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia²⁷ partendo da un presupposto elevato a punto fermo ed indiscusso: anche a voler ammettere per ipotesi che nella sua configurazione originaria la *sponsio* e la *fidepromissio* aderissero all'atto formale della *verborum obligatio*²⁸ mentre la *fideiussio* alla obbligazione materiale del debitore principale, ciò «... in ogni modo non toglie che, almeno ai tempi in cui Gaio scrive, si esigesse anche per la *sponsio* in massima l'esistenza di una *obligatio* materiale dipendente dalla *verborum obligatio*». ²⁹ Questo è quanto si ricava testualmente – prosegue lo studioso – dal § 119, nel punto in cui troviamo detto che lo *sponsor* e il *fidepromissor* accedono validamente alle *obligationes verborum*, *'quamvis interdum ipse, qui promiserit, non fuerit obligatus'*; sicché i tre casi subito dopo presentati come sicuri, ovvero sia quelli del pupillo e della donna che si obbligano *sine tutoris auctoritate* nonché di chi promette *post mortem suam dari*, per i quali era ugualmente possibile assumere validamente uno *sponsor* o un *fidepromissor* nonostante il promittente non si fosse obbligato (dubbie invece le altre due fattispecie della promessa del servo e della *sponsio* del peregrino, richiamate dal giurista in chiusura del passo), esprimono il residuo di una condizione generale originaria del *ius civile*, nella quale la *sponsio* e la *fidepromissio* dovevano apparire del tutto autonome rispetto alla stipulazione principale.

E che per l'età classica questi non fossero dei meri esempi di una supposta regola generale³⁰ bensì vestigia del risalente principio di originaria autonomia della *sponsio* di garanzia, e dunque casi che si presentavano in quell'epoca come 'eccezionali' rispetto al principio di accessoriarietà *'pro alio obligari'* via via radicatosi nel campo delle garanzie personali,³¹ troverebbe conferma nella presenza di *interdum* che, a giudizio di Segrè, proprio per la sua peculiare posizione assunta nel brano, sembra riferirsi, anziché a tutti i casi salvo i due dubbi, a singoli casi – quei tre, appunto – in cui chi promette non resta obbligato.³²

²⁶ G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 497 ss., spec. 510 ss.; cfr. pure ID., *Corso di diritto romano. Le garanzie personali*, Torino 1933-1934, 115 ss.

²⁷ Al riguardo, lo studioso (cfr. G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 510 s.) evidenziava l'andamento piuttosto «singolare» di Gai 3.118-119a in cui il giurista, ancorché animato dall'intento di mettere in rilievo la *condicio valde dissimilis* del *fideiussor*, richiama una sola differenza più sintomatica, ovvero quella per cui questo tipo di garante poteva accedere ad *omnes obligationes*, diversamente dallo *sponsor* e dal *fidepromissor* idonei a garantire unicamente le *obligationes verborum*; mentre, all'infuori di tale differenza, egli non sembra esprimersi in modo altrettanto chiaro o, addirittura, tace su altri profili delle garanzie personali: «così se la dipendenza dell'obbligazione del *fideiussor* dalla principale vada intesa diversamente da quella dello *sponsor* quanto ai requisiti della sua nascita; se e quale differenza vi sia quanto agli oggetti possibili della *sponsio* e a quelli della *fideiussio*, e quanto all'azione relativa; se e in quanto il perdurare dell'obbligazione principale influisca diversamente sulla perduranza dell'obbligazione di garanzia secondo che si tratti dell'una o dell'altra» (ID., *op. cit.*, 511).

²⁸ Ma l'a. non mancava di manifestare sul punto qualche perplessità: cfr. G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 511, 516.

²⁹ G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 516.

³⁰ Quella secondo cui *sponsor* e *fidepromissor* potevano intervenire anche per garantire una *obligatio* invalida, purché accedessero ad una *stipulatio* formalmente esistente: così W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 65.

³¹ Così già H. SIBER, *Römisches Recht. II. Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 296, e F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius tertius* §§ 88–225 cit., 396. Nel senso di eccezioni al principio dell'accessoriarietà sembra intendere i casi in questione anche S. SOLAZZI, *Mora del convenuto con le azioni adiettorie e mora del fideiussore*, in RISG 61, 1919, 19 (= ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 271).

³² G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 516 s. L'interpretazione dell'a. viene accolta da P.

Più articolato si presenta il rapporto tra *sponsio* e *fideiussio* nella visuale di De Martino,³³ il quale incentrava l'analisi e l'interpretazione di Gai 3.119 su un interrogativo di fondo: la *promissio* compiuta dalla donna o dal pupillo *sine tutoris auctoritate* e la *promissio post mortem dari* rappresentano eccezioni al principio dell'accessorietà – stando alla presenza dell'*interdum* iniziale – oppure l'affermazione gaiana '*quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus*' è da intendersi di applicazione generale, sicché quelli della *mulier* o del *pupillus* che si obbligano senza approvazione tutoria nonché di chi promette per dopo la sua morte costituirebbero esempi di essa, che non escludono così altri casi di indipendenza della *sponsio* e della *fidepromissio* dalla validità o meno dell'*obligatio* da garantire – come si ricaverebbe da '*velut*' –, mentre eccezioni sarebbero i casi discussi della *sponsio servi* e della *sponsio peregrini* richiamati in chiusura del § 119?³⁴

È quest'ultima la soluzione interpretativa preferita dallo studioso, alla quale riteneva di pervenire intraprendendo due percorsi.

Anzitutto, e preliminarmente, egli faceva leva sulle «innegabili differenze formali»³⁵ tra la *sponsio* e la *fidepromissio* da una parte, la *fideiussio* dall'altra, per farne scaturire una conseguente, e profonda, diversità 'strutturale' tra queste figure di garanzia personale, almeno nella loro configurazione originaria: mentre nella *sponsio* e nella *fidepromissio* l'oggetto della dichiarazione obbligatoria è l'*idem*, tant'è che lo *sponsor* e il *fidepromissor* promettono il medesimo oggetto materiale dedotto nell'obbligazione principale,³⁶ per contro nella *fideiussio* il garante autorizza che si ponga l'*idem* sotto la sua *fides*, ovvero sotto la propria garanzia, e dunque egli assume la garanzia per un debito altrui.

Quindi, De Martino sottoponeva i cinque casi complessivamente prospettati da Gai 3.119 ad una indagine di carattere sostanziale; e non individuando per ciascuno di essi alcuna spiegazione storica o dogmatica, né ragioni particolari che potessero giustificare il loro carattere eccezionale nel quadro dell'accessorietà, ritenendo così impossibile supporre che per gli altri casi di *stipulatio inutilis* fosse ammessa una soluzione diversa, l'autore napo-

BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria e novativa*, in *Scritti in onore di C. Ferrini pubblicati in occasione della sua beatificazione*, Milano 1947, 80 ss. nt. 2, che la fa propria con maggior vigore: «Concludendo si può dire che Gai. III.119 non consente affatto di affermare che principio generale per il diritto classico era che la *sponsio* potesse sorgere pure nel caso che il debitore principale non fosse obbligato ..., ma soltanto si può dire che nel passo gaiano vi è una riprova dell'assoluta autonomia della *sponsio* rispetto al debito principale vigente nell'antico *ius civile*, ormai superato dalla giurisprudenza classica, che ha in questo punto tratto le conseguenze dal principio che il garante è un debitore in senso lato accessorio in quanto '*pro alio promittit*', pur essendosi conservato l'antico regime in alcuni casi eccezionali» (ID., *op. cit.*, 83 nt. 2).

³³ In più contributi l'a. ha preso posizione sul tema: cfr. F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio cit.*, *passim*; ID., *Studi sulle garanzie personali*. II. *Intorno alla storia della «sponsio»* [da qui in avanti F. DE MARTINO, *Intorno alla storia della «sponsio»*], Napoli 1938, *passim* (= ID., *Diritto economia e società*, I cit., 223 ss.); ID., *Le garanzie personali*, I cit., *passim*, spec. 21 ss., 71 ss.; ID., *L'origine delle garanzie personali e il concetto dell'obligatio* [da qui in avanti F. DE MARTINO, *Il concetto dell'obligatio*], in SDHI 6, 1940, 132 ss., e ID., v. '*Fideiussione (diritto romano)*', in NNDI 7, Torino 1961, 271 ss.

³⁴ F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio cit.*, 5 ss., e ID., *Le garanzie personali*, I cit., 73 ss.

³⁵ F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 29, 22.

³⁶ F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 21: «non *idem debitum* (vincolo sostanziale), né *idem spondere* (vincolo formale, dichiarazione verbale), ma *eadem res*»; così esprimendosi, l'a. modificava in parte una sua precedente opinione (cfr. ID., *L'autonomia classica della sponsio cit.*, 4), secondo la quale «lo *sponsor* non *spondet* '*idem quod Titius debet*' ma solo '*idem*', cioè '*idem quod Titius sponpondit*'. L'unico limite nel vincolo dello *sponsor* è appunto l'*idem*'; v. pure *infra*, § 5 e nt. 91.

letano giungeva a quella che per lui rappresentava «l'unica possibile soluzione logica»: il principio dell'accessorietà, «come rigorosa dipendenza della garanzia da una *obligatio* valida, non appartiene al diritto più antico, non è una caratteristica della *sponsio* e della *fidepromissio*»³⁷ contraddistinte, per contro, da un rapporto di assoluta indipendenza dall'obbligazione principale. Tale rapporto cominciò a subire dei temperamenti solo in epoca classica quando, venendo elaborandosi il concetto di *sponsio* quale garanzia che deve 'accedere' ad una *stipulatio*, ecco che la giurisprudenza meno conservatrice della risalente regola dell'autonomia avrebbe cominciato a dubitare della validità di siffatta garanzia nei casi di assoluta incapacità giuridica del *promissor* – qual era il *servus* o il *peregrinus* che *spoponderit*³⁸ – richiedendo che occorresse almeno l'assunzione dell'obbligazione principale da parte di chi fosse soggetto di diritti.³⁹

Passando poi all'esame di 3.119a, e dunque alla figura del *fideiussor* messa a confronto con quelle dello *sponsor* e del *fidepromissor*, De Martino provava a ricostruire siffatto rapporto affrontando il problema circa l'ammissibilità o meno della garanzia fideiussoria – a fronte, peraltro, del silenzio gaiano nel passo – per quei casi di *obligatio* invalida ricordati poco prima dal giurista (§ 119), cui poteva accedere uno *sponsor* o un *fidepromissor*.

Interpretando, da una parte, alcune testimonianze dei *Digesta* come attestanti la valida assunzione di un *fideiussor* a garanzia dell'obbligazione contratta dal pupillo *sine tutoris auctoritate*,⁴⁰ e aderendo, dall'altra, alla corrente dottrinale che nega origini classiche all'inquadramento dell'*obligatio pupilli* senza approvazione tutoria nella categoria delle *obligationes naturales*,⁴¹ lo studioso spiegava quelle attestazioni individuando un iter che avrebbe

³⁷ F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 83. Cfr. pure ID., *Il concetto dell'obligatio* cit., 134: «Autonomia significa mancanza di accessorietà, significa cioè che la *sponsio* pur accedendo ad una obbligazione principale non era a questa subordinata. Per l'età più antica il punto è sicuro, perché i casi di validità della *sponsio* assunta per stipulazioni assolutamente invalide (Gai 3.119) si possono spiegare solo come sopravvivenze di un'antica concezione ... È nell'indiscutibile esistenza di questi casi che sta la forza sicura del nostro argomento».

³⁸ F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio* cit., 15: «... nei casi di assoluta incapacità giuridica del *reus promittendi*, mancando una *verbis obligatio*, perché dal nulla non può sorgere che il nulla, non era ammissibile una garanzia»; «nel caso della *sponsio* del servo o del peregrino la *stipulatio* è formalmente perfetta: ma quel che manca è la capacità del promittente di essere soggetto di diritti, cioè manca un presupposto fondamentale ed indispensabile non solo della *sponsio*, ma anche di ogni qualsiasi negozio»; ed ancora: «Il motivo che guida i seguaci di questa concezione era che un negozio contratto con un incapace si considera come contratto con nessuno. Tale motivo è tassativamente addotto in Gai 3.176: '*... proinde ... ac si ... a nullo stipulatus fuisset*'» (ID., *op. cit.*, 16).

³⁹ A questi due casi del *servus* e del *peregrinus* che Gaio presenta come dubbi, potrebbe essere accostato – secondo F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 94 ss. – quello dell'obbligazione contratta da chi subisce poi una *capitis deminutio*, anch'esso oggetto di *quaestio* giurisprudenziale: mentre nella primitiva stesura di D. 45.2.19 (Pomp. 37 *ad Q. Mucium*) Pomponio, ammettendo il valido ricorso allo *sponsor* dopo l'*interdictio aqua et igni* del debitore, dimostrava di ricollegarsi al vecchio principio civilistico, attestato da Quinto Mucio, della piena autonomia di questa forma di garanzia dall'obbligazione principale, nella redazione originaria di D. 46.1.47 pr. (Pap. 9 *quaest.*), invece, Papiniano, ritenendo inammissibile la *sponsio* dopo la *deportatio* del debitore, sentiva il bisogno di richiamare l'autorità di Giuliano per imporre il principio opposto, ovvero sia che nel momento in cui interviene il garante, occorre per lo meno un debitore giuridicamente capace di obbligarsi. Sul punto cfr. pure F. DE MARTINO, v. '*Fideiussione*' cit., 272.

⁴⁰ Si tratta di D. 46.1.25 (Ulp. 11 *ad ed.*), e D. 46.1.2 (Pomp. 22 *ad Sab.*): su questi brani v. *infra*, § 9.

⁴¹ Al riguardo v. *infra*, § 9 nt. 214. In più, l'a. (cfr. F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio* cit., 12) faceva una considerazione di tipo testuale: l'inizio del periodo '*at ne illud quidem interest*' in 3.119a sembra alludere alla circostanza che la *sponsio* e la *fidepromissio*, diversamente appunto dalla *fideius-*

visto protagonista 'anche' il *fideiussor* già nella stessa fase in cui questo tipo di garante coesisteva con lo *sponsor* e il *fidepromissor*.

Come la regola secondo cui il ricorso alla *sponsio* e alla *fidepromissio* non esigeva il presupposto di un vincolo obbligatorio valido, subì alcuni temperamenti nell'età classica ad opera della giurisprudenza più evoluta che non ritenne più sufficiente per alcune ipotesi il dogma dell'autonomia, allo stesso modo pure per la *fideiussio*, la quale per la sua struttura era di per sé idonea a garantire le sole obbligazioni valide, oltre ad una attenuazione di tale principio già con il riconoscimento della sua accessibilità ad una semplice *obligatio naturalis*, si ammise inoltre – sull'esempio del più antico negozio della *sponsio*, cui si modellò sin dal suo sorgere la *fidepromissio* – che questa forma più evoluta di garanzia venisse sottratta al rigido rapporto di dipendenza dall'obbligazione principale, potendosi ricorrere ad essa anche per l'obbligazione contratta dal *pupillus* senza l'intervento del tutore;⁴² «con ciò non si vuol sostenere che il regime della *fideiussio* si sia interamente unificato con quello della *sponsio*, ma porre in luce soltanto una tendenza verso una costruzione unitaria».⁴³

3. SEGUE. I SUCCESSIVI ORIENTAMENTI DOTTRINALI.

Gli orientamenti sopra esposti hanno incontrato sorti diverse nella romanistica.

Inizialmente la dottrina appare muoversi lungo la scia di Segrè e De Martino, non esitando ad invocare il frammento gaiano a testimonianza, ora dei due elementi contrapposti che avrebbero originariamente contraddistinto le garanzie personali, vale a dire «l'autonomia» per la *sponsio* e la *fidepromissio*, «l'accessorietà» per la *fideiussio*; ora della progressiva estensione allo *sponsor* e al *fidepromissor* dell'accessorietà, senza tuttavia che ne venisse del tutto assorbita l'autonomia, la quale avrebbe continuato ad operare in età classica per alcuni casi di ricorso a queste due figure più antiche di garanti.⁴⁴

Se già Devilla si limita a manifestare qualche perplessità sulla persistenza dell'autonomia quale tratto distintivo della *sponsio* ritenendo più probabile che già in epoca repubblicana lo *sponsor* si obbligasse come debitore accessorio,⁴⁵ ma tenendo nel contempo a precisare che «la direttiva nuova verso l'accessorietà non ha comunque cancellato le tracce dell'antica struttura della *sponsio* che continua a sopravvivere ancora nel diritto classico, come dimostrano gli esempi forniti da Gaio»,⁴⁶ in termini molto più decisi Bonifacio, in armonia con la sua teoria circa le origini della novazione⁴⁷ – secondo cui l'antico principio re-

sio, non potessero accedere alle obbligazioni naturali; ne conseguirebbe allora che l'obbligazione contratta dal pupillo senza l'*interpositio auctoritatis* non era qualificata dai classici come *obligatio naturalis*.

⁴² F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 91, 102. Così pure ID., v. '*Fideiussione*' cit., 272: «Al regime originario tuttavia la giurisprudenza nel corso del tempo sostituì un regime più duttile, ispirandosi ad una concezione unitaria delle tre forme di garanzia e quindi talune volte ammise anche per la *sponsio* la dipendenza, ... mentre altre volte si riconobbe la validità della *fideiussio* in caso di obbligazione principale invalida».

⁴³ F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 102.

⁴⁴ La sola voce dissonante sembra essere quella di C. SANFILIPPO, *Dubbi e riflessioni* cit., 229, che attribuisce alla *sponsio* anche per l'epoca classica il carattere dell'autonomia, ricollegandolo a supposte ragioni strutturali proprie di questo atto di garanzia.

⁴⁵ V. DEVILLA, *L'obbligazione naturale del pupillo*, in *Studi Sassaresi* 18, Sassari 1940, 18.; cfr. pure ID., *op. cit.*, 17.

⁴⁶ V. DEVILLA, *L'obbligazione naturale del pupillo* cit., 18 s., 17.

⁴⁷ F. BONIFACIO, *La novazione*² cit., *passim*.

pubblicano che riteneva sufficiente per l'estinzione *novationis iure* della *praecedens obligatio* la semplice deduzione di essa in una *posterior stipulatio* perfetta nei suoi requisiti formali, risultando indifferente il sorgere o meno di un nuovo *vinculum iuris*, sarebbe stato superato dal sistema giuridico classico il quale subordina il fenomeno della novazione al sorgere di una *nova obligatio* che di quella estinta prenda il posto⁴⁸ – ipotizza anche per le garanzie personali una evoluzione parallela e simmetrica: mentre attraverso il ricorso alla *sponsio* e alla *fidepromissio* l'obbligazione di garanzia prescindeva dalla validità del debito principale, con la *fideiussio* venne elaborandosi il dogma che la garanzia deve accedere ad una *obligatio* principale valida; con la conseguenza che i casi del *pupillus* o della *mulier* che contraggono *sine tutoris auctoritate* nonché di chi promette *post mortem suam dari*, richiamati da Gaio tanto in 3.119 quanto in 3.176 (a proposito, appunto, della novazione), si sarebbero mantenuti come «casi eccezionali in cui la *stipulatio*, ancorché *inutilis*, poteva tuttavia essere validamente garantita, e poteva estinguere un'*obligatio* in essa dedotta». ⁴⁹

Ancora più marcata la posizione di Pastori che, in uno studio specifico sulla *sponsio/stipulatio*,⁵⁰ dedica ampio spazio all'analisi della testimonianza gaiana,⁵¹ traendone la seguente interpretazione. Mentre nel § 119a, incentrato sull'ampiezza di criteri giurisprudenziali volti a stabilire l'ambito di applicazione della *fideiussio*, appare evidente come per questa più recente forma di garanzia sia tenuto fermo il presupposto dell'accessorietà richiedendosi che essa acceda ad un negozio giuridicamente rilevante,⁵² nel § 119 invece affiorano per la *sponsio* e

⁴⁸ Una ricostruzione, questa prospettata dall'a., «lineare e chiaramente spiegabile», come lo stesso F. BONIFACIO, *La novazione*² cit., 46, tiene a precisare: «l'estinzione dell'obbligazione mercé la sola deduzione in una *stipulatio*, indipendentemente dal se questa abbia o meno efficacia obbligatoria, è concetto giustificabile solo quando l'istituto muove i suoi primi passi. L'elaborazione di un concetto più complesso che implica l'assoluta indissolubilità dell'effetto estintivo e dell'effetto creativo della *stipulatio debiti* appartiene alla giurisprudenza del principato, della quale sarebbe qui inutile ricordare lo sforzo poderoso che portò ad una trasformazione di tanti istituti dell'antico *ius civile*».

⁴⁹ F. BONIFACIO, *La novazione*² cit., 49 s. Quanto poi ai casi della *stipulatio servi* e della *sponsio peregrini*, anche la divergenza tra il § 119, dove Gaio attesta l'esistenza di un dissenso giurisprudenziale circa la possibilità che ad esse accedano validamente uno *sponsor* o un *fidepromissor*, e i §§ 176-179, dove invece si esclude che le stesse possano avere effetti estintivi-novativi, viene spiegata dallo studioso in linea con la sua impostazione che tende a ricondurre ad una ragione unitaria la validità della garanzia personale nonostante la nullità dell'atto negoziale principale e l'effetto estintivo della *stipulatio debiti inutilis*: come i §§ 176 e 179 mediante il richiamo alla diversa opinione di Servio Sulpicio testimonierebbero che la profonda trasformazione vissuta dalla *novatio* «... si è verificata gradualmente, cominciandosi col dubitare – e poi risolvere negativamente – dei casi estremi della *sponsio* e della *stipulatio* di persone assolutamente incapaci», allo stesso modo il § 119 attraverso l'uso del *quaeritur* attesterebbe per la *sponsio* e la *fidepromissio* «questa età di transizione che, però, senza dubbio all'epoca di Gaio doveva già essere superata, perché una decisione nettamente negativa in tema di novazione doveva comportare una soluzione parimenti negativa in tema di garanzie personali»; sicché l'a. è costretto a vedere nel § 119 «il residuo di una più antica struttura, contemporanea all'epoca di dubbi ed incertezze di cui abbiamo fatto cenno» (ID., *op. cit.*, 38 nt. 1).

⁵⁰ F. PASTORI, *Appunti* cit. In tal modo l'a. muta radicalmente la sua opinione, in tema di garanzie personali, precedentemente espressa in F. PASTORI, *Osservazioni intorno alla «sponsio» romana*, in SDHI 13-14, 1947-1948, 217 ss.

⁵¹ Precisamente, in un apposito capitolo, dal titolo '*La sponsio nel diritto classico*' (pp. 95-145), che l'a., a distanza di un trentennio, inserisce, senza sostanziali modifiche, in un altro lavoro monografico: cfr. F. PASTORI, *Il negozio verbale in diritto romano*, Bologna 1994, pp. 107-159.

⁵² F. PASTORI, *Appunti* cit., 99, 100. In questo senso cfr. pure ID., *Concetto e struttura della obbligazione nel diritto romano*, Milano 1985, 385: «la tecnica garanzia personale ... si afferma solo con la *fideiussio*, le cui regole – quella dell'accessorietà, in particolare – tendono a essere estese alla *sponsio* ad opera della giurisprudenza classica, cadute le ragioni storiche che ne giustificano l'autonomia».

per la *fidepromissio* sia la regola dell'accessorietà sia la regola dell'autonomia, rivelando il passo una stratificazione di concezioni giuridiche: in particolare, l'affermazione '*nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*' da cui Gaio mostra di prendere le mosse, sta a significare che la *sponsio* e la *fidepromissio* debbano accedere ad una *obligatio (verbis)* valida, rivelando così che il sistema classico tende ad estendere il principio dell'accessorietà anche a queste figure più antiche di garanzia; per contro, la limitazione '*quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus*', attestante il valido ricorso di *sponsio* e *fidepromissio* accanto a negozi invalidi, dimostra come quel principio non si sia ancora affermato del tutto, conservando traccia di un regime precedente in virtù del quale alla *sponsio* (e poi anche alla *fidepromissio*) si applicava la regola dell'autonomia.⁵³ Da qui l'azione dei *prudentes* volta a considerare, con larghezza interpretativa, giuridicamente rilevanti alcuni casi di *stipulatio* originariamente *inutilis* – quelli appunto ricordati da Gaio – proprio per giustificare l'inquadramento nell'ambito dell'accessorietà di forme di garanzia contraddistinte dall'autonomia; per essi sarebbe più corretto, come tiene a precisare l'a., parlare non tanto di eccezioni, quanto «... e solo di valutazione empirica operata dalla giurisprudenza, allo scopo di riportare la risalente casistica al regime, parimenti empirico, della garanzia accessoria».⁵⁴

Su questa stessa linea di pensiero anche Apathy il quale, seguendo la predetta impostazione che mette in parallelo l'istituto della novazione con le garanzie personali,⁵⁵ tiene fermamente a sottolineare: ora, come principio generale, che «Es ergibt sich aus dem Wesen Bürgschaftsrechts, daß weder das Prinzip der Akzessorietät noch das der völligen Autonomie der Bürgschaftsverpflichtung praktikabel ist. Diese Tatsache dürfte die Annäherung der zunächst eher autonomen *sponsio* und der mehr akzessorischen *fideiussio* wesentlich gefördert haben»;⁵⁶ ora, con specifico riferimento al frammento gaiano, che «Daß die

⁵³ F. PASTORI, *Appunti cit.*, 98 s., 108 s. Sostanzialmente analogo il modo di esprimersi dello studioso in *Concetto e struttura della obbligazione cit.*, 391 e nt. 10, a proposito di Gai 3.118-119a: «L'autonomia della *sponsio* coeva alla struttura originaria dell'istituto, pure formalmente affermata in Gaio, tende nel diritto classico ad essere superata, in presenza dell'orientamento giurisprudenziale di ricomprendere la *sponsio* nelle tecniche regole della garanzia accessoria ... Ma proprio i caratteri della *sponsio* che appaiono scoloriti e superati nel regime classico, in cui sono presenti come relitti storici, rivelano il precedente regime dell'istituto e consentono di illuminare la sua evoluzione».

⁵⁴ F. PASTORI, *Appunti cit.*, 117. E il contrasto giurisprudenziale esposto da Gaio in chiusura di 3.119 in ordine alla valida assunzione della *sponsio* e della *fidepromissio* a garanzia della *sponsio servi* o della *sponsio peregrini* viene inquadrato dall'a. all'interno di quella tendenza e di quello sforzo giurisprudenziali miranti a conciliare il regime della *fideiussio* con quello della *sponsio* e della *fidepromissio*, in modo da superare gradualmente il vecchio presupposto dell'autonomia oramai in contrasto con la più evoluta concezione, per la quale l'accessorietà si poneva a fondamento delle garanzie personali: «i dubbi di Gai. 3.119 ... hanno come premessa la concezione che la *sponsio* partecipi della regola dell'accessorietà, essendo, invece, tali dubbi improponibili ove la *sponsio* si fosse uniformata all'autonomia. Inquadrata la *sponsio* nell'ambito dell'accessorietà, dubitano i classici che essa possa intervenire per la *sponsio* dello schiavo e del peregrino, posta la difficoltà ... di riconnettervi effetti giuridici, idonei a costituire il fondamento della garanzia» (ID., *op. cit.*, 115). Ponendo poi 3.119 a confronto con 3.176, Pastori avanza altresì una ipotesi circa il possibile sviluppo del dissenso, ritenendo probabile, posto che Gaio si pronuncia negativamente in tema di novazione, che il giurista propenda per la soluzione negativa anche in tema di *sponsio* e di *fidepromissio*; ma, simmetricamente, lo studioso non esclude nemmeno che l'orientamento giurisprudenziale propenso a ritenere valide queste due forme più antiche di garanzia – orientamento che emergerebbe dal *quaeritur* gaiano – abbia anche riconosciuto l'effetto novativo alla *stipulatio servi* e alla *sponsio peregrini* (ID., *op. cit.*, 144).

⁵⁵ P. APATHY, *Zur Abgrenzung von Novation und Bürgschaft*, in RIDA 18, 1971, 415 ss.

⁵⁶ P. APATHY, *Zur Abgrenzung von Novation cit.*, 427. In questo senso già G.G. ARCHI, *Contributi alla critica del Corpus Juris*. II. *Riforme giustinianee in tema di garanzie personali*, in BIDR 65, 1962, 132 (=

klassische Sponsionsbürgschaft grundsätzlich nicht akzessorisch war, ... deutlich aus Gai. 3,119 hervor. Die dort aufgeführten Fälle können nicht ... als Fälle einer Durchbrechung des Akzessorietätsprinzips angesehen werden. Dies entspräche zwar mit zunehmender Annäherung der *sponsio* an die *fideiussio* der materiellen Rechtslage, stünde aber zu der historischen Entwicklung der *sponsio* in Widerspruch ... Man bei den in Gai. 3,119 angeführten Fällen nicht von einer Durchbrechung der Akzessorietät spricht, sondern sie als grundsätzliche Regelungen ansieht, deren Bedeutung mit der zunehmenden Berücksichtigung akzessorischer Aspekte stetig abnahm».⁵⁷

Ma siffatto orientamento, che inizialmente sembrava dare l'idea di una interpretazione prossima a consolidarsi, negli anni successivi non troverà sostanzialmente séguito tra gli studiosi, i quali – se si esclude la posizione di Albanese che appare non volersi discostare da esso quando, a proposito appunto della testimonianza gaiana, parla della *sponsio* di garanzia come fonte di una *obligatio* «non del tutto accessoria»⁵⁸ – si mostrano per contro sempre più orientati verso la teoria di Flume.⁵⁹

Già Boulvert, richiamandosi espressamente a Gai 3.119, indica nel contratto *verbis* formalmente valido la 'sola' condizione necessaria e sufficiente per la valida assunzione di uno *sponsor* o di un *fidepromissor*, non ritenendo essenziale che tale contratto abbia prodotto una *obligatio iuris civilis*; gli «exemples» di *stipulatio inutilis* per i quali è validamente possibile ricorrere alle due figure più antiche di garanti ne costituirebbero la indubbia conferma, trattandosi di casi nei quali il vizio che ha impedito il sorgere dell'effetto obbligatorio non inficia la capacità dei soggetti di pronunciare i *verba*, di «employer la forme créatrice d'obligations»: «⁶⁰ tant'è che il pupillo avrebbe potuto da solo compiere la *stipulatio* nel ruolo di creditore, così come colui che ha promesso *post mortem suam dari*, avrebbe

ID., *Scritti di diritto romano*, III, Milano 1981, 2026): «La consapevolezza di dover creare uno strumento più complesso si avverte presente nel pensiero dei giuristi classici, là ove essi elaborano quei principi strutturali, che dovevano portare dal carattere della solidarietà proprio dell'antica *sponsio*-garanzia al principio della accessorietà, così congeniale alla nuova *fideiussio*, anche se non a questa esclusivo».

⁵⁷ P. APATHY, *Zur Abgrenzung von Novation* cit., 421. Diversa la spiegazione che viene attribuita al *quaeritur* di Gai 3.119, la cui *ratio* giustificativa dovrebbe con tutta probabilità individuarsi, a giudizio dello studioso, nella circostanza che le *obligationes servorum* potevano essere garantite tramite *fideiussio* (ID., *op. cit.*, 426).

⁵⁸ B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 75; cfr. pure 80 nt. 198.

⁵⁹ Senza, però, che ne sia stata ripresa la distinzione tra *stipulatio 'inutilis'* e *stipulatio 'non existens'*. Solo S. DI PAOLA, *Contributi ad una teoria della invalidità e della inefficacia in diritto romano*, Milano 1966, 1 ss., spec. 4 ss., è ritornato criticamente sul punto, ed ha proposto per gli atti negoziali romani una diversa distinzione, identificando la nullità con il concetto di 'inesistenza', e la *inutilitas* con il concetto di 'inefficacia': allorché i giuristi affermano che un negozio è *nullus*, vogliono dire «che non vi è alcun negozio», qual è il caso della *stipulatio servi*; ove invece il negozio esista, esso è potenzialmente idoneo a produrre i suoi effetti tipici, e se ciò non si verifica pur essendo il negozio venuto in essere, esso sarà *inutilis*, ovvero sia improduttivo di effetti per la sussistenza di divieti posti dal *ius civile* o dal *ius honorarium* che agiscono appunto esclusivamente nell'ambito dell'efficacia, senza toccare la validità dell'atto e quindi la sua potenzialità a produrre quegli altri effetti che non siano vietati. Ne è conferma quanto attestato da Gai 3.119, in base al quale la *stipulatio post mortem dari* come pure la *stipulatio* compiuta dalla donna o dal pupillo *sine tutoris auctoritate* sono negozi che non producono il loro effetto proprio, però non sono nulli bensì *inutiles*; tant'è che a siffatti contratti verbali può accedere uno *sponsor* o un *fidepromissor*. Ma la tesi dell'a. non ha avuto séguito nella dottrina.

⁶⁰ G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale dans le cautionnement "verbis" d'après Gaius, III, 119 et 119a*, in *Etudes offertes à A. Audinet*, Paris 1968, 16.

potuto promettere semplicemente.⁶¹ Per contro, negli altri due casi, sempre di *stipulatio inutilis*, ricordati subito dopo dal giurista come discussi ('*quaeritur*'), lo schiavo non ha capacità di pronunciare le parole previste dal *ius civile* per quel tipo di contratto *verbis* allo stesso modo dello straniero, limitatamente però quest'ultimo all'uso di *spondeo*: «La *sponsio* faite par un esclave ou un pérégrin n'est rien, ... Il ne peut y avoir la moindre apparence de contrat *verbis* si une seule personne a parlé, car le contrat *verbis* est un dialogue, or c'est ce qui se produit si le Droit ignore les paroles que prononce le promettant»;⁶² e le medesime considerazioni potrebbero farsi anche, ad esempio, per le ipotesi di *stipulatio* compiuta da un muto, o nella quale manca l'esatta *congruentia* tra domanda e risposta: anche in questi casi l'atto non è formalmente valido, non ha una sua esistenza giuridica, sicché ad esso non può validamente *accedere* né uno *sponsor* né un *fidepromissor*.⁶³ Del tutto diversa si presenterebbe la condizione del *fideiussor*, per il cui valido ricorso è necessaria l'esistenza della obbligazione principale da garantire; una necessità che viene ribadita da Gaio al § 119a in contrapposizione al § 119: «une opposition semble pouvoir être établie entre le passage où Gaius dit que la *sponsio* est valable même si de la stipulation principale ne naît pas d'obligation (*quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut* ...) et celui du III, 119a où il n'est nullement question que l'on puisse accepter l'engagement du *fidejussor* au cas où il n'y aurait pas d'obligation principale, tout d'abord lorsque celle-ci est une obligation civile, puis, lorsqu'elle est une obligation naturelle». ⁶⁴

Ma è specialmente Talamanca a dare il massimo vigore alla teoria di Flume⁶⁵ e ad avviarla verso il suo consolidamento,⁶⁶ elaborando per le garanzie personali il concetto di «accessorietà strutturale» quale segno caratteristico di *sponsio* e *fidepromissio*, e il concetto contrapposto di «accessorietà funzionale» proprio della *fideiussio*: la *sponsio* e la *fidepromissio* presupponevano, ed avrebbero continuato a presupporre lungo tutta la loro esistenza, un tipo di accessorietà dal significato molto diverso rispetto a quello dell'accessorietà in senso moderno, in quanto il rapporto tra accessorio e principale implicava solo una dipendenza per così dire strutturale della stipulazione accessoria da quella principale;⁶⁷ quando invece con la *fideiussio* fu introdotta la possibilità di garantire qualsivoglia obbligazione,

⁶¹ G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 10, 16, 17.

⁶² G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 16.

⁶³ G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 17 e nt. 38.

⁶⁴ G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 28: v. *infra*, § 7 nt. 184.

⁶⁵ M. TALAMANCA, «*Alia causa*» e «*durior condicio*» come limite dell'obbligazione dell'«*adpromissor*», in *Studi in onore di G. Grosso*, III, Torino 1970, 120 ss., 134 ss.; ID., v. «*Fideiussione*» cit., 330 ss.; ID., *L'accessorietà della garanzia fideiussoria. Dall'esperienza romana alle codificazioni moderne (Considerazioni finali)*, in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del V Congresso internazionale ARISTEC, Salisburgo 13-15 settembre 2001*, Torino 2003, 150 ss.

⁶⁶ Un passo in tal senso era già stato compiuto da M. KASER, *Das römische Privatrecht. I. Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*, München 1971, 663 (e nt. 39): «Während nach verbreiteter Meinung *sponsor* und *fidepromissor* eine selbständige Verbindlichkeit übernehmen, die mit der des Hauptschuldners nur den in der Stipulationsformel bezeichneten Leistungsgegenstand gemein hat, habe sich der *fideiussor* nur für das einzustehen verpflichtet, was der Hauptschuldner wirklich schuldet, und demnach voll akzessorisch haftet».

⁶⁷ M. TALAMANCA, «*Alia causa*» e «*durior condicio*» cit., 137 e nt. 13; ID., *L'accessorietà della garanzia fideiussoria* cit., 152. L'idea era già in nuce nel pensiero di F. SCHULZ, *Classical roman law*, Oxford 1951 (rist. ampliata a cura di W. ERNST, Aalen 1992), 495: «the accessory *sponsio* was accessory to a principal stipulation, not to a principal obligation».

quel tipo di accessorieta' avrebbe acquistato il significato di dipendenza funzionale,⁶⁸ richiedendosi l'*accedere* della stipulazione di garanzia non più all'atto negoziale ma all'obbligazione garantita.⁶⁹ Come argomentazione testuale, anche questo studioso ritiene fondamentale il frammento di Gaio, il quale al § 119a mostra «al di fuori di qualsiasi dubbio» che la garanzia fideiussoria per essere efficace deve presupporre una obbligazione principale valida, laddove invece «è evidente», stando a quanto afferma lo stesso giurista al paragrafo precedente, che la *sponsio* e la *fidepromissio* sono efficaci a condizione che accadano ad un atto negoziale che abbia la struttura di una *verborum obligatio*, ancorché improduttivo di effetti; e le ipotesi della *sponsio servi* e della *sponsio peregrini* costituirebbero le due «eccezioni» a quella regola, giustificate dalla irrilevanza assoluta, per il *ius civile*, di siffatto tipo di contratto.⁷⁰

Ed è questa ad oggi la linea di pensiero lungo la quale si muove unanimemente la dottrina.

Così, tra gli altri, Mannino, il quale si richiama espressamente alla tesi di Flume per sottolinearne l'«utilità».⁷¹ Oppure Zoz e, recentissimamente, Cardilli che fanno derivare

⁶⁸ M. TALAMANCA, «*Alia causa*» e «*durior condicio*» cit., 136; ID., *L'accessorieta' della garanzia fideiussoria* cit., 153. La terminologia 'accessorieta' strutturale' e 'accessorieta' funzionale' viene recepita e fatta propria da G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto in diritto romano*, Milano 1973, 171 ss., 127 s., e, più recentemente, da L. PARENTI, «*In solidum obligari*». *Contributo allo studio della solidarieta' da atto lecito*, Napoli 2012, 325 s. nt. 493. Nello stesso ordine d'idee anche R. FEENSTRA, *Die Bürgschaft im römischen Recht und ihr Einfluss auf die mittelalterliche und spätere Rechtslehre*, in *Recueils de la Société J. Bodin* 28, Brussel 1974, 299 ss., tanto nel ricollegare l'accessorieta' di *sponsio* e *fidepromissio* all'atto giuridico: «Ich möchte nur noch darauf hinweisen, dass jedenfalls für die römische *sponsio* und *fidepromissio* – die doch schon Zahlungs-bürgschaften des entwickelten Rechts waren – der moderne Akzessorietätsge-danke nicht gehalten hat; besteht doch ihre Haftung nach Gaius zu Recht, sofern nur der formale Stipulations-akt der Hauptverbindlichkeit vollzogen ist, auch wenn der Hauptschuldner nicht wirklich verpflichtet ist» (ID., *op. cit.*, 300 s.), quanto nel riconoscere alla sola *fideiussio* le caratteristiche di obbligazione accessoria: «dass zwar die klassischen Entscheidungen über die *fideiussio* die Grundlage für dass moderne Akzessorietätsdogma gebildet haben, dass jedoch nicht irgendein Prinzip bestanden hat ... das diesen Entscheidungen zu Grunde gelegen hat» (ID., *op. cit.*, 317). Così esprimendosi, l'a. mostra di abbandonare una sua precedente opinione (cfr. R. FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verborum en droit romain classique*, in *Études offertes à J. Macqueron*, Aix-en-Provence 1970, 306), secondo cui il particolare impiego della *sponsio* di garanzia, che poteva accedere anche ad una *verborum obligatio* assunta dal pupillo o dalla donna *sine tutoris auctoritate*, avrebbe risentito del regime più antico della *stipulatio*, quale negozio di eterogaranzia posto in essere dal promittente a vantaggio di un terzo, il quale non poteva obbligarsi per conto proprio; ma, *contra*, cfr. per tutti M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, I² cit., 168.

⁶⁹ Per evitare traumatiche discontinuità la giurisprudenza, sensibilmente, avrebbe attenuato l'introduzione di siffatto regime di 'accessorieta' funzionale', ritenendo sufficiente l'esistenza, come obbligazione principale, di una *naturalis obligatio*: cfr. M. TALAMANCA, «*Alia causa*» e «*durior condicio*» cit., 136 nt. 12, e ID., *L'accessorieta' della garanzia fideiussoria* cit., 153 e nt. 19; ma v. pure *infra*, § 9 nt. 231.

⁷⁰ M. TALAMANCA, v. 'Fideiussione' cit., 331.

⁷¹ V. MANNINO, *Fideiussione e accessorieta'*, in *Europa e diritto privato*, Milano 2001, 920 e nt. 43, e (con qualche aggiornamento) in L. VACCA (a cura di), *La garanzia nella prospettiva storico-comparatistica. Atti del V Congresso internazionale ARISTEC, Salisburgo 13-15 settembre 2001*, Torino 2003, 125 e nt. 43 (= ID., *La fideiussione*, in *Strutture e forme di tutela contrattuali*, a cura di V. MANNINO, Padova 2004, 48 e nt. 43 = ID., *Questioni di diritto*, Milano 2007, 125 e nt. 43); più cauto l'a. si era mostrato in V. MANNINO, v. 'Garanzie dell'obbligazione', in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., VIII, Torino 1992, 615 s. e nt. 15, e ID., *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale nel diritto romano classico*, Torino 1992, 146 s.; ma cfr. già ID., *op. cit.*, 147 nt. 10. Propenso a seguire la tesi di Flume, ancorché in

dalla testimonianza di Gaio l'esistenza di un contratto verbale, ancorché inefficace, quale fondamento della validità di *sponsio* e *fidepromissio*, e, per contro, l'esistenza dell'obbligazione principale quale fondamento del valido ricorso alla *fideiussio*.⁷² Ed ancora, in termini peraltro più accentuati, Cannata e Briguglio i quali, da una parte, mirano ad evidenziare il diverso significato con cui il termine *obligatio* sarebbe stato utilizzato da Gaio in materia di garanzie personali: mentre in 3.119 il giurista parla di *obligationes* (*verborum*) nel senso di 'atti obbligatori', ovvero imposta il problema in termini di dogmatica dell'atto essendo il negozio di garanzia che accede al negozio principale, indipendentemente dall'efficacia di quest'ultimo, e non l'obbligazione di garanzia all'obbligazione principale, in 3.119a invece le *omnes obligationes* risultano richiamate come sinonimo di 'tutti i rapporti obbligatori' essendo stata costruita l'accessorietà della *fideiussio* in termini di dogmatica dei rapporti, tant'è che Gaio pone come presupposto imprescindibile la sussistenza di un rapporto da garantire, seppur nella tenue consistenza di *naturalis obligatio*;⁷³ dall'altra, i due studiosi ritengono di poter trarre conferma di siffatta impostazione dalle diverse formulazioni verbali tipiche delle forme di garanzia personale: attraverso il ricorso alla *sponsio* e alla *fidepromissio* il garante si sarebbe impegnato ad eseguire una prestazione uguale a quella promessa dal debitore principale, il quale conseguentemente poteva anche non restare obbligato, mentre il *fideiussor* si sarebbe assunto la responsabilità per l'inadempimento del debito principale, debito che dunque doveva esser nato.⁷⁴

4. CORRETTA IMPOSTAZIONE DELL'INDAGINE.

Dal quadro dottrinale fin qui tracciato a grandi linee, emerge con tutta evidenza come i due principali indirizzi elaboratisi attorno al tema delle garanzie personali, pur nella varietà e talvolta anche diversità dei risultati cui nel tempo sono pervenuti, si presentano legati da un comune denominatore: vale a dire la tendenza, per un verso, a far leva su Gai 3.118-119a per ricostruire il rapporto tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia in

un contesto non specificamente incentrato sul tema delle garanzie personali dell'obbligazione, si mostra pure H. ANKUM, *Fusion and «transfusion» of legal institutions in Justinian's 'Corpus iuris civilis'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli 2001, 128 nt. 24.

⁷² M.G. ZOZ, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità per debito altrui*, Trieste 2011, 6 nt. 21, 7 nt. 26, 17, 22, e R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per A. Corbino*, I, Tricase 2016, 562; cfr. pure 553 s. e nt. 16.

⁷³ C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 167 s., 151 e nt. 207; ID., v. 'Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno', in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. civ., XII, Torino 1995, 441, e, in sostanziale adesione alla tesi di Flume, ID., *Atto giuridico e rapporto giuridico* [= *A proposito di W. FLUME, Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990], in SDHI 57, 1991, 335 ss., spec. 379. F. BRIGUGLIO, 'Fideiussoribus succurri solet', Milano 1999, 20 ss. (del tutto concorde L. DI CINTIO, *Natura debere. Sull'elaborazione giurisprudenziale romana in tema di obbligazione naturale*, Soveria Mannelli 2009, 87 nt. 24); ID., *Intorno all'originaria caratterizzazione della 'fideiussio' quale assunzione di responsabilità per un debito altrui (A proposito della tesi di Werner Flume circa l'ammissibilità della fideiussio «für die Verpflichtung zu persönlichen Leistungen»)*, in BIDR 100, 1997 pubbl. 2003, 701 s., e ID., *Un puntino denso di significati: nuove indagini paleografiche sulla terminologia della formula stipulatoria delle obbligazioni di garanzia*, in L. PEPPE (a cura di) *Fides, fiducia, fidelitas. Studi di storia del diritto e di semantica storica*, Padova 2008, 102 ss.

⁷⁴ Cfr. C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 155 s., 156, 151, e ID., v. 'Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno' cit., 441. Così pure F. BRIGUGLIO, 'Fideiussoribus succurri solet' cit., 24 ss.; ID., *Intorno all'originaria caratterizzazione della 'fideiussio' cit.*, 699 ss., e ID., *Un puntino denso di significati cit.*, 111 ss.

funzione del tipo di garante assunto, nel senso che *sponsor* e *fidepromissor* si sarebbero obbligati a prescindere dalla circostanza che sul *promissor* gravasse o meno un *debitum*, laddove la sussistenza dell'obbligazione principale avrebbe per contro costituito requisito essenziale del valido ricorso a un *fideiussor*; per altro verso, ad individuare la ragione giustificativa di siffatta pretesa differenza di trattamento nella diversa concezione dei formulari che contraddistinguevano le relative stipulazioni di garanzia.

Ma sono proprio questi due presupposti, comunemente assunti come punti fermi, a suscitare – a mio avviso – non poche perplessità e contraddizioni, sia testuali sia logico-sostanziali; ed è allora su di essi che mi sembra valga la pena ritornare ancora una volta, non senza però aver chiarito in via preventiva un punto che ritengo quanto mai fondamentale ai fini di una corretta impostazione dell'indagine.

Come si è visto, il tema del rapporto tra obbligazione principale e obbligazione di garanzia viene tralaticciamente affrontato come alternatività tra 'autonomia' e 'accessorietà', ovvero si configurando il suddetto rapporto, rispettivamente, ora nel senso di assoluta 'indipendenza' dell'obbligazione di garanzia da quella principale, ora, al contrario, nel senso di assoluta 'dipendenza' della prima dalla seconda. Sennonché, tutto ciò rappresenta una vera e propria forzatura, per la semplice ragione che quello dell'accessorietà è concetto tecnico moderno, estraneo all'esperienza giuridica romana, frutto più delle riflessioni ottocentesche di stampo pandettistico, che coinvolge una pluralità di aspetti – così, tra gli altri, la sorte della garanzia personale in caso di sopravvenuta invalidità o estinzione dell'obbligazione principale, come pure la trasmissibilità dell'obbligo del garante – per i quali il sistema romano prevedeva, anche all'interno di una stessa figura di garanzia personale, regole non sempre tra loro omogenee e, dunque, non tutte riconducibili né al solo dogma dell'accessorietà né al solo dogma dell'autonomia; tant'è che la stessa dottrina, per provare a giustificare questi casi di non corrispondenza, si trova costretta a parlare, di volta in volta, di 'eccezioni', ora all'uno ora all'altro principio.

Occorre allora, da una parte, sgombrare il campo da condizionamenti di categorie moderne che, in quanto tali, potrebbero risultare pericolosi e fuorvianti; dall'altra, impostare il problema correttamente ma anche, se si vuole, più semplicemente, affrontando un interrogativo di fondo: l'esistenza dell'obbligazione in capo al debitore principale era presupposto di validità dell'obbligazione in capo al garante?

5. LE FORMULE STIPULATORIE DI *SPONSIO* E *FIDEPROMISSIO*.

Fatta questa puntualizzazione, volgiamo adesso l'attenzione, anzitutto alle formule stipulatorie proprie delle tre figure di garanzia personale, i cui *verba* ci vengono riferiti da Gaio in

3.116: *Sponsor ita interrogatur IDEM DARI SPONDES? Fidepromissor <ita> IDEM FIDEPROMITTIS? Fideiussor ita IDEM FIDE TUA ESSE IUBES? ...*⁷⁵

Partendo dalla struttura verbale della *sponsio* dove il testo della domanda che il creditore rivolgeva al garante era '*idem dari spondes?*' (cui doveva seguire la risposta nei termini corrispondenti '*spondeo*'), deve preliminarmente precisarsi che, sul piano paleografico, nell'apografo studemundiano prima di *dari* si legge *id* con la coda della *d* leggermente più allungata

⁷⁵ Per il séguito del passo v. *supra*, § 1 nt. 7.

verso l'alto;⁷⁶ senonché la correzione in *idem*,⁷⁷ accolta unanimemente dagli editori e recepita negli stessi termini dalla dottrina specialistica, può dirsi sicura, posto che il manoscritto reca *idem* – nella forma abbreviata di *id* con un puntino in alto⁷⁸ – per il testo della domanda, riferito immediatamente dopo da Gaio, diretta al *fidepromissor*, la quale, come vedremo, si presentava sostanzialmente equivalente a quella della *sponsio* di garanzia.

Sul piano sostanziale, ovvero sia del significato da attribuire all'*interrogatio* indirizzata allo *sponsor*, ed in particolare all'*idem* in essa richiamato, la comune interpretazione che ne viene proposta in dottrina appare evidentemente condizionata dal regime proprio delle obbligazioni passivamente solidali, anch'esse contraddistinte dall'identità di contenuto della promessa che legava tra loro i debitori.⁷⁹

In effetti, originariamente l'obbligazione dello *sponsor*, sia nei rapporti tra debitore principale e garante sia nei rapporti dei cogaranti tra di loro, richiamava palesemente la struttura di obbligazione solidale passiva per molteplici aspetti:⁸⁰ tra questi, il creditore garantito poteva scegliere di agire, per pretendere l'adempimento, indifferentemente o contro il debitore principale o contro lo *sponsor*, i quali si ponevano così su di un piano assolutamente paritario; inoltre, siffatta *electio* operata dal creditore aveva valore consuntivo-estintivo, nel senso che come per effetto della *litis contestatio* compiuta con il debitore principale l'azione nei confronti dello *sponsor* 'consumitur' con conseguente estinzione *ipso iure* dell'obbligazione a carico di quest'ultimo, allo stesso modo l'azione esperita contro lo *sponsor* estingueva *litis contestatione* l'obbligazione in capo al debitore principale,⁸¹ e lo stesso valeva pure tra cogaranti; non era poi previsto alcun strumento giuridico di regresso né tra *sponsor* adempiente e debitore garantito, né tra cogaranti; ancora, l'obbligazione dello *sponsor* era imprescrittibile, come pure indivisibile tra cogaranti.⁸²

⁷⁶ Cfr. G. STUEMUND, *Apographum* cit., 158 r. 14; nel precedente apografo di E. BÖCKING, *Gai Institutiones. Codicis Veronensis apographum ad Goescheni Hollwegi Bluhmii schedas compositum scripsit lapidibusque exceptam scripturam publicavit* E. Böcking, Lipsiae 1866, 158 r. 14, la *d* di *id* appare sormontata da una sbarretta orizzontale.

⁷⁷ Sugerita dallo stesso G. STUEMUND, *Apographum* cit., 262.

⁷⁸ Cfr. G. STUEMUND, *Apographum* cit., 158 r. 15. Recentemente F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 125 s., ha ritenuto di avvalorare ulteriormente la correzione in *idem* nella formula stipulatoria della *sponsio*, attribuendo l'«incongruenza» *id* ad una «cattiva lettura del manoscritto compiuta da Studemund»; e ciò sulla base di una indagine paleografica compiuta dallo studioso sul *folium* 25v del Codex XV (13) con modernissime tecnologie di *imaging* (al riguardo cfr. ID., «Le pagine scomparse» nel *Codice Veronese delle Institutiones*, in AA.VV., *Atti del Convegno, «Gaio ritrovato». Le «pagine scomparse» nel Codice Veronese delle Institutiones*, a cura di F. Briguglio, in *Minima Epigraphica et Papyrologica* 10, 2007, 144 ss.), i cui risultati condurrebbero a ritenere che nel Veronese anche per l'*interrogatio* posta allo *sponsor* si legga *id*, con in alto cioè il puntino, il quale «era nascosto da un carattere della *scriptura superior* ed è riemerso, grazie alle tecniche di analisi multispettrale» (ID., *op. cit.*, 126).

⁷⁹ Significativa, in tal senso, l'affermazione di F. DE MARTINO, *Il concetto dell'obligatio* cit., 137 s.: «L'antica *sponsio* è attuata mediante la solidarietà, cioè costituendo a lato di un debitore un altro debitore precisamente uguale al primo e senza possibilità di regresso».

⁸⁰ Tra i quali non rientrava quello della trasmissibilità ereditaria, posto che l'obbligazione dello *sponsor* (come pure, normalmente, quella del *fidepromissor*, ma v. *infra*, nt. 118) non si trasmetteva agli eredi; così Gai 3.120: *Praeterea sponsoris et fidepromissoris heres non tenetur* ...; v. pure 4.113.

⁸¹ Per un quadro delle fonti che attestano, sia direttamente che indirettamente, siffatta conseguenza, si rinvia a G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 520 nt. 2, e da ultimo a L. PARENTI, «*In solidum obligari*» cit., 317 nt. 474.

⁸² Elementi, tutti questi, che hanno ragionevolmente indotto ad ipotizzare la derivazione della stipula-

Ma questa notevole ed originaria coincidenza dei caratteri propri dell'obbligazione dello *sponsor* con quelli che contraddistinguevano l'obbligazione solidale passiva, non deve altresì coinvolgere, come pure si tende a fare, la 'forma' degli atti contrattuali da cui quelle obbligazioni derivavano.

Guardando alla struttura del contratto, è stato correttamente avvertito il problema della differenziazione della stipulazione di garanzia, nella forma appunto della *sponsio* (e della *fidepromissio*), dalla stipulazione passivamente solidale, evidenziandosi⁸³ – sulla base di quanto suggerito dalle fonti⁸⁴ – come, mentre lo svolgimento di quest'ultima si traduceva in un'unica domanda del creditore e, contestualmente, in più risposte dei debitori solidali, nella prima invece alla domanda e contestuale risposta tra creditore e debitore principale seguiva una nuova coppia di *interrogatio/responsio* tra creditore e garante.⁸⁵

Senonché, a questa diversità di struttura si presenta strettamente e coerentemente ricongiunta una corrispondente diversità di *verba* pronunciati e di combinazione verbale tra *interrogatio* e *responsio*, che trovano la loro giustificazione nelle diverse finalità alle quali erano preordinati i due tipi di obbligazioni.⁸⁶

Più precisamente, nella stipulazione produttiva di obbligazione solidale passiva il creditore, rivolgendosi ai *promissores* chiedeva loro, collettivamente appunto, se intendessero obbligarsi a compiere una determinata prestazione (ad esempio: '*centum dari spondes?*' o '*centum dari spondetis?*', come pure '*centum dabis?*' o '*centum dabitis?*'); e ciascun *promissor* dava la sua risposta positiva (corrispondentemente agli esempi: '*spondeo*', '*dabo*'), che era perfettamente uguale a quella formulata dall'altro *promissor* (o dagli altri *promissores*, se più

zione passivamente accessoria, nelle sue forme più antiche della *sponsio* di garanzia e della *fidepromissio*, dalla stipulazione passivamente solidale: in questo senso cfr., tra gli altri, M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 326 ss., e ID., '*Alia causa*' e '*durior condicio*' cit., 120 s., il quale entro questi limiti accoglie una precedente opinione di E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* cit., 29 ss.; una velata propensione ad individuare le origini dell'*adpromissio* nelle obbligazioni solidali sembra registrarsi, poi, anche in B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio* cit., 119 ss. Il punto si inserisce, peraltro, all'interno di una problematica molto più ampia e più complessa, che non si presta ad essere affrontata in questa sede, circa le origini della *sponsio* come forma di eterogaranzia (così, per tutti, E. LEVY, *loc. cit.*, 29 ss., 77 ss., 88 ss., 121 ss.) o di autogaranzia (così, per tutti, W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 14 ss.); qui ci si limita a rinviare, per un generale prospetto bibliografico di riferimento, a F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 95 nt. 5. Sull'argomento cfr., da ultimo, R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 548 e nt. 8.

⁸³ Cfr., tra gli altri, G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 535; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 22 s.; M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 329 s.; V. MANNINO, v. '*Garanzie dell'obbligazione*' cit., 617 nt. 15, e ID., *Fideiussione e accessoriété* cit., 916; M.G. ZOZ, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità* cit., 5 nt. 16.

⁸⁴ V. D. 45.2.4 (Pomp. 24 *ad Sab.*); I. 3.16 pr.

⁸⁵ «In sostanza», come tiene a precisare M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 330 nt. 56, «è la stessa differenza che, posta una pluralità dal punto di vista delle *interrogationes* e non delle *responsiones*, si riscontra fra stipulazione attivamente solidale e *adstipulatio*».

⁸⁶ Elemento fondamentale, quest'ultimo, che mi sembra del tutto ignorato dalla dottrina, la quale si è sempre limitata ad evidenziare la sola diversità di struttura; emblematiche, in proposito, le parole di F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 31: «... la differenza tra la garanzia e la stipulazione solidale non deriva dalla diversità dei *verba* adoperati, ma ... dall'unità della stipulazione»; simile il modo di esprimersi di G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto* cit., 127: «I due negozi (*scil.* stipulazione principale e *sponsio* di garanzia), collegati sul piano strutturale, non consistono però di un'unica formula stipulatoria, ma di due atti distinti aventi identico contenuto. Il formulario del negozio di garanzia, che ricalca quello della stipulazione correa, si rifà infatti allo stesso oggetto della stipulazione principale, come risulta dalla testimonianza gaiana (*scil.* 3.116)».

di due), facendo così riscontro alla domanda stipulatoria una pluralità di dichiarazioni promissorie. Ora, si comprende bene come in siffatto tipo di impostazione ciascun debitore solidale prometteva un debito 'proprio', ovvero un debito che aveva sì un contenuto identico a quello dell'altro debitore (o degli altri debitori), ma che era del tutto autonomo e indipendente da quello, nel senso cioè che se l'altro *promissor* (o uno degli altri *promissores*) non si fosse obbligato o per un vizio di forma legato all'atto (ad esempio, perché nella risposta era stato utilizzato un verbo non corrispondente a quello della domanda, oppure perché a promettere con la forma '*spondeo*' era stato un *peregrinus*) o per un difetto di capacità (ad esempio, il *promissor* era un *furiosus* oppure un *pupillus* che aveva promesso in assenza dell'approvazione tutoria)⁸⁷ o per qualsivoglia altra ragione, ciò non toccava l'esistenza del primo debito che si costituiva ugualmente e validamente.

Diverso è lo schema verbale – e, conseguentemente, diversa anche la sua valenza – che ritroviamo nella *sponsio* di garanzia. Qui la domanda che il creditore rivolgeva allo *sponsor*, suonava in questi termini: '*idem dari spondes?*'; con essa il creditore non diceva semplicemente '*dari*', ma '*idem dari*', egli cioè chiedeva allo *sponsor* non che promettesse «una propria prestazione, uguale a quella del debitore principale»,⁸⁸ bensì che promettesse la 'stessa' prestazione del debitore principale. Si creava così tra la posizione dello *sponsor* e quella del debitore principale un collegamento di tipo funzionale, nel senso che il primo poteva obbligarsi solo se si era già obbligato il debitore principale, e dunque la prestazione validamente promessa dallo *sponsor* richiamava la valida promessa del debitore principale; un collegamento che abbiamo visto invece essere del tutto assente nello schema verbale delle obbligazioni solidali passive, dove le risposte dei *promissores* erano, ai fini della loro rilevanza giuridica, del tutto indipendenti ciascuna dall'altra.

E lo *sponsor*, rispondendo al creditore, prometteva lo stesso *debitum* 'dovuto' dal debitore principale: l'*idem* richiesto dal creditore richiamava l'identità tra l'oggetto dell'obbligazione gravante sullo *sponsor* e l'oggetto dell'obbligazione gravante sul debitore principale; lo *sponsor*, in altri termini, si obbligava ad adempiere la medesima prestazione al cui adempimento si era già obbligato il debitore principale; con la conseguenza che il valido ricorso ad uno *sponsor* non poteva non presupporre l'esistenza di un debito principale che in quanto tale, era idoneo ad essere garantito.

Ricostruire il contenuto della *sponsio* affermando che la prestazione obbligatoria cui si impegnavo lo *sponsor*, sarebbe stata identica alla prestazione che il debitore principale aveva dichiarato di promettere, anche se poi dal relativo contratto verbale non fosse nata obbligazione a suo carico, è una tendenza ad interpretare l'*idem* della relativa *interrogatio* che, per quanto costituisca orientamento assolutamente prevalente nella romanistica, anzitutto manca di riscontro nelle fonti, le quali anzi – come ora vedremo – sembrano deporre in senso contrario; e poi, non si concilia con la finalità sottesa alla stessa *sponsio* e con la coerente *ratio* giustificativa dell'evoluzione normativa che contraddistinse questa figura più antica di garanzia personale.

⁸⁷ Esemplare, in tal senso, una testimonianza di Venuleio in tema di obbligazione passivamente solidale, in cui si afferma che l'obbligazione di uno dei *rei promittendi* è valida anche se il copromissore è un *pupillus* che ha promesso *sine tutoris auctoritate*, o un *servus*: D. 45.2.12.1 (Ven. 2 *stip.*): *Si a Titio et pupillo sine tutoris auctoritate stipulatus fuero eadem decem, vel a servo, et quasi duos reos promittendi constitui, obligatum Titium solum Iulianus scribit, quamquam, si servus spoponderit, in actione de peculio eadem observari debent, ac si liber fuisset.*

⁸⁸ Così F. PASTORI, *Appunti cit.*, 97; cfr. pure 100. Nello stesso senso, tra gli altri, G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali cit.*, 498, 505, 506, e F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 72.

Dal punto di vista testuale, rappresenta un elemento significativo – anche se, per contro, spesso sottovalutato – la circostanza che quando Gaio in 3.116 illustra, a proposito appunto della *sponsio*, il testo della domanda rivolta dal creditore, ne riferisce una versione scarna, asciutta, che poi doveva essere la versione originaria, in quanto la stessa presuppone che il compimento della *sponsio* di garanzia seguisse immediatamente all'atto principale, giustificandosi così perfettamente quella presenza tout court dell'*idem*, senza ulteriore specificazione. Quando, però, in prosieguo di tempo si ammise con tutta probabilità che il ricorso alla *sponsio* non fosse necessariamente contestuale all'*obligatio verbis contracta*⁸⁹ e che dunque tra l'atto principale e l'atto di garanzia potesse intercorrere un intervallo di tempo anche notevole,⁹⁰ ecco che allora in quest'ultima eventualità l'*idem* della *interrogatio* creditoria da solo non sarebbe stato sufficiente, dovendosi ad esso affiancare il richiamo e al debitore principale e alla prestazione di questi. Ora, la formulazione verbale, indubbiamente più articolata, che ne doveva derivare, viene comunemente ricostruita in questi termini: '*dari spondes idem quod Titius spopondit?*'.⁹¹

Ma siffatta ricostruzione, se 'imposta' da esigenze di coerenza con la tesi della sussistenza del solo contratto verbale, ancorché improduttivo di effetto obbligatorio, quale supposto e tralascio requisito di validità dell'obbligazione dello *sponsor*, di per sé appare arbitraria perché di certo non suffragata dalle fonti che, al contrario, sembrano condurre verso un risultato diverso. Assodato, infatti, che la *sponsio* di garanzia, se compiuta appunto *ex intervallo*, richiama l'analogia impostazione strutturale della *sponsio novationis causa*,⁹² è gioco-forza allora presumere che sul modello della stipulazione novatoria,⁹³ anche allo *sponsor* il creditore avrebbe chiesto di promettere l'adempimento dell'*idem* '*quod Titius debet*'.⁹⁴

Ma anche a voler seguire l'ipotesi comunemente accolta, e dunque ammettere che il testo della domanda rivolta allo *sponsor*, nella sua formulazione più completa, fosse articolato nei termini '*spondes idem quod Titius spopondit?*', il significato da attribuire a *spopondit* – e corrispondentemente a *promisit* nella presumibile domanda '*fidepromittis idem quod Titius promisit?*' rivolta al garante nella *fidepromissio* (se anch'essa compiuta *ex intervallo*), avendo questa figura di garanzia la stessa formula stipulatoria della *sponsio* – non è quello di aver promesso nel senso di 'aver dichiarato di volersi obbligare', bensì di aver promesso nel senso di 'essersi obbligato'.

⁸⁹ Così come la *sponsio* di garanzia si sarebbe potuta attuare altrove: v. Fragm. Argent. Ulp. (3 disp.) II^A = FIRA II², 309.

⁹⁰ Resta però incerta la datazione del riconoscimento della *sponsio* di garanzia *ex intervallo*: al riguardo cfr., ma con opinioni diverse, E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* cit., 88 s.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 41 ss.; M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 330 e ntt. 57, 60; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto* cit., 13 ss., spec. 16.

⁹¹ Così, tra gli altri, F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio* cit., 4, e ID., *Le garanzie personali*, I cit., 21 (su cui v. pure *supra*, § 2 e nt. 36); R. FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis* cit., 305; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 75, il quale però la propone come esempio, non escludendo altre formulazioni «simili»; negli stessi termini l'a. si pronuncia in ordine alla *fidepromissio*: cfr. ID., *op. cit.*, 77.

⁹² Su questo punto v. *infra*, § 6.

⁹³ Gai 3.176: *Praeterea novatione tollitur obligatio; veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim*.

⁹⁴ Pure M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 330, propone per l'*interrogatio* della *sponsio* di garanzia compiuta *ex intervallo* la formulazione '*idem quod Titius debet*', ancorché come alternativa a '*idem quod Titius spopondit*'.

È infatti con questa accezione di ‘obbligarsi’ che Gaio adopera il verbo *promittere* nelle sue *Institutiones*, a proposito appunto delle garanzie personali:

Gai 3.115: *Pro eo quoque qui promittit solent alii obligari; quorum alios sponsores, alios fidepromissores, alios fideiussores appellamus.*

Per spiegare ai suoi studenti il ruolo di garanti proprio di *sponsores*, *fidepromissores* e *fideiussores*, il giurista afferma che questi soggetti sono soliti obbligarsi ‘*pro eo qui promittit*’, ovvero sia in favore (‘*pro*’) di chi a séguito di un *contrahere* risulta gravato da una obbligazione; dunque, colui ‘*qui promittit*’ è il debitore principale, è quel soggetto a carico del quale sussiste già un debito che, proprio per la sua produzione in capo al debitore, è suscettibile di essere garantito. E che la suddetta espressione non possa essere intesa come riferita semplicemente a colui che attraverso la pronuncia di *certa verba* manifesti la sua volontà di impegnarsi indipendentemente dalla presenza o meno di elementi che ne impediscano la costituzione *iure civili* del debito nei suoi confronti, trova conferma nella circostanza che nel suddetto passo gaiano a ‘*promittere*’ vengono ricollegate non solo le figure dello *sponsor* e del *fidepromissor*, ma anche quella del *fideiussor*, per il valido ricorso del quale è pacifica in dottrina – come a suo tempo si è visto⁹⁵ – la necessaria esistenza materiale dell’obbligazione principale da garantire.

Né varrebbe l’obiezione che l’uso di *promittere* in Gai 3.115, alludendo alle *obligationes verbis contractae*, debba essere circoscritto alla *sponsio* e alla *fidepromissio* anche sotto il profilo del significato più ristretto di ‘esprimere la volontà di obbligarsi’; essendo la *fideiussio* idonea a garantire ‘*omnes obligationes*’, ovvero i *quattuor genera obligationum*, quindi non solo quelle nascenti *re*, *litteris* e *consensu*, ma anche le *obligationes verbis contractae*, ossia quelle stesse *obligationes* per le quali soltanto era possibile assumere uno *sponsor* o un *fidepromissor*, il verbo *promittere* viene volutamente e correttamente impiegato da Gaio sì da poter comprendere in esso tutte le figure di garanti. Peraltro, gli stessi termini *adpromissio* e *adpromissor*, indicanti nel gergo romanistico, rispettivamente, la garanzia (personale) e il garante, ancorché non presenti nel linguaggio gaiano delle *Institutiones*,⁹⁶ derivano indubbiamente da Gai 3.115, in particolare dal modo di esprimersi nel passo del giurista; e vengono comunemente utilizzati non soltanto nella manualistica ma anche a livello specialistico, per indicare tanto la *sponsio* e lo *sponsor* – come pure, insieme a questi, la *fidepromissio* e il *fidepromissor* – quanto, appunto, la *fideiussio* e il *fideiussor*.⁹⁷

Anche trasferendoci sul piano delle argomentazioni logico-sostanziali, ricostruire la *sponsio* quale forma di garanzia che presupponeva l’esistenza di un debito altrui, e dunque intendere l’*idem* dello schema verbale della relativa domanda stipulatoria come identità tra la prestazione obbligatoria dello *sponsor* e la prestazione obbligatoria del debitore principale, non la prestazione solennemente dichiarata da questi anche se non obbligato al suo

⁹⁵ V. *supra*, § 3.

⁹⁶ Invero il termine *adpromissores*, assente anche nelle *Institutiones* giustinianee (il cui silenzio potrebbe giustificarsi con l’essere a quell’epoca il *fideiussor* l’unica figura di garante), si ritrova in tre luoghi dei *Digesta*, per quanto non esenti da possibili sospetti di interpolazione: v. D. 45.1.5.2 (Pomp. 26 *ad Sab.*); D. 24.3.64.4 (Ulp. 7 *ad leg. Iul. et Pap.*); D. 46.3.43 (Ulp. 2 *reg.*).

⁹⁷ Correttamente, infatti, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II² cit., 223 s., nel definire l’*adpromissio*, afferma che essa «consisteva in una stipulazione, con cui alcuno si obbligava verso il creditore di un’altra persona per lo stesso oggetto del debito di questa, fatta così che il nuovo credito si aggiungeva al credito precedentemente costituito in funzione di garanzia di questo».

adempimento, appare perfettamente in linea con l'essenza propria di questa figura più antica di garanzia personale.

Come prima si è provato ad evidenziare,⁹⁸ l'obbligazione dello *sponsor* per le conseguenze giuridiche che ne derivavano, richiama con tutta evidenza la struttura di obbligazione solidale; ma questa quasi totale coincidenza con il regime delle obbligazioni passivamente solidali, ascrivibile alla fase originaria, mentre continuò a persistere in ordine alla *libera electio* della persona da convenire in giudizio (nonché all'effetto estintivo della *litis contestatio* derivante dall'*idem debitum*) in quanto giustificata dall'esigenza di rafforzare la tutela del creditore⁹⁹ e di eguagliare le posizioni soggettive di debitore e garante nei rapporti esterni con il creditore, per gli altri aspetti invece ben presto, come è noto, si attenuò sensibilmente per effetto di un articolato susseguirsi di significative riforme legislative.¹⁰⁰ A partire, già in epoca repubblicana assai risalente, dalla importantissima *lex Publilia*¹⁰¹ la quale, accordando allo *sponsor* che avesse pagato il debito garantito la *manus iniectio* (*pro iudicato*) contro il debitore principale,¹⁰² se da un lato «rompe per la prima volta l'esclusiva soddisfazione del creditore in chiave di solidarietà tra debitore principale e garante»,¹⁰³ dall'altro dà un forte impulso al concetto di garanzia di cui rappresenta di certo l'espressione più evidente, ponendo implicitamente in rilievo come lo *sponsor* non paghi un debito proprio (come invece fa il debitore solidale), bensì un debito altrui. E lungo la stessa lunghezza d'onda si muovono anche i successivi interventi normativi:¹⁰⁴ ovvero la *lex Appuleia*¹⁰⁵ prima, che riconobbe la divisibilità dell'obbligazione di garanzia dello *sponsor*, concedendo al cogarante che *plus sua portione solverit*, un'azione di regresso¹⁰⁶ contro ciascuno degli altri cogaranti per recuperare da questi l'eccedenza pagata; e la *lex Furia de sponsu*¹⁰⁷

⁹⁸ *Supra*, in principio di questo stesso paragrafo.

⁹⁹ 'Sponsores quidem et fidepromissores et fideiussores saepe solemus accipere, dum curamus, ut diligentius nobis cautum sit' dice Gaio in 3.117.

¹⁰⁰ La cui reciproca correlazione risulta dal quadro complessivo che ne presenta Gai 3.121-127. Per un'ampia disamina di siffatte riforme cfr. J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *La législation romaine sur le cautionnement*, in RHD 39, 1961, 501 ss., nonché, da ultimo, L. PARENTI, «In solidum obligari» cit., 165 ss., e R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 548 ss.

¹⁰¹ V. Gai 4.22; 3.127, e, per un implicito richiamo ad essa, 4.25 (G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912 [rist. Hildesheim 1962], 473). Per un ragguaglio bibliografico sulla discussa cronologia di questa legge, si rimanda a L. PARENTI, «In solidum obligari» cit., 167 ss.

¹⁰² Questa applicazione della *manus iniectio* fu poi sostituita da una formulare *actio depensi* esperibile dallo *sponsor* adempiente, per ottenere il *duplum* di quanto versato al creditore garantito: v. Gai 3.127.

¹⁰³ Così R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 553.

¹⁰⁴ Ispirandosi al pensiero di G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale*, in *Conferenze romanistiche a ricordo di G. Castelli*, Milano 1940, 264 (= ID., *Scritti di diritto romano*, I, Milano 1981, 300), che definiva siffatte riforme «gravi e ... rivoluzionarie nei confronti del concetto della solidarietà romana», L. PARENTI, «In solidum obligari» cit., 166, ne sottolinea l'estrema importanza, «in quanto esse dimostrano come la solidarietà fosse un fenomeno 'pericoloso' – almeno per l'epoca – che si cercò di fronteggiare e limitare».

¹⁰⁵ V. Gai 3.122 (G. ROTONDI, *Leges publicae* cit., 246, 506). Sulla datazione, problematica, del provvedimento cfr. C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 152 nt. 212, con il quale concorda, da ultimo, L. PARENTI, «In solidum obligari» cit., 184 s.

¹⁰⁶ Le cui modalità di esercizio non vengono però esplicitate in Gai 3.122.

¹⁰⁷ V. Gai 3.121-122; 4.22; *Fragm. Argent. Ulp.* (3 *disp.*) II^A = FIRA II², 309 (G. ROTONDI, *Leges publicae* cit., 475 s.). Anche sulla data di questo intervento normativo, sicuramente successivo alla *lex*

dopo, la quale dispose l'estinzione dell'obbligazione dello *sponsor* dopo un biennio, e ricobbe altresì al cogarante di poter esercitare l'azione di regresso (sempre nella forma della *manus iniectio pro iudicato*) contro il creditore che avesse da lui preteso l'adempimento di una quota superiore a quella che gli spettava dividendo per il numero dei cogaranti l'entità globale del debito (*pars virilis*).¹⁰⁸

Ora, a fronte di siffatto iter normativo così evidentemente alimentato dall'esigenza di 'rimarcare' all'obbligazione dello *sponsor* la struttura propria di obbligazione di garanzia – al punto che la stessa dottrina è stata costretta a coniare il concetto tecnico, non propriamente felice,¹⁰⁹ di c.d. solidarietà accessoria¹¹⁰ – la quale presuppone per definizione l'esistenza di un debito altrui, come si può continuare a sostenere che per il valido ricorso ad uno *sponsor* fosse semplicemente sufficiente la valida conclusione di un contratto verbale, perfetto nei suoi elementi formali *iure civili*, anche se improduttivo di effetto obbligatorio, individuando così nell'*idem* pronunciato dal creditore un collegamento con la prestazione oggetto dell'atto compiuto dal *promissor* e non con la prestazione oggetto del debito assunto dal debitore principale?¹¹¹ Tutto il contrario; proprio quell'*idem*, racchiudendo in

Appuleia, regna incertezza, ma con tutta probabilità lo stesso va collocato dopo il 241 a.C.; cfr., al riguardo, J. TRIANTAPHYLLOPOULOS, *La législation romaine* cit., 508; M. TALAMANCA, v. 'Fideiussione' cit., 327 nt. 33; C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 153 nt. 218; L. PARENTI, «*In solidum obligari*» cit., 197 ss., e ivi copiosa bibliografia.

¹⁰⁸ In aggiunta a questa serie di provvedimenti autoritativi va poi ricordata la *lex Cicereia* – su cui v. Gai 3.123 (G. ROTONDI, *Leges publicae* cit., 477) – che introdusse a carico del creditore garantito l'obbligo di '*praedicere palam et declarare*' l'oggetto dell'obbligazione garantita nonché il numero degli *sponsores* (e *fidepromissores*) ricevuti, legittimando altresì i garanti, in caso di mancata o falsa dichiarazione, a '*praeiudicium postulare*'; per la sua probabile collocazione cronologia cfr. aa. citt. *supra*, alla nota precedente; adde B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 76 nt. 177.

¹⁰⁹ Un velato imbarazzo, al riguardo, sembra cogliersi infatti in F. DE MARTINO, *Il concetto dell'obligatio* cit., 136; cfr. pure ID., *Le garanzie personali*, I cit., 71; mentre con sfavore si rivolge a siffatta terminologia G.G. ARCHI, *La funzione del rapporto obbligatorio solidale*, in SDHI 8, 1942, 204 s. (= ID., *Scritti*, I cit., 380 s.).

¹¹⁰ La cui caratteristica – ancora una volta in linea con il comune orientamento dottrinale – «... sarebbe quella di condizionare la validità ed efficacia della stipulazione di garanzia non all'esistenza dell'obbligazione principale, ma all'esistenza della stipulazione principale, a prescindere dalla effettiva nascita di un'obbligazione per lo *sponsor* principale»: così, da ultimo, R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 553 s. Di 'solidarietà accessoria' parlano, tra gli altri, anche M. TALAMANCA, v. '*Obbligazioni (storia). a) diritto romano*', in Enc. dir. 29, Milano 1979, 54 (pur tenendo qui l'a. a precisare che «codeste caratterizzazioni sono, esclusivamente, dell'interprete moderno ed hanno, più che altro, uno scopo espositivo e soltanto latamente euristico»); V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale* cit., 146; C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 152; L. PARENTI, «*In solidum obligari*» cit., 326 s., ancorché con la precisazione che trattasi nel caso di solidarietà «impropria o anomala». Significativo poi il modo di esprimersi di M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 328: «... nella stipulazione passivamente solidale la giurisprudenza più antica e la normazione positiva vennero, man mano, enucleando ... la stipulazione passivamente accessoria, che pur dando luogo ad un'obbligazione solidale sotto alcuni aspetti, sotto altri viene invece regolata in modo diverso, tenendo conto della funzione di garanzia della stessa. Questa individuazione non è facilmente databile, ma essa è già presupposta nella *lex Publi- lia* [la spaziatura è mia]».

¹¹¹ Peraltro, non mancano contraddizioni anche nella stessa dottrina che, se per un verso insiste nel far dipendere il valido ricorso ad uno *sponsor* dalla sola esistenza dell'atto principale, talvolta si tradisce ricollegando l'*idem* all'oggetto dell'obbligazione gravante sul debitore principale. Paradigmatiche, per tutti, le parole di R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 562, il quale ora rimarca che «L'obbligazione

sé l'identità di contenuto tra l'obbligazione assunta dallo *sponsor* e l'obbligazione assunta dal debitore principale, che assurgeva così a presupposto di validità dell'altra, rappresentava già il primo segnale di quella finalità di garanzia che, ulteriormente poi evidenziata a livello normativo,¹¹² poneva l'obbligazione dello *sponsor* sin dal suo sorgere su di un piano diverso rispetto all'obbligazione passivamente solidale.¹¹³

Poche battute sono sufficienti per la *fidepromissio*, sorta ben presto¹¹⁴ al fine specifico di favorirne l'accessibilità anche ai *peregrini*,¹¹⁵ trattandosi di contratto verbale che si presenta pressoché simile alla *sponsio*; e ciò sia relativamente al regime, sia sotto il profilo della struttura verbale.

Dal primo punto di vista, con l'introduzione di quest'altra figura di garanzia personale le varie disposizioni normative sopra richiamate a proposito della *sponsio* di garanzia, riguardarono conseguentemente anche la *fidepromissio*,¹¹⁶ ad eccezione della *lex Publilia*¹¹⁷ per effetto della quale l'esercizio della *manus iniectio pro iudicato*, prima, e dell'*actio depensi in duplum*, dopo, rimase circoscritto al solo *sponsor*,¹¹⁸ laddove il *fidepromissor* che fosse

di garanzia non presuppone nelle più antiche forme di *adpromissio* (*sponsio* e *fidepromissio*) l'esistenza dell'obbligazione principale, ma la conclusione di una stipulazione principale ...», ora afferma che «L'elaborazione da parte dei pontefici di una *conceptio verborum* della *sponsio* di garanzia fondata sull'*idem* serve ... esclusivamente ad evitare la formazione di due obbligazioni autonome ed indipendenti, oggetto di autonome pretese del creditore» (ID., *op. cit.*, 553).

¹¹² Osserva, al riguardo, V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale* cit., 147, «il regresso ... fra *adpromissor* e debitore principale ... andò acquistando un sicuro rilievo esterno, finendo per configurare il rapporto di garanzia, in maniera sempre più marcata, come sostanzialmente accessorio». In termini ancora più espliciti già, correttamente, S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno (A proposito di D. 10,3,14 (Paul. ad Plautium))*, in AUPA 3-4, 1917, 618 (= ID., *Scritti di diritto romano*, II, Milano 1964, 393), per il quale i provvedimenti legislativi in tema di *sponsio* di garanzia «... p r e s u p p o n g o n o [la spaziatura è mia] la natura accessoria della *sponsio* e della *fidepromissio*».

¹¹³ *Contra* F. DE MARTINO, *Il concetto dell'obligatio* cit., 137: «la solidarietà classica è autonoma, perché l'estinzione parziaria è esclusa e perché non v'è regresso; la *sponsio* è autonoma per le medesime ragioni. La conseguenza è semplice e decisiva: come la solidarietà così anche la *sponsio* trascende i fini di garanzia, essa non è sorta storicamente come un negozio di garanzia»; ed ancora: «... si deve constatare che la garanzia è attuata mediante la solidarietà, cioè costituendo a lato di un debitore un altro debitore precisamente uguale al primo e senza possibilità di regresso» (ID., *op. cit.*, 137 s.).

¹¹⁴ Molto probabilmente la sua nascita, anch'essa risalente come la *sponsio* di garanzia ma di certo successiva a quest'ultima, va ricollegata al dilatarsi della forma della *sponsio* in *stipulatio*: così C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 149; come osserva infatti R. FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis* cit., 307, «On avait inventé une formule qui sans l'emploi du terme *spondere* créa la même effet que la *sponsio-stipulatio*; nous voulons dire la *fidepromissio*». *Contra* S. PEROZZI, *Istituzioni*, II² cit., 224, per il quale la *fidepromissio* sarebbe sorta «contemporaneamente» alla *sponsio*; ma l'opinione dello studioso, non sorretta da alcun appiglio testuale, è rimasta isolata in dottrina.

¹¹⁵ Essa, pertanto, è riconducibile al sistema dei negozi di *ius gentium*: v. Gai 3.93.

¹¹⁶ Per questa pressoché piena identità di regime v. Gai 3.92, 112; 3.115-127; 4.113.

¹¹⁷ *Contra* P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 166, che sembra mostrarsi di diverso avviso, riconoscendo l'*actio depensi* al *fidepromissor*.

¹¹⁸ Quale altro elemento di diversità del regime della *fidepromissio* rispetto a quello della *sponsio*, si trasmetteva all'erede del *fidepromissor* straniero (ma non all'erede del *fidepromissor* cittadino) l'obbligazione del suo dante causa unicamente nei casi in cui ciò era previsto dal *ius civitatis* proprio del garante: così precisa Gaio, con una annotazione di diritto internazionale privato, in 3.120 (su cui v. *supra*, nt. 80); v. pure Gai 4.113.

stato chiamato ad adempiere, avrebbe potuto rivalersi nei confronti del debitore garantito sperando contro di lui l'*actio mandati contraria*.¹¹⁹

Riguardo alla forma, sulla base di quanto attestatoci da Gai 3.116 prima richiamato,¹²⁰ i *verba* che il creditore pronunciava rivolgendosi al *fidepromissor*, ovvero '*idem fidepromittis?*' (contestualmente seguiti, come risposta, da '*fidepromitto*'), ricalcano perfettamente i *verba* indirizzati, per il medesimo fine di garanzia, allo *sponsor*; sicché, sul significato e la valenza giuridica che assume l'*idem* nella domanda stipulatoria della *fidepromissio* valgono le stesse considerazioni, testuali e sostanziali, che ho provato ad argomentare per l'*idem* presente nella domanda stipulatoria della *sponsio*,¹²¹ con la conseguenza che l'esistenza dell'obbligazione principale costituiva presupposto di validità dell'obbligazione di garanzia pure per la *fidepromissio*.

Anche la presenza di '*fidepromittere*' appare in sostanziale sintonia con la forma propria della *sponsio*, non riscontrandosi alcuna differenza concettuale tra questo verbo, utilizzabile altresì dai (e con i) *peregrini*, e il verbo *spondeo*, che rimase sempre esclusivo dei soli *cives*.

Senza voler minimamente entrare in questioni di tipo filologico, che non sono certo di nostra competenza, un dato che mi sembra poter essere assunto come punto fermo è che *spondeo*, una volta assunto nel linguaggio giuridico, venne ad indicare l'atto del promettere,¹²² che non richiama però la semplice promessa tout court, bensì esso contiene in sé l'elemento della responsabilità identificandosi con la promessa assunta sotto la propria responsabilità; tant'è che nella lingua italiana, più aderente a quella latina, i termini 'rispondere' e 'responsabilità' derivano con tutta evidenza da *spondere* e *sponsio*: lo *sponsor*, cioè, non si limita a dichiarare di voler promettere, ma è colui che dichiara di voler promettere rispondendo con la sua persona e il suo patrimonio.

Lo stesso vale con riferimento alla *fidepromissio*.

Se per consentire al *peregrinus* di intervenire, in qualità di garante, a guisa dello *sponsor*, la mera forma '*promittis?*' non fu ritenuta idonea alla creazione di questa nuova figura di garanzia personale, tant'è che la stessa appare giuridicamente qualificata dalla *fides* – attraverso, appunto, il ricorso al verbo *fidepromittere* –, ciò accadde perché una *promissio* pura e semplice non bastava, dovendo corrispondere ad essa la necessaria responsabilità, analogamente all'essenza propria di *spondeo*,¹²³ che «costituisce l'assunzione del più intenso grado

¹¹⁹ V. Gai 3.127.

¹²⁰ *Supra*, in principio di questo stesso paragrafo.

¹²¹ Non mi sembra, al riguardo, potersi accogliere la riflessione – in verità poco comprensibile e, comunque, priva di riscontri in dottrina – di G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 505, il quale, a fronte dell'assenza, nella domanda stipulatoria della *fidepromissio*, di *dari* presente invece nell'*interrogatio* rivolta allo *sponsor*, suppone che «... nel *fidepromittere* fosse insito non tanto il concetto della promessa diretta all'*idem*, come oggetto dell'altra promessa, quanto alla promessa identica all'altra promessa, come tale (la promessa che ti ha fatto Tizio te la faccio anch'io)»; peraltro, lo stesso a. tiene a precisare subito dopo che «però, se vi fu mai tale differenza di contenuto, in ogni modo essa ha finito per scomparire».

¹²² Per un approccio bibliografico orientativo circa il passaggio, nel verbo *spondere* (in correlazione con il greco σπένδειν), da un originario significato di 'offrire una libazione' a quello successivo di 'promettere', cfr. F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 106 e ntt. 43-45.

¹²³ Al riguardo, si è altresì ipotizzato (da G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 503 s. e nt. 1, seguito in ciò da F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 107) che nella *sponsio* – tanto in quella principale quanto in quella di garanzia – '*spondes-spondeo*' potesse essere anche accompagnato da un '*fide mea*', ancorché con la consapevolezza che tale pretesa aggiunta è del tutto assente nelle fonti giuridiche; soltanto in quelle letterarie un esempio, ma in senso non giuridico, di '*mea fide spondeo*' si ha in Plin. *ep.*, 1.14. Per la stretta correlazione tra l'impiego di *spondeo* e l'impiego di *fidepromitto* si pronuncia, da ulti-

di responsabilità, almeno dal punto di vista morale, anche nella coscienza del popolo e delle classi elevate». ¹²⁴ Il garante, dicendo 'fidepromitto', prometteva sotto la sua responsabilità; in altre parole, la *fides* che egli richiama nella risposta, assume il valore etico-giuridico di responsabilità nascente dall'aver impiegato la propria parola, e dunque la propria persona. ¹²⁵

6. SEGUE. LA FORMULA STIPULATORIA DELLA FIDEIUSSIO.

E passiamo alla *fideiussio*, la più recente ¹²⁶ forma di garanzia personale, anch'essa con-

mo, C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 148 s., che (richiamandosi a M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, I² cit., 171) così osserva: «il senso dei due verbi è precisamente lo stesso: entrambi significano "promettere": *fidepromittere* rappresenta una semplice variante di *promittere*, colorita con un'allusione alla *fides*, valore socio-giuridico comune al *ius civile* e al *ius gentium*».

¹²⁴ Così G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 501 s., il cui pensiero viene fatto proprio da F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 107.

¹²⁵ Su questo significato di *fides* nello schema verbale della *fidepromissio* cfr., tra gli altri, W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 53 ss.; G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 504 ss.; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 24 ss.; da ultimo, F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 111 s., al quale pure si rimanda (ID., *op. cit.*, 109 ss. e ntt. 58-68) per un panorama dottrinale di riferimento sulla originaria e risalente valenza del termine.

¹²⁶ Ad oggi è discussa la datazione della *fideiussio*, per ricostruire la quale unici 'punti fermi' possono considerarsi gli estremi dell'arco temporale all'interno del quale collocare questa figura di garanzia personale: da una parte, la *fideiussio* è sicuramente successiva alla *lex Cicereia* (su cui v. *supra*, § 5 nt. 108), la quale – sulla base di quanto apprendiamo da Gai 3.123 – non faceva menzione dei *fideiussores*, tuttavia la promulgazione di questa legge non è databile; dall'altra, essa deve aver preceduto la *lex Cornelia* (Gai 3.124-125; G. ROTONDI, *Leges publicae* cit., 362) che la riguardava vietando che si potessero garantire con *sponsio*, *fidepromissio* o *fideiussio*, appunto, per uno stesso debitore e nel corso dello stesso anno debiti superiori a ventimila sesterzi, però la data comunemente indicata per questo provvedimento normativo, ovvero l'81 a.C., è soltanto probabile (per un nutrito quadro bibliografico sulla *lex Cornelia* si rinvia a L. PARENTI, «*In solidum obligari*» cit., 235 ss.). La dottrina prevalente propende a considerare la *fideiussio* abbastanza tarda (su questa linea anche E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* cit., 13 s., 117 ss., spec. 123, per il quale la *fideiussio* sarebbe stata un'invenzione di Labeone, essendo questi stato il primo giurista a menzionarla, ma la sua tesi è rimasta pressoché isolata), attribuendola alla fine della repubblica: così, tra gli altri, P. COLLINET, *La garanzia solidale* cit., 10; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 12, che ne colloca le origini tra gli ultimi anni della repubblica e i primi del principato; F. WIEACKER, *Zum Ursprung der bonae fidei iudicia*, in ZSS 80, 1963, 14, favorevole ad inquadrare la *fideiussio* nel corso del I sec. a.C.; M. TALAMANCA, v. 'Fideiussione' cit., 329, che ritiene altresì possibile la sua nascita dopo Cicerone, e ciò per il fatto che nelle opere dell'oratore non compaiono mai i termini *fideiubere*, *fideiussor* e *fideiussio* (cfr. pure ID., *L'accessorietà della garanzia fideiussoria* cit., 152 s., il quale, precisando ulteriormente, fa risalire questa forma di garanzia personale a non prima della metà del I sec. a.C.); M. KASER, *Das röm. Privatrecht*, I² cit., 663; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto* cit., 13 nt. 28; V. MANNINO, v. 'Garanzie dell'obbligazione' cit., 616, e ID., *Fideiussione e accessorietà* cit., 917, che parla anch'egli di età ciceroniana; M.G. ZOZ, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità* cit., 6 e nt. 23, ancorché in termini di probabilità; R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 559, che indica la fine del I sec. a.C.; mentre K. VISKY, *Clausole accessorie di garanzia delle obbligazioni nell'epoca di Gaio*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. IV Convegno internazionale, in onore di M. de Dominici*, Perugia 1981, 488, parla addirittura di epoca imperiale. Mi sento però di condividere l'altro orientamento che, facendo capo a W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 36 ss. (cui si rimanda per una sintesi delle precedenti opinioni in letteratura: cfr. 41 s. nt. 2), è incline a retrodatare la nascita della *fideiussio* collocandola nel II sec. a.C., quando cioè erano ampiamente praticati i contratti consensuali per garantire i quali, a fronte della inaccessibilità di *sponsio* e *fidepromissio*, fu appunto creata la *fideiussio* (sistema, questo,

traddistinta, analogamente alla *sponsio* e alla *fidepromissio*, dal ricorso alla struttura negoziale propria della *verborum obligatio*/stipulazione.

Quanto ai *verba* pronunciati, la nostra fonte di riferimento è ancora una volta Gai 3.116,¹²⁷ stando alla quale il testo della domanda che il creditore rivolgeva al *fideiussor* suonava in questi termini: *'idem fide tua esse iubes?'* (seguita dalla contestuale risposta del garante che, corrispondentemente, avrebbe dovuto dire *'fide mea esse iubeo'*,¹²⁸ ma anche, più semplicemente, *'iubeo'* o *'fideiubeo'*).¹²⁹ E pure per questa *interrogatio*, così come per quella della *sponsio* di garanzia, nell'apografo di Studemund troviamo *id* con la coda della *d* leggermente più allungata verso l'alto;¹³⁰ sennonché, mentre si è visto che l'*id* del formulario della *sponsio*, presente in apertura del passo, viene 'automaticamente' interpretato come *idem* in vista dell'analogia formulazione attestata subito dopo per la domanda al *fidepromissor*,¹³¹ la stessa cosa non può dirsi per la *fideiussio*, dove da sempre la dottrina ha oscillato e continua ad oscillare tra *id* e *idem*, condizionata peraltro dall'atteggiamento non del tutto univoco degli stessi editori.¹³² Né il problema mi sembra potersi considerare definitiva-

più efficace e di certo più diretto rispetto a quello, meno pratico, di *novare* mediante *stipulatio* l'*obligatio* *re*, *litteris* o *consensu*, per poi garantirla attraverso il ricorso ad uno *sponsor* o ad un *fidepromissor*): cfr., in tal senso, C.A. CANNATA, v. *'Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno'* cit., 441, e, *amplius*, ID., *Corso*, II.1 cit., 164, con il quale concorda, da ultimo, F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 97; mentre una implicita adesione al suddetto orientamento sembra registrarsi in F. DE MARTINO, *Intorno alla storia della «sponsio»* cit., 4 nt. 10. *Contra* S. PEROZZI, *Istituzioni*, II² cit., 225, per il quale anche il *fideiussor* in origine avrebbe potuto garantire soltanto una *obligatio verbis*. Sulla *fideiussio* come negozio *iuris gentium* cfr. M. KASER, *Ius gentium*, Köln 1993, 119, 146.

¹²⁷ V. *supra*, § 5 in principio.

¹²⁸ V. Gai Ep. 2.9.2.

¹²⁹ Risposte, tutte queste, da considerare possibili ai fini della validità dell'atto, come giustamente fa notare C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 155: «il fatto stesso che Gaio non ponga il problema è nel senso che un problema del genere non doveva esistere».

¹³⁰ Cfr. G. STUDEMUND, *Apographum* cit., 158 r. 16; così come nel precedente apografo di E. BÖCKING, *Gai Institutiones. Codicis Veronensis apographum* cit., 158 r. 16, anche questa *d* appare sormontata da una sbarretta orizzontale.

¹³¹ Sul punto v. *supra*, § 5 in principio.

¹³² La stragrande maggioranza dei quali propende per *idem* (anche in questo caso sulla scia di G. STUDEMUND, *Apographum* cit., 262): così B.J. POLENAAR, *Syntagma Institutionum novum* cit., 261; R. GNEIST, *Institutionum et regularum iuris Romani syntagma*², Lipsiae 1880, 204; P.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteustinianae quae supersunt*⁵, Lipsiae 1886, 314; B. MISPOULET, *Manuel des textes de droit romain*, Paris 1889, 403; P. KRÜGER, *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis apographum Studemundianum novis curis auctum*, in *Collectio librorum iuris anteustiniani* [da qui in avanti P. KRÜGER, *Collectio*], a cura di P. Krüger-Th. Mommsen-G. Studemund⁴, I, Berolini 1899, 128; E. SECKEL-B. KÜBLER, *Gai Institutionum commentarii quattuor separatim ex iurisprudentiae anteustinianae reliquiis* a P.E. Huschke compositis⁶, Lipsiae 1903, 154; P. COGLIOLO, *Manuale delle fonti del diritto romano*³, Torino 1911, 260; P. NOVELLIUS, *Gai Institutiones iuris Romani*, Romae 1914, 130; F. KNIPE, *Gai Institutionum commentarius tertius* §§ 88–225 cit., 13; C. BIZOUKIDES, *Gaius. I. Prolegomena. Institutiones*, Thessalonicae 1937, 155; J. REINACH, *Gaius* cit., 113; J. BAVIERA, in FIRA II. *Auctores*², Florentiae 1964, 125; M. DAVID, *Editio minor*⁷ cit., 98; A.C. OLTMANS, *De Institutionen van Gaius*³, Gröningen 1967, 132; E. NARDI, *Istituzioni di diritto romano. Testi*, I, Milano 1973, 91; V. ARANGIO RUIZ-A. GUARINO, *Breviarium iuris Romani*⁸, Milano 1998, 128; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraksobligationen. Text und Kommentar*, Berlin 1999, 38; B. SANTALUCIA, *Antologia delle Istituzioni di Gaio*, Bologna 2005, 118. *Contra*, mantengono *id* F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius. I. Text*, Oxford 1946, 188 nt. 1: «Following Krüger we have corrected *id* to *idem* throughout the section. But *id* may be right at least in

mente risolto in favore di *id* facendo leva sulle recenti indagini paleografiche condotte da Briguglio, che condurrebbero a confermare la presenza di questa lettura nel manoscritto veronese,¹³³ di contro alla lettura *idem* nella forma abbreviata *id'* che si riscontrerebbe, sempre sulla base delle predette indagini, tanto per l'*interrogatio* allo *sponsor* quanto per l'*interrogatio* al *fidepromissor*.¹³⁴

Sono indagini, infatti, che non possono dirsi in alcun modo decisive,¹³⁵ anzitutto per ragioni altrettanto paleografico-testuali: *id* senza il puntino in alto si ritrova, sempre in materia di garanzie personali, altre due volte, e precisamente proprio nello stesso § 116 quando in chiusura Gaio, richiamando l'ammissibilità di altre forme di stipulazioni di garanzia, sembra accennare a discussioni giurisprudenziali sul loro conseguente inquadramento giuridico: '*Videbimus de his autem, quo nomine possint proprie appellari, qui ita interrogantur IDEM DABIS? IDEM PROMITTIS? IDEM FACIES?*',¹³⁶ ed è assolutamente pacifico che qui *id* è inteso nel senso di *idem*; peraltro, questi non costituiscono gli unici casi, posto che nel Veronese sono presenti altri luoghi nei quali manca per *idem* il segno di abbreviazione dopo *id*.¹³⁷ Sicché, a fronte di siffatte constatazioni, è quanto mai legittimo dedurre, a meno che non si voglia ipotizzare un 'continuo' errore da parte dell'amanuense¹³⁸ o, peggio ancora, una 'continua' «cattiva lettura del manoscritto compiuta da Studemund»,¹³⁹ che nel latino in carattere onciale *idem* venisse abbreviato non soltanto in *id'*, ma anche, più semplicemente in *id*. Non solo; se poi a tutto ciò si aggiunge che nella prassi contrattuale è riscontrabile, anche all'interno di uno stesso documento, l'impiego tanto di *id* quanto di *idem*,¹⁴⁰ il quadro testuale che ne viene fuori mi fa senz'altro propendere per la presenza di *idem* anche nella formula della domanda indirizzata al *fideiussor*.¹⁴¹

A questa soluzione, poi, portano pure più argomentazioni sostanziali, una delle quali

the case of *fideiussio*»; P.F. GIRARD-F. SENN, *Textes de droit romain*⁷, I, Paris 1967, 145, e J.E. SPRUIT-K. BONGENAAR, *De Instituten van Gaius*, Zutphen 1982, 128.

¹³³ Cfr. F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 126, 127.

¹³⁴ Cfr. F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 121, 126; v. anche *supra*, § 5 in principio, e nt. 78.

¹³⁵ Non manca infatti in dottrina chi, anche dopo i risultati di Briguglio, occupandosi di garanzie personali basa la propria ricerca sulla formulazione verbale della *fideiussio* nella versione '*idem fide tua esse iubes?*': così, ad es., R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 559.

¹³⁶ Cfr. G. STUEMUND, *Apographum* cit., 158 r. 18, e relativamente alla formulazione '*idem dabis?*' F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 115, i cui risultati suscitano però, a mio avviso, non poche perplessità. Su quest'ultima parte di Gai 3.116 v. diffusamente *supra*, § 1 nt. 7.

¹³⁷ V. Gai 3.124 (= G. STUEMUND, *Apographum* cit., 161 r. 14); 3.176 (= G. STUEMUND, *Apographum* cit., 174 r. 10); 4.59 (= G. STUEMUND, *Apographum* cit., 208 r. 24).

¹³⁸ È l'ipotesi di C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 148 nt. 202.

¹³⁹ È l'ipotesi di F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 126.

¹⁴⁰ V. CIL III.934 e III.959, che riportano *id*; CIL III.940 che riporta entrambe le versioni, posto che *em* del secondo *idem* risulta cancellato; CIL II.700 che riporta *idem*.

¹⁴¹ Non è da sottovalutare, poi, la presenza dell'espressione '*idem fideiubes?*' che si legge in Gai 3.112 (così E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* cit., 29), qualora non si segua l'opinione dottrinale – verso la quale avrei qualche riserva – propensa ad escludere il ricorso al verbo *fideiubere* per le *stipulationes* principali: in questo senso cfr., tra gli altri, F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 18 ss.; M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 328 nt. 40, 329 nt. 53. Quanto poi alle testimonianze dei *Digesta*, si registra la presenza di un *idem* in D. 12.2.42.1 (Pomp. 18 *epist.*), ancorché di dubbia classicità; v. pure D. 4.8.25.2 (Ulp. 13 *ad ed.*).

indirettamente suggerita dallo stesso Talamanca il quale, nell'affrontare il problema della possibile distinzione tra stipulazione di garanzia – quando compiuta *ex intervallo*¹⁴² – e stipulazione novatoria, così lucidamente afferma: «Dalle scarse tracce che rimangono nelle fonti ci sembrerebbe più plausibile una differenziazione nel senso che nella stipulazione novatoria si promette l'*id* (*quod Titius debet o spondit*), mentre nella stipulazione di garanzia si promette l'*idem* (*quod Titius debet o spondit*): in cui, a differenza dell'*id* (*quod*), l'*idem*, anche se qualificato dal *quod*, indica più un rapporto di coesistenza che di assorbimento».¹⁴³ Ora, coerentemente con questa raffinata intuizione e precisazione linguistica – tant'è che la proposta dell'autorevole studioso viene unanimemente seguita dalla dottrina¹⁴⁴ –, tenuto conto del fatto che anche l'obbligazione del *fideiussor*, analogamente a quella dello *sponsor* e del *fidepromissor*, 'coesisteva' con l'obbligazione principale e non si sostituiva certo a quella, l'*idem* appare sicuramente più appropriato anche nella struttura verbale della *fideiussio*.

Ma è soprattutto in correlazione con i restanti *verba* pronunciati nella *fideiussio*, ed in particolare con l'espressione '*fide tua esse iubet*?' che l'*idem* trova la sua più evidente giustificazione.

Più precisamente, quando il *fideiussor* risponde all'*interrogatio* indirizzatagli dal creditore, egli 'autorizza', consente cioè e dunque dichiara la volontà¹⁴⁵ a che riposi sotto la sua *fides*, sotto la sua responsabilità, quello stesso a cui altri si è obbligato, ovvero sia l'esecuzione della medesima prestazione obbligatoria del cui adempimento risponde il debitore principale.¹⁴⁶ Ritroviamo così quegli stessi elementi che già contraddistinguevano la *sponsio* e la *fidepromissio*: da una parte il richiamo alla *fides* che, come costituiva l'essenza del verbo *spondeo* e come qualificava il verbo *promitto* (accessibile ai *peregrini*), allo stesso modo qua-

¹⁴² Sul punto v. *supra*, § 5.

¹⁴³ M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 330, al quale pure rimando (330 e ntt. 57-61) per una sintesi delle precedenti opinioni dottrinali sul punto.

¹⁴⁴ Cfr., per tutti, F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus succurri solet*' cit., 18 nt. 27, e V. MANNINO, *Fideiussione e accessoriety* cit., 916 nt. 30.

¹⁴⁵ L'impiego di *iubeo* quale espressione di volontà resa in forma negoziale è attestato da Gaio anche, ad esempio, per l'*institutio heredis*, per la validità della quale la forma '*Titium heredem esse iubeo*' era '*comprobata*': v. Gai 2.117.

¹⁴⁶ Secondo una parte della dottrina il *iubere* che il creditore chiede e ottiene dal *fideiussor*, trarrebbe le proprie origini dal *iussum* dell'*actio quod iussu* esperibile contro l'avente potestà: così, tra gli altri, E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* cit., 129 ss. (e ivi riferimenti alla letteratura precedente); W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 39 ss.; E. BETTI, *Istituzioni* cit., II.1, Padova 1960, 151; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 12 s., 31 s.; G. PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione causata dal «paterfamilias» e dal fideiussore*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze 1965, 584, 590 (= ID., *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli 1985, 470, 476); G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 27; R. FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis* cit., 310. Ferma restando l'inidoneità della presente sede ad affrontare una trattazione così complessa qual è appunto quella dei rapporti intercorrenti tra *fideiussio* e *actio quod iussu*, mi limito qui ad accogliere la posizione sul punto di G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 506 ss. (con cui concordano F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 27 nt. 1; F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus succurri solet*' cit., 25 nt. 45, e ID., *Intorno all'originaria caratterizzazione della 'fideiussio'* cit., 699 nt. 4): «*Iussum* e *fideiussio* hanno certo di comune un elemento: quello dell'autorizzare il creditore attuale o futuro; per il resto si tratta di istituti che hanno un diverso punto di partenza, in quanto quello non è, questo è un negozio di garanzia, e tali che hanno sì uno svolgimento parallelo, ma, direi quasi, in senso opposto» (ID., *op. cit.*, 508). Cfr. altresì A. WACKE, «*Fideiussio*» = «*iussum*»? *Bürgschaften für den eigenen Gewaltunterworfenen*, in *Index* 27, 1999, 523 ss., che sottolinea la comune presenza tanto nella *fideiussio* quanto nel *iussum* di una «Ermächtigung» (ID., *op. cit.*, 524).

lifica il verbo *iubeo*¹⁴⁷ (il cui uso pure è aperto agli stranieri), assurgendo così il *iussum* a fonte di obbligazione; dall'altra l'identità del *debitum*, quale comune denominatore delle tre figure di obbligazione personale,¹⁴⁸ che in quanto tale presuppone, come requisito di validità 'anche' del ricorso al *fideiussor*, l'esistenza dell'obbligazione principale. Con tale obbligazione, in altri termini, *sponsio*, *fidepromissio* e *fideiussio* avevano quel «nesso genetico»¹⁴⁹ che tralaticamente viene ricollegato al solo obbligo del *fideiussor*.

Ciò che, significativamente, contraddistingueva dal punto di vista strutturale la *fideiussio* dalla *sponsio* e dalla *fidepromissio* stava nella sua peculiare formulazione e combinazione verbale che, per un verso, era stata miratamente elaborata dalla *iurisprudencia* per far sì che attraverso il ricorso a questa nuova figura di garante potessero essere garantite tutte le *obligationes quoque modo contractae* e non esclusivamente quelle *verbis*, alle quali soltanto potevano accedere *sponsor* e *fidepromissor* essendo i relativi atti verbali strutturati come promesse rivolte all'*idem*;¹⁵⁰ per altro verso, essa conteneva già *in nuce* quel concetto tecnico di 'garanzia' che sarebbe poi gradualmente e inevitabilmente emerso: il *fideiussor* che '*idem fide sua esse iubet*' non promette l'*idem* – cui era circoscritto l'ambito di operatività di *sponsor* e *fidepromissor* – ma garantisce l'adempimento dell'*idem*.¹⁵¹

Diversamente, in dottrina c'è chi ha sostenuto e, più recentemente, continua a sostenere con gran vigore che nella *fideiussio*, sul presupposto della presenza nel relativo schema verbale di *id* (di contro all'*idem* della formula stipulatoria di *sponsio* e *fidepromissio*), il garante, rispondendo affermativamente alla richiesta del creditore '*id fide tua esse iubes?*', non si sarebbe impegnato ad adempiere la medesima prestazione obbligatoria gravante sul debitore principale, bensì si sarebbe assunto la responsabilità delle conseguenze derivanti dall'eventuale inadempimento del debitore garantito.¹⁵²

¹⁴⁷ Contro la tesi di W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 54 (accolta da F. BRIGUGLIO, *Un punto denso di significati* cit., 112 s.), che attribuiva al richiamo della *fides* nella *fideiussio* una valenza diversa da quella propria del richiamo alla *fides* nella *fidepromissio*, rinvio alle giuste critiche di G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 505 ss., e F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 26 ss.

¹⁴⁸ Cfr., in tal senso, già J. BINDER, *Die Korrealobligationen im römischen und in heutigen Recht*, Leipzig 1889, 38, e E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischem Recht*, Berlin 1919 (rist. Aalen 1964), 190 ss.; successivamente G.G. ARCHI, *Sul concetto di obbligazione solidale* cit., 259 ss.; M. TALAMANCA, v. '*Obbligazioni*' cit., 54 s.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali* cit., 78 (il quale, a proposito appunto della *fideiussio*, parla di «identico credito verso un altro debitore, che così si faceva garante»). Da ultimo V. MANNINO, Rec. a F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus succurri solet*' (1999) in IVRA 50, 1999, 194, e ID., *Fideiussione e accessorialità* cit., 915 ss.; M.G. ZOZ, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità* cit., 8 s.

¹⁴⁹ Così M.G. ZOZ, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità* cit., 7 nt. 27; cfr. pure 9 nt. 45, 17.

¹⁵⁰ Osserva, in proposito, R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 559: «la modulazione dei *verba* nella più recente *fideiussio* ..., esprime la maturazione nella tecnica cautelare dei giuristi romani di una differente capacità dogmatica di agganciare la prestazione del garante sul contenuto dell'obbligazione principale, permettendo di superare il vincolo rigidissimo della corrispondenza tra natura verbale dell'obbligazione principale e natura verbale dell'obbligazione di garanzia, insuperabile, invece, per *sponsio* e *fidepromissio*».

¹⁵¹ Su questa linea già G. GEIB, *Zur Dogmatik des römischen Bürgschaftsrechts*, Tübingen 1894, 37 s., al quale si rifa, da ultimo, P. VOICI, *Istituzioni di diritto romano*⁶, Milano 2004, 497.

¹⁵² Così, tra gli altri, già A. PERNICE, *Parerga* cit., 179 (ma *contra*, efficacemente, S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico* cit., 618: «Tutta questa spiegazione è campata in aria; e la pretesa differenza a tal riguardo tra *sponsio* e *fideiussio* una fiaba»); W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 54; W.W. BUCKLAND,

Una interpretazione, questa, tendenzialmente attribuita all'*interrogatio* della *fideiussio*, che presta il fianco – a mio avviso – ad una serie di critiche difficilmente superabili.

Circa la supposta presenza dell'*id*, valgono le considerazioni che ho poco prima evidenziato¹⁵³ a proposito del testo della domanda rivolta al *fideiussor* così come attestatoci nelle *Institutiones* gaiane. In più, mi preme precisare che, anche a voler accogliere l'ipotesi (da non potersi, chiaramente, escludere a priori) che la formulazione dell'*interrogatio* recasse *id*, ciò comunque non influisce sul significato della domanda stipulatoria '*fide tua esse iubes?*' che qui si accoglie: sia *id* che *idem* – ancorché quest'ultimo in modo più esplicito e dunque inequivocabile – si prestano ad indicare la prestazione obbligatoria gravante sul debitore,¹⁵⁴ ovvero il *debitum* oggetto dell'obbligazione principale:¹⁵⁵ come l'*idem* si specifica nell'*id quod debet* il debitore principale, allo stesso modo l'*id* si traduce nell'*id quod debet* il debitore principale.¹⁵⁶

Quando poi si tende a presentare la *fideiussio* come assunzione di responsabilità per un debito altrui, configurando il *fideiussor* non come soggetto a un dovere di prestazione, ma come garante che «si impegna, in caso di inadempimento da parte del debitore principale, a dare lui stesso soddisfazione al creditore»,¹⁵⁷ si finisce con l'attribuire all'obbligo in capo al *fideiussor* un oggetto diverso da quello dell'obbligazione garantita, diversamente quindi da quanto accade nella *sponsio* e nella *fidepromissio*, caratterizzate entrambe dall'identità di oggetto tra obbligazione di garanzia e obbligazione principale.¹⁵⁸ E tutto ciò appare in evidente contrasto con le fonti che, come abbiamo visto a suo tempo,¹⁵⁹ attestano anche

Les limites cit., 116, 119 ss.; E. BETTI, *Istituzioni*, II.1 cit., 150 s.; F. PASTORI, *Appunti* cit., 100; G. PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione* cit., 582 (cfr. pure ID., *Istituzioni di diritto romano*³, con la collaborazione di F. Sitzia e L. Vacca, Torino 1991, 615, e ID., *Istituzioni di diritto romano. Sintesi*, Torino 1994, 486 s.); G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 26 s.; C.A. CANNATA, v. '*Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*' cit., 441, e ID., *Corso*, II.1 cit., 156; F. BRIGUGLIO, '*Fideiussoribus succurri solet*' cit., 24 ss.; ID., *Intorno all'originaria caratterizzazione della 'fideiussio'* cit., 699 ss., e ID., *Un puntino denso di significati* cit., 116 ss., 126; M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria* cit., 154 nt. 20. Anche G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 509, 511, e F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 30, per indicare l'obbligazione a carico del *fideiussor* propendevano a parlare, senza però presupporre necessariamente la presenza di *id* nel relativo schema verbale, di assunzione di garanzia per un debito altrui.

¹⁵³ *Supra*, in questo stesso paragrafo.

¹⁵⁴ Ne è conferma D. 46.1.16 pr. (Iul. 53 *dig.*), in cui si trova *id*, in luogo dell'usuale *idem*, riferito, nella stesura originaria del passo, alla *sponsio* e alla *fidepromissio*.

¹⁵⁵ Per la sostanziale equivalenza di *id* a *idem* si pronunciano, ancorché traendone talvolta deduzioni diverse, S. PEROZZI, *Istituzioni*, II² cit., 224 nt. 2; E. LEVY, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio* cit., 20; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 22 s.; R. FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis* cit., 308 s., che correttamente tiene altresì a precisare come sia assolutamente da escludere l'idea che i giuristi «... aient fait ici des distinctions entre les différents types de cautionnement verbis, ... en fonction de l'emploi des mots *id* ou *idem* dans la formule de la stipulation» (ID., *op. cit.*, 311), e ID., *Die Bürgschaft im römischen Recht* cit., 315 ss.

¹⁵⁶ Ne è conferma il contenuto della *stipulatio* novatoria attestatoci da Gai 3.176.

¹⁵⁷ C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 156.

¹⁵⁸ Come giustamente precisa R. FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis* cit., 309 s., «... l'introduction de la *fideiussio* fut un simple expédient pratique» – perché appunto diventassero suscettibili di garanzia anche le *obligationes re, litteris e consensu* – «pas un effort pour constituer une obligation de tout autre caractère que celle du *sponsor* et du *fidepromissor*».

¹⁵⁹ V. *supra*, § 5 e nt. 81.

per la *fideiussio* sia la scelta riconosciuta al creditore deciso ad agire in giudizio circa la persona da convenire, ponendo così il *fideiussor* nella stessa posizione del debitore principale, sia l'estinzione tanto dell'obbligazione principale per effetto della *litis contestatio* compiuta con il *fideiussor*, quanto dell'obbligazione di garanzia per effetto della *litis contestatio*¹⁶⁰ compiuta con il debitore principale.¹⁶¹

Non dimentichiamo, infatti, che pure la *fideiussio* nella sua configurazione originaria fu in gran parte concepita sul modello proprio delle obbligazioni passivamente solidali: l'obbligo del *fideiussor* vincolava in perpetuo, esso inoltre si trametteva agli eredi ed era altresì indivisibile tra una pluralità di garanti;¹⁶² tant'è che, in perfetta sintonia con l'iter normati-

¹⁶⁰ Né il contrasto può dirsi risolto ritenendo – come fa F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 118 nt. 87 – che «... si possa individuare un tipo di solidarietà in cui il fideiussore è considerato responsabile per un equivalente che è calcolato sulla base della valutazione delle conseguenze che potranno derivare dall'inadempimento del debitore principale. Non si ha così un *idem debitum*, ma si fa riferimento all'identica valutazione, dal punto di vista economico-sociale, che viene data alla prestazione del debitore principale e a quella del fideiussore ... Sulla base di questo ragionamento, a mio parere, il fideiussore, pur non essendo obbligato alla medesima prestazione del debitore principale, poteva essere convenuto anche al posto di esso»; una idea, questa, per sostenere la quale l'a. richiama la riflessione di G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 531 ss., il quale, individuando una analogia tra la responsabilità 'adiettizia' del *pater familias* e la responsabilità del *fideiussor*, configurava quest'ultima collegata all'obbligazione principale, «in tal guisa che, se non si può parlare di *eadem obligatio*, si può almeno parlare, come nelle c.d. azioni adiettorie, di azioni *de eadem re*» (ID., *op. cit.*, 532). Anzitutto, non mi sembra superata la contraddizione che si cela nel ragionamento di Briguglio che, da una parte riconosce la presenza dell'*idem debitum* quale necessario presupposto della *libera electio* attribuita al creditore e del conseguente reciproco effetto estintivo *litis contestatione*; dall'altra, egli stesso ammette la mancanza dell'*idem debitum* nel rapporto tra obbligazione principale e obbligazione fideiussoria. Quanto poi alla responsabilità 'adiettizia', è indubbia l'identità di oggetto tra l'obbligazione contratta dal sottoposto e l'obbligazione pretoria gravante sull'avente potestà: in argomento rinvio, *amplius*, alle mie osservazioni in S. LONGO, *Consumizione processuale nei rapporti tra «actio» contro il «fideiussor servi» e «actio de peculio» contro il «dominus»*, in Labeo 44, 1998, 406 ss., spec. 412 s.

Peraltro, la suddetta considerazione dello studioso bolognese non può neppure valere per argomentare la pretesa possibilità del *fideiussor* di accedere, diversamente dallo *sponsor* e dal *fidepromissor*, anche ad una *obligatio* di *facere* infungibile, come invece fa lo stesso F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 119 s. (sulla scia di W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 54 ss., seguito da C.A. CANNATA, v. 'Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno' cit., 441, e ID., *Corso*, II.1 cit., 162): «La *fideiussio* poteva efficacemente accedere ad un'obbligazione di *facere* infungibile perché, attraverso il meccanismo ermeneutico della valutazione, anche in una prestazione di questo tipo, qualora si agisse nei confronti del garante, veniva in un certo senso 'convertita' in una prestazione fungibile» (ID., *op. cit.*, 119 nt. 91). Si tratta di un problema, questo – peraltro ad oggi non ancora del tutto chiarito – per affrontare il quale entrano in gioco anche altri fattori, primo fra tutti la natura propria della *stipulatio* di garanzia; sul punto rimando a G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 542 ss., e P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 37 ss.

¹⁶¹ Per la pretesa insussistenza di un rapporto di solidarietà tra debitore principale e *fideiussor* si erano già pronunciati H. SIBER, *Röm. Recht*, II cit., 296 s. e nt. 12; W.W. BUCKLAND, *Principal and fideiussor. Consumptio litis*, in *Juridical Review* 53, 1941, 281 s.; F. SCHULZ, *Class. rom. law* cit., 497, 501, e, in termini dubitativi però, J. KÜHLING, *Die Kalgenkonkurrenz im römischen Bürgschaftsrecht*, Göttingen 1962, 4 ss. Da ultimo, cfr. pure C.A. CANNATA, v. 'Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno' cit., 441, e ID., *Corso*, II.1 cit., 156, il quale, sul preteso presupposto appunto della diversità di oggetto dei relativi obblighi, nega la solidarietà tra *fideiussor* e debitore principale (limitandola ai soli rapporti tra cogaranti), senza peraltro preoccuparsi l'a. di provare a conciliare questa sua teoria sia con la convenibilità del *fideiussor* prima del debitore principale, sia con l'effetto consuntivo-estintivo della *litis contestatio* nel rapporto tra obbligazione garantita e obbligazione fideiussoria.

¹⁶² Per questi caratteri originari della *fideiussio* v. Gai 3.121.

vo che riguardò *sponsio* e *fidepromissio*, anche per questa forma di garanzia si avviò ben presto tutto un movimento autoritativo che, senza in alcun modo intaccare la *libera electio* e l'effetto estintivo *litis contestatione* in nome della tutela della posizione creditoria, mirò ad adeguare alla funzione di garanzia anche il regime giuridico di questo istituto:¹⁶³ così nella prima metà del II sec. d.C. un *rescriptum* adrianeo riconobbe a ciascun *fideiussor* escusso la possibilità di chiedere la divisione dell'obbligazione con i cogaranti che risultassero solvibili al momento della *litis contestatio*;¹⁶⁴ ancora, non avendo il *fideiussor* adempiente un'apposita azione di regresso contro il debitore principale né alcun diritto di rivalsa verso eventuali altri cogaranti, la giurisprudenza ricondusse la disciplina di siffatta fattispecie ai rapporti interni tra debitore principale e garante: se la garanzia fosse stata assunta per incarico del debitore principale, contro di lui il *fideiussor* avrebbe potuto esperire (analogamente al *fidepromissor*) l'*actio mandati contraria*, in mancanza di incarico il garante si sarebbe potuto avvalere dell'*actio negotiorum gestorum contraria*.¹⁶⁵

Semmai è soltanto in età postclassico-giustiniana, dove nel frattempo erano del tutto scomparse *sponsio* e *fidepromissio* configurandosi così la *fideiussio* come unica forma di garanzia personale, che comincia ad innestarsi – nell'ambito di un più generale clima di politica del diritto favorevole ai garanti – quel processo di emersione del concetto di obbligazione di garanzia come obbligazione di sola responsabilità per inadempimento del debito principale; processo che culminerà con la concessione da parte di Giustiniano della preventiva escussione del debitore garantito, il c.d. *beneficium excussionis*:¹⁶⁶ potendo adesso il garante essere chiamato in giudizio soltanto in caso e per effetto dell'inadempimento del debitore principale, unicamente per quest'epoca potrà correttamente dirsi che il *fideiussor* assumeva l'impegno «di adempiere, in via sussidiaria, l'aspettativa del creditore».¹⁶⁷

¹⁶³ Se si parte dal corretto presupposto – come si è provato qui a dimostrare – di una identità sostanziale tra la *sponsio* (nonché la *fidepromissio*) e la *fideiussio* dal punto di vista della struttura, non apparirà di certo «singolare», a voler usare le parole di V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni*¹⁴ cit., 406 nt. 1, «questo gioco di corsi e ricorsi, per cui la fideiussione avrebbe riprodotto, in epoca progredita, quello che era il regime della *sponsio* e della *fidepromissio* anteriormente alle leggi».

¹⁶⁴ V. Gai 121-122; su questo intervento imperiale cfr., *amplius*, L. PARENTI, «*In solidum obligari*» cit., 268 ss.

¹⁶⁵ V. D. 17.1.20.1 (Paul. 11 *ad Sab.*); D. 3.5.5 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*). Né, peraltro, deve sorprendere, come invece mostra di fare F. DE MARTINO, *Il concetto dell'obligatio* cit., 136, «... che in piena epoca classica, caduta in disuso l'*actio depensi*, la giurisprudenza non seppe creare nel campo delle garanzie un'altra azione tipica di regresso», posto che anche per la *fidepromissio* si era fatto ricorso, per la medesima finalità, all'*actio mandati contraria*; cfr. inoltre la giusta osservazione fatta al riguardo da V. MANNINO, *L'estensione al garante delle eccezioni del debitore principale* cit., 148 e nt. 14.

Sui rapporti, nella *fideiussio*, tra il regresso e il c.d. *beneficium cedendarum actionum* cfr. F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 98 nt. 22 (e ivi dettagliati richiami bibliografici); sulla valenza di tale *beneficium* rimando a ID., «*Fideiussoribus succurri solet*» cit., 250 ss.

¹⁶⁶ Introdotto con la Nov. 4 pr.-1 (16 marzo 535) (*Auth. 4 Coll. 1 tit. 4*), ma già preceduto, tra gli espedienti elaborati in via giurisprudenziale per limitare la *libera electio* del creditore, dalla c.d. *fideiussio indemnitis*. In argomento si rinvia, *amplius*, a F. BRIGUGLIO, «*Fideiussoribus succurri solet*» cit., 93 ss., e, da ultimo, a L. PARENTI, «*In solidum obligari*» cit., 293 ss.

¹⁶⁷ F. BRIGUGLIO, «*Fideiussoribus succurri solet*» cit., 27; cfr. pure ID., *Intorno all'originaria caratterizzazione della 'fideiussio'* cit., 700.

7. ESEGESI DI GAI 3.118-119A.

Se l'analisi sin qui condotta sullo schema verbale delle stipulazioni di garanzia ha portato a ritenere che tanto il ricorso allo *sponsor* e al *fidepromissor* quanto il ricorso al *fideiussor* presuppongono, ai fini della loro validità, l'esistenza dell'obbligazione in capo al debitore principale, occorre adesso verificare se tale risultato trovi o meno riscontro testuale nel frammento delle *Institutiones* gaiane, 3.118-119a, punto di partenza della presente indagine e che adesso è opportuno richiamare nuovamente:

Gai 3.118: *Sponsoris vero et fidepromissoris similis condicio <est>, fideiussoris valde dissimilis. 119. Nam illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum, quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit. At illud quaeritur, si servus aut peregrinus spoponderit, an pro eo sponsor aut fidepromissor obligetur. 119a. Fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest. At ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur; adeo quidem, ut pro servo quoque obligetur, sive extraneus sit qui a servo fideiussorem accipiat, sive ipse dominus in id quod sibi debeatur.*¹⁶⁸

Partendo dall'analisi del § 119, dove troviamo le figure dello *sponsor* e del *fidepromissor* trattate insieme essendo stata evidenziata prima (§ 118) la loro *condicio 'similis'*, Gaio afferma in principio del brano che entrambi questi garanti possono accedere alle sole *obligationes verborum*, sebbene ('*quamvis*') – egli precisa subito dopo – talvolta ('*interdum*') colui che ha fatto la *promissio* non si sia obbligato, e adduce al riguardo il caso della donna o del pupillo che abbia promesso senza l'approvazione tutoria, nonché quello di chi abbia promesso per dopo la sua morte; viene invece ('*at*') presentata dal giurista come problematica la validità dell'obbligazione contratta sia dallo *sponsor* sia dal *fidepromissor* a garanzia del servo o del peregrino che abbia promesso mediante *sponsio*.

Sofferamoci sulla frase di apertura del testo '*illi* (scil. *sponsor et fidepromissor*) *quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*'.

Che in essa Gaio abbia impiegato il termine *obligatio* in senso sostanziale, per indicare l'obbligazione quale effetto che consegue al *contrahere* posto in essere *verbis*, ovvero sia il debito effettivo gravante sul debitore principale, mi sembra trovi inequivocabile conferma in tutta una serie di elementi. A cominciare dal successivo '*quamvis*': se il giurista attraverso l'espressione '*obligationes verborum*' avesse per contro inteso alludere all'«atto obbligatorio compiuto *verbis*»,¹⁶⁹ ovvero sia alla semplice esistenza formale del contratto verbale 'potenzialmente' idoneo a far nascere obbligazioni,¹⁷⁰ suscettibile così di garanzia *ex sponsione* o *ex fidepromissione* per il solo fatto di essersi perfezionato mediante la pronuncia di appositi *verba* riconosciuti *iure civili*, indipendentemente dall'aver anche prodotto o meno il suo effetto obbligatorio, egli non si sarebbe servito immediatamente dopo della congiunzione concessiva *quamvis* per dire che *sponsor* e *fidepromissor* potevano accedere anche a contratti verbali inefficaci, compiuti i quali appunto il promittente '*non fuerit obligatus*'; al contrario, Gaio si sarebbe fermato a quell'affermazione iniziale, di per sé esaustiva per i suoi stu-

¹⁶⁸ Per le integrazioni qui accolte nel frammento v. *supra* § 1 ntt. 2-5.

¹⁶⁹ Così C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 168.

¹⁷⁰ Sull'impiego, nelle *Institutiones* gaiane, di *obligatio* nell'accezione di 'atto costitutivo' (anziché di 'rapporto obbligatorio') cfr. G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*", Torino 2003, 38 nt. 97.

denti, senza di certo farla seguire dalla limitazione '*quamvis—non fuerit obligatus*', del tutto priva di senso in quel contesto.¹⁷¹

A ciò si aggiunga, poi, il richiamo, nel prosiegua del brano, alla *sponsio* contratta dal *servus* o dal *peregrinus*: se l'espressione gaiana '*obligationes verborum*' di 3.119 fosse stata confermativa – così come, abbiamo visto, la dottrina attuale tende ad interpretarla¹⁷² – dell'esistenza del solo atto verbale compiuto nel rispetto di tutti i suoi elementi formali, quale requisito necessario e sufficiente per la valida assunzione di uno *sponsor* o di un *fidepromissor*, non si spiegherebbero le discussioni giurisprudenziali, attestateci dal '*quaeritur*' gaiano, circa la possibilità o meno di ricorrere validamente a uno di questi due garanti in favore ('*pro*') dello schiavo o dello straniero '*qui sponderit*'; è più che evidente, infatti, che la *sponsio servi* e la *sponsio peregrini* per definizione difettavano dei requisiti di forma, essendo il verbo *spondeo* proprio ed esclusivo dei *cives*,¹⁷³ sicché l'inaccessibilità di uno *sponsor* e di un *fidepromissor* per questi due tipi di atti sarebbe dovuta essere pacifica tra i giuristi. Così come, del resto, si traduceva in un eguale vizio di forma l'invalidità della *stipulatio post mortem*, derivando anch'essa dalla struttura stessa dell'atto negoziale in cui i *verba 'post mortem meam dari'* pronunciati dal promittente erano *iure civili* inammissibili: eppure a quel tipo di *stipulatio*, ci informa Gaio, potevano validamente accedere sia uno *sponsor* che un *fidepromissor*!

Ancora, altro elemento da rilevare è l'avverbio *interdum*, la cui presenza nel testo gaiano, tutt'altro che «portare fuori strada»,¹⁷⁴ appare quanto mai significativa ai nostri fini: se lo *sponsor* e il *fidepromissor* 'talvolta' – come tiene a precisare Gaio – intervenivano in favore di chi non si fosse obbligato, ciò non può non significare che 'di regola' la validità dell'obbligazione gravante sullo *sponsor* o sul *fidepromissor* presupponeva la validità dell'obbligazione gravante sul debitore principale;¹⁷⁵ è proprio l'*interdum*, in altre parole, a richiamare la necessità di una obbligazione valida perché possa esistere una idonea garanzia.

¹⁷¹ Né, tantomeno, si potrebbe pensare di superare il problema ignorando la presenza della concessiva *quamvis* (insieme a quella del successivo *interdum*), come arbitrariamente dimostra di fare V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis*, in *Studi Ssassaresi* 17, Sassari 1939-40, 196, quando prova così a spiegare la prima parte di 3.119: «Gaio dà rilievo alla posizione dello *sponsor* e del *fidepromissor*, che egli ravvisa simile, mentre è assai diversa da quella del *fideiussor*. Lo *sponsor* e il *fidepromissor* non possono accedere se non ad una *obligatio verbis*, a n c h e q u a n d o [la spaziatura è mia] il promittente non è obbligato, qual è il caso della donna o di un pupillo che contrae senza l'*auctoritas* del tutore, di colui che ha promesso di *dare post mortem suam*».

¹⁷² V. *supra*, § 3.

¹⁷³ Tan'è che M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 331, in riferimento appunto alla *sponsio servi* e alla *sponsio peregrini*, ora addirittura parla di «eccezioni» alla pretesa regola secondo cui *sponsio* di garanzia e *fidepromissio* erano efficaci purché accedessero ad un atto negoziale che avesse la struttura di una *verborum obligatio* ancorché da questo non sorgesse alcun effetto, mettendo così a tacere, volutamente, in 3.119 la presenza del *quaeritur*; ora egli ritiene di affermare che «che a quanto sembra Gaio propende per negare l'obbligazione dello *sponsor* e del *fidepromissor*» (ID., *op. cit.*, 331 nt. 69) in favore del servo o del peregrino che '*sponderit*', senza però che l'a. fornisca alcun supporto testuale in tal senso.

¹⁷⁴ Così M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 331, a giudizio del quale l'*interdum* «va posto in connessione ... con le due eccezioni che si prospettano come problematiche ... nella parte finale del passo» (ID., *op. cit.*, 331 nt. 69); ma siffatta interpretazione si rivela – a mio avviso – a dir poco forzata, se non del tutto arbitraria.

¹⁷⁵ Né si potrebbe obiettare che Gaio attraverso l'uso di *interdum* avesse voluto implicitamente precisare che 'di norma' il *promissor* si obbliga validamente; in questo caso è facile replicare, per riprendere le parole di P. BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria* cit., 82 nt. 2, che intendere in tal modo il suddetto avverbio equivarrebbe ad «... ascrivere a Gaio una banalità, dalla quale il giurista sarebbe rifuggito, anche perché una tale osservazione era atta a ingenerare confusione».

Ma a siffatta interpretazione conduce, indiscutibilmente, anche il contesto complessivo all'interno del quale si trova inserito il brano in questione, ed in particolare quanto attestato subito dopo, nel successivo § 119a dedicato al *fideiussor*.

Qui Gaio, in vista dell'obiettivo primario che alimenta la logica del suo discorso, vale a dire mettere in risalto la *condicio 'valde dissimilis'*¹⁷⁶ che contraddistingueva la figura più recente di garante rispetto a quella dello *sponsor* e del *fidepromissor*, prontamente così asserisce: '*fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest*';¹⁷⁷ egli, cioè, afferma un principio che si contrappone direttamente ed evidentemente – inequivocabile, in questo senso, è la presenza dell'avverbio *vero* – alla regola, enunciata appunto poco prima, in apertura del paragrafo precedente, '*illi* (scil. *sponsor et fidepromissor*) *quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*', con la quale appare in stretta relazione,¹⁷⁸ ed è quindi in stretta relazione ad essa che va interpretato.¹⁷⁹

¹⁷⁶ Su questa espressione cfr. M. KASER, *Celsus 12, 6, 47 und die Akzessorietät der Bürgschaft*, in von F. HORAK, W. WALDSTEIN (a cura di), *Festgabe für A. Herdlitzka zu seinem 75. Geburtstag*, München-Salzburg 1972, 156 (= ID., *Ausgewählte Schriften*, II, Napoli 1976, 378).

¹⁷⁷ Dall'affermazione gaiana risultano escluse le *obligationes ex delicto*, ma siffatto silenzio, probabilmente dettato da esigenze di conformità con l'impostazione di Gai 3.88-89, non legittima di per sé a negare che l'apponibilità di una *fideiussio* alle *obligationes ex delicto* fosse già riconosciuta in epoca classica per configurarla invece come una novità giustiniana, posto che lo stesso Gaio in altra sede, ovvero nel suo *De verborum obligationibus*, ammette la possibilità di garantire le *obligationes ex delicto* tramite l'intervento di un *fideiussor*: v. D. 46.1.70.5 (Gai. 1 *de verb. oblig.*); la stessa opinione sottolinea Ulpiano essere prevalente ai suoi tempi: v. D. 46.1.8.5 (Ulp. 47 *ad Sab.*); e pure Paolo risulta decidere in tal senso: v. D. 46.1.56.3 (Paul. 15 *quaest.*). Testimonianze, tutte queste, che, sebbene lascino intravedere nella loro attuale formulazione la presenza di probabili contrasti all'interno della giurisprudenza romana (per giustificare i quali rinvio alle lucide osservazioni di C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 159), provano incontestabilmente l'ammissibilità della più recente forma di garanzia personale anche in favore del debitore da delitto: in questa direzione, tra gli altri, F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 64 ss., e ID., v. '*Fideiussione*' cit., 271 s.; A. BURDESE, *La nozione classica di naturalis obligatio*, Torino 1955, 52 nt. 57; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 37; M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 330 e nt. 64; G. SACCONI, *Studi sulle obbligazioni solidali da contratto* cit., 133 nt. 76; R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio* cit., 119 s., e, più recentemente, C.A. CANNATA, *loc. cit.*, 158 s. *Contra* S. PEROZZI, *Istituzioni*, II² cit., 230 s.; G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 515, e G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 28 nt. 88.

¹⁷⁸ Ne è ulteriore conferma la specificazione in esso '*id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes*': tale inciso esplicativo, tutt'altro che superfluo (al massimo, potrebbe apparirne ridondante la presenza di '*id est*', '*contractae*' e '*obligationes*': così pure F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 57 nt. 3), si spiega benissimo con l'intento gaiano di porre in luce un'antitesi con '*obligationibus ... verborum*' del paragrafo precedente. Una ragione in più, quindi, per ribadire l'evidente errore commesso dalla dottrina quando persevera nel porre su piani diversi, dal punto di vista interpretativo, l'affermazione '*illi quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*' del § 119 e l'affermazione '*fideiussor vero omnibus obligationibus ... adici potest*' del § 119a, attribuendo ad '*obligatio*' della prima frase un significato antitetico a quello che il medesimo termine assume nella seconda frase; emblematico, in tal senso, e del tutto carente di argomentazioni il modo di esprimersi di C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 167 s.: «Nel testo su *sponsio* e *fidepromissio* – § 118-119 – in funzione della validità della garanzia, ... '*obligationibus*' significa "ad atti obbligatori" ... Nel testo della *fideiussio* – § 119a – il linguaggio è diverso, già nell'impostazione iniziale [la spaziatura è mia]: "Il fideiussore può accedere *omnibus obligationibus*", e qui "a tutte le obbligazioni" significa "a tutti i rapporti obbligatori". Da ultimo, dubita della presenza in Gai 3.119 di *obligatio* nel significato di 'atto obbligante' G. FALCONE, "*Obligatio est iuris vinculum*" cit., 39 nt. 97.

¹⁷⁹ Ritengo del tutto irrilevante la diversità terminologica in riferimento all'obbligazione principale – per contro evidenziata da M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria* cit., 152 nt. 18 (condi-

Se il *fideiussor* può validamente accedere a ‘*omnes obligationes*’ ovvero sia alle obbligazioni validamente riconosciute *iure civili*, nascenti da ogni tipo di contratto – così come viene concordemente interpretata in dottrina l’affermazione iniziale di 3.119a¹⁸⁰ – allora, coerentemente a ciò, anche lo *sponsor* e il *fidepromissor* possono accedere alle sole obbligazioni validamente prodotte dai contratti che si perfezionano *verbis*;¹⁸¹ con la conseguenza che, come il valido compimento della *fideiussio* presuppone l’esistenza materiale di una obbligazione (reale, verbale, letterale, o consensuale che fosse) in capo al debitore principale, allo stesso modo la valida assunzione tanto di una *sponsio* di garanzia quanto di una *fidepromissio* richiede anch’essa la sussistenza di una obbligazione (esclusivamente verbale, però) in capo al debitore principale,¹⁸² alla quale esse accedono.

Ed è sempre allo specifico intento gaiano di contrapporre i caratteri che contraddistinguono la *fideiussio* a quelli propri di *sponsio* e *fidepromissio* che risponde anche la successiva precisazione ‘*ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui* (sott. *fideiussor*) *adiciatur*’ presente nel prosieguo del § 119a. Un’affermazione, questa, con la quale chiaramente il giurista intende sì apportare qualcosa di nuovo, aggiungere un’altra differenza (a quella già ricordata prima) che il ricorso alla *fideiussio* presenta contro il più ristretto campo di applicazione di *sponsio* e *fidepromissio*; ma questa differenza non può essere intesa nel senso che attraverso la suddetta espressione gaiana «... Gai 3.119a mostra, al di fuori di qualsiasi dubbio, che la stipulazione fideiussoria, per esser efficace, doveva presupporre un’*obligatio, civilis* o *naturalis* che sia».¹⁸³

visa da F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 104 nt. 30 che la definisce «significativa», e da M.G. ZOZ, *Brevi considerazioni sull’assunzione di responsabilità* cit., 22 nt. 104) – fra l’*accedere* usato da Gaio per affermare che *sponsor* e *fidepromissor* potevano garantire le sole *obligationes verborum* e l’*adici* utilizzato dal giurista per affermare che il *fideiussor* poteva garantire tutte le *obligationes, re, verbis, litteris, et consensu contractae*: tra questi due impieghi non credo proprio che emergano neppure lievi sfumature di significato, posto che entrambi i verbi *accedo* e *adicio* nel contesto di Gai 3.118-119a sono presenti nella medesima accezione di ‘aggiungersi’ (così A. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, I, Patavii 1940, 32: «Accedere saepissime significat adjungi, addi, adjici»). Anche con questo stesso significato ritroviamo, peraltro, utilizzato un altro verbo nel corrispondente passo delle *Institutiones* giustiniane, I. 3.20.1: *In omnibus autem* (sott. *fideiussores*) *obligationibus a d s u m i possunt, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint*.

¹⁸⁰ V. *supra*, §§ 1-3.

¹⁸¹ Lo stretto legame fra la frase di apertura del § 119 e la frase di apertura del § 119a viene messo in rilievo anche da R. FEENSTRA, *Le caractère accessoire des différents types de cautionnement verbis* cit., 306, sia pure sotto forma di critica alla tesi di Flume (su cui v., *amplius, supra*, § 1): «... il est évident que, si l’on veut admettre que chez Gai. Inst. 3,119 *obligatio* peut avoir ce sens “formel”, le mot *obligatio* au paragraphe suivant (119a) doit avoir cette même signification, ce qui revient à dire que le principe admis par Flume pour la *sponsio* et la *fidepromissio* vaut également pour la *fideiussio*. Cela va directement à l’encontre de la thèse de Flume, qui sur ce point admet une différence fondamentale entre la *sponsio* et la *fidepromissio* d’une part et la *fideiussio* d’autre part: pour la *fideiussio*, comme nous l’avons vu, il admet une espèce d’“Akzessorietät” avant la lettre».

¹⁸² Per la sostanziale equivalenza, su questo aspetto, delle condizioni dello *sponsor* e del *fidepromissor* con quella del *fideiussor*, si era già pronunciato con vigore S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico* cit., 618 (v. *supra*, § 6 nt. 152); cfr. pure ID., *La fusione del ius civile e del ius praetorium in unico ordinamento*, in *Archiv für Rechts und Wirtschaftsphilosophie* 16, 1922, 503 ss., e, ID., *Fasi e fattori dell’evoluzione del diritto romano*, in *Mélanges de droit romain dédiés à G. Cornil*, II, Gand-Paris 1926, 309 nt. 1.

¹⁸³ Così M. TALAMANCA, v. ‘*Fideiussione*’ cit., 331. In questi stessi termini, tra gli altri, C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 168: «... Gaio ... pone come presupposto imprescindibile l’esistenza di un rapporto da garantire, anche se questo possieda la tenue consistenza dell’obbligazione naturale»; M.G. ZOZ, *Brevi*

Che il ricorso ad una *fideiussio* sia ammissibile per tutte le *obligationes 'civiles' ex contractu* è una caratteristica propria di questa forma di garanzia che Gaio ha già evidenziato parlando di '*omnes obligationes*' nella precedente affermazione, la quale – ripetiamo – alludendo alle *obligationes* quale effetto *iure civili* prodotto dal contratto, per un verso conferma e ribadisce il medesimo significato con cui lo stesso termine *obligationes* era stato poco prima usato dal giurista quale valido fondamento per il ricorso ad una *sponsio* e ad una *fidepromissio*; per altro verso, essa pone in evidenza il primo carattere che nell'esposizione gaiana rende la *condicio* del *fideiussor* '*dissimilis*' da quella dello *sponsor* e del *fidepromissor*, ovvero la possibilità per il primo di accedere a tutte le obbligazioni contrattuali riconosciute *iure civili*, di contro al limite per i secondi di accedere alle sole obbligazioni verbali riconosciute *iure civili*. Ecco che allora, e coerentemente a ciò, quando il giurista passa a precisare che '*ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur*',¹⁸⁴ l'altra differenza che egli mira a sottolineare non può essere che il *fideiussor*, diversamente dallo *sponsor* e dal *fidepromissor*, si presta a garantire una *civilis obligatio* o una *naturalis obligatio*, bensì è che il *fideiussor*, diversamente dallo *sponsor* e dal *fidepromissor*, si presta a garantire 'anche' una *naturalis obligatio* (non solo la *civilis obligatio*): è questa circoscritta tipologia di *obligatio* che fa da discriminare tra la figura più recente di garanzia personale e le figure più antiche.

Peraltro, anche il modo di esprimersi di Gaio al riguardo, ancorché ingiustificatamente sottovalutato dalla dottrina, depone indubbiamente in tal senso: significativo appare infatti l'incipit '*ne illud quidem interest*'¹⁸⁵ della frase in questione: esso costituisce una precisa scelta lessicale che il giurista impiega al fine di sottolineare come sia del tutto irrilevante la circostanza che l'obbligazione principale per la quale assumere un *fideiussor* si configuri come *naturalis* anziché come *civilis obligatio*.

8. IL RAPPORTO TRA OBBLIGAZIONE PRINCIPALE E OBBLIGAZIONE DI GARANZIA ALLA LUCE DI GAI 3.126.

Che il valido ricorso tanto ad una *sponsio* di garanzia quanto ad una *fidepromissio* richieda l'esistenza di una obbligazione principale, ponendosi così lo *sponsor* e il *fidepromissor* da questo punto di vista sullo stesso piano del *fideiussor*, trova poi ulteriore conferma in un'altra, nota, testimonianza di Gaio, tratta sempre dalle *Institutiones*:

considerazioni sull'assunzione di responsabilità cit., 7 nt. 26: «... Gai. 3.119a afferma senza dubbio che la stipulazione fideiussoria, per essere efficace, doveva presupporre l'esistenza di una *obligatio*, fosse essa *civilis* o *naturalis*»; R. CARDILLI, *Garanzie personali e obbligazione* cit., 562: «... nella fideiussione è l'esistenza dell'obbligazione principale il fondamento della validità ed efficacia dell'obbligazione di garanzia, con un'ampiezza di ipotesi che include anche l'obbligazione naturale (Gai. 3.119a)».

¹⁸⁴ Del tutto inaccoglibile, sul piano esegetico, appare l'osservazione fatta a questo proposito da G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 28: «... une autre opposition semble pouvoir être établie entre le passage où Gaius dit que la *sponsio* est valable même si de la stipulation principale ne naît pas d'obligation (*quamvis interdum ipse qui promiserit non fueri obligatus, velut* ...) et celui du III, 119a où il n'est nullement question que l'on puisse accepter l'engagement du *fideiussor* au cas où il n'y aurait pas d'obligation principale, tout d'abord lorsque celle-ci est une obligation civile, puis, lorsqu'elle est une obligation naturelle».

¹⁸⁵ Su questa espressione cfr. la giusta riflessione interpretativa di R. QUADRATO, *La persona in Gaio. Il problema dello schiavo*, in IVRA 37, 1968, 17 s.

Gai 3.126: *In eo quoque iure par condicio est omnium, sponsorum, fidepromissorum, fideiussorum: quod ita obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur. At ex diverso ut minus debeant, obligari possunt, sicut in adstipulatoris persona diximus. Nam ut adstipulatoris, ita et horum obligatio accessio est principalis obligationis, nec plus in accessione esse potest quam in principali re.*¹⁸⁶

Qui il giurista, creando un parallelo con la figura dell'*adstipulator*, tiene a sottolineare la '*par condicio*' nella quale vengono a trovarsi *sponsores*, *fidepromissores* e *fideiussores*, non potendo costoro obbligarsi per un *plus debere* rispetto al *debitum* gravante sul debitore principale in favore del quale essi intervengono,¹⁸⁷ semmai – al contrario – per un *minus debere*; tale limite infatti, prosegue Gaio, configurandosi l'obbligazione di garanzia come accessione di una obbligazione principale, è diretta conseguenza del principio '*nec plus in accessione esse potest quam in principali re*'.¹⁸⁸

Il passo ha dato filo da torcere ad entrambi gli orientamenti dottrinali che nel tempo, come si è illustrato in apertura della presente ricerca,¹⁸⁹ si sono formati attorno al problema della dipendenza o autonomia dell'obbligo del garante rispetto a quello del debitore principale.

Da una parte, i seguaci di Segrè e De Martino, coerentemente alle relative tesi, propendono ad attribuire ai termini *accedere* e *accessio* significati diversi: in riferimento allo *sponsor* e al *fidepromissor* essi designerebbero semplicemente l'aggiungersi di un negozio ad un altro,¹⁹⁰ mentre in relazione al *fideiussor* tenderebbero ed essere intesi come tecnica espressione della dipendenza dell'obbligazione di garanzia dall'obbligazione principale. Sennonché, quando poi si trovano a dover in qualche modo conciliare tra loro siffatti significati

¹⁸⁶ Per la lezione *re* qui accolta, in luogo di *reo* presente nel manoscritto veronese (cfr. G. STUEMUND, *Apographum* cit., 162 r. 15), ed attestata altresì da I. 3.20.5, vale, per tutti, la giusta considerazione di M. TALAMANCA, *«Alia causa» e «durior condicio»* cit., 121 nt. 32: «essa mi sembra ... imposta dal contesto gaiano, che si riferisce chiaramente, con *accessio*, all'*obligatio* e non all'*obligatus*». Tra gli editori, si registra una maggiore propensione per '*re*': così B.J. POLENAAR, *Syntagma Institutionum novum* cit., 267; R. GNEIST, *Institutionum et regularum* cit., 206; B. MISPOULET, *Manuel* cit., 407; P. KRÜGER, *Collectio* cit., 131; P. COGLIOLO, *Manuale*² cit., 264; P. NOVELLIUS, *Gai Institutiones* cit., 133; F. DE ZULUETA, *The Institutes*, I cit., 194; J. REINACH, *Gaius* cit., 116; J. BAVIERA, in FIRA II² cit., 128; P.F. GIRARD-F. SENN, *Textes*⁷, I cit., 149; A.C. OLTMANS, *De Instituten*³ cit., 136; H.L.W. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181* cit., 41; J.E. SPRUIT-K. BONGENAAR, *De Instituten* cit., 130. *Contra*, restano fedeli al manoscritto: P.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteiustinianae*⁵ cit., 318; E. SECKEL-B. KÜBLER, *Gai Institutionum commentarii quattuor*⁶ cit., 158; F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius tertius §§ 88-225* cit., 22; C. BIZOUKIDES, *Gaius*, I cit., 157; M. DAVID, *Editio minor*² cit., 101; V. ARANGIO RUIZ-A. GUARINO, *Breviarium*⁸ cit., 130.

¹⁸⁷ Per la opponibilità, quale corollario dell'impossibilità di assumere obbligazione di garanzia per un debito maggiore di quello garantito, da parte del garante convenuto delle stesse difese e delle stesse eccezioni che avrebbe potuto opporre il debitore garantito se chiamato in giudizio, cfr. C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 168, e ID., v. '*Obbligazioni nel diritto romano, medievale e moderno*' cit., 441.

¹⁸⁸ Tutto ciò risulta confermato dal corrispondente passo delle *Institutiones* imperiali, I. 3.20.5 dove però, da una parte, troviamo soppresso il richiamo agli *sponsores* e ai *fidepromissores*, essendo il *fideiussor* l'unica figura di garante a sopravvivere nel nuovo diritto; dall'altra, esso forma un tutt'uno, in seguito alla soppressione giustiniana dell'*adstipulatio*, con il contenuto di Gai 3.113, in materia appunto di *adstipulator*, a cui il giurista fa espresso rinvio nel § 126.

¹⁸⁹ V. *supra*, §§ 1-3.

¹⁹⁰ Sulla scia di F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio* cit., 17, 4, e ID., v. '*Fideiussione*' cit., 272.

proprio laddove quei termini risultano utilizzati da Gaio (in 3.126 appunto) per indicare una caratteristica comune tanto alla *sponsio* e alla *fidepromissio* quanto alla *fideiussio*, allora ci si sforza a spiegare la regola ivi enunciata come inizialmente inapplicabile allo *sponsor* e al *fidepromissor* essendo l'*idem*, oggetto della loro promessa, un vincolo formale del tutto incompatibile con una promessa *levior*.¹⁹¹ tale regola, elaborata in occasione della *fideiussio* e alla luce della peculiare struttura di tale forma di garanzia personale, sarebbe poi stata estesa dalla giurisprudenza alla *sponsio* e alla *fidepromissio* in armonia con la tendenza classica di porre l'accessorietà a fondamento dei negozi di garanzia.¹⁹²

Dall'altra, coloro che aderiscono alla tesi di Flume, pur di armonizzare con questa i riscontri testuali, giungono ad ammettere, a dir poco semplicisticamente, che, se Gaio al § 126 sembrerebbe a prima vista lasciar intendere che il rapporto tra l'obbligazione del garante e l'obbligazione del debitore principale funzioni per la *fideiussio* allo stesso modo che per la *sponsio* e la *fidepromissio*, in realtà la giurisprudenza classica costruì siffatto rapporto per lo *sponsor* ed il *fidepromissor* in riferimento all'atto contrattuale, per il *fideiussor* invece in riferimento al vincolo obbligatorio che ne deriva.¹⁹³

Entrambe le ricostruzioni proposte non mi sembra si accordino con quanto risulta attestato da Gai 3.126.

Anzitutto, se si parte dal presupposto che il pensiero del giurista sia rivolto unicamente all'estensione della garanzia, sicché il passo non sarebbe in contrasto con la pretesa ammissibilità di *sponsio* e *fidepromissio* anche in assenza dell'obbligazione principale,¹⁹⁴ risulterebbe poi quanto mai difficile, per non dire impossibile, riuscire ad immaginare che lo *sponsor*, il quale non poteva vincolarsi di più del debitore principale, restasse obbligato anche quando fin dalla conclusione dell'atto di garanzia sul debitore principale non gravava alcunché. E poi, tutto ciò appare in evidente contrasto con il modo di esprimersi di Gaio, il quale, nell'enunciare la regola introduttiva del limite per tutti e tre i tipi di garante, parla di un *debere* da parte del debitore principale: *sponsores, fidepromissores e fideiussores 'obligari non possunt, ut plus debeant quam debet is pro quo obligantur'*;¹⁹⁵ egli cioè richiama espressamente la prestazione da lui 'dovuta' e non semplicemente promessa,¹⁹⁶

¹⁹¹ Sul punto cfr. V. MANNINO, v. 'Garanzie dell'obbligazione' cit., 616, e M.G. ZOZ, *Brevi considerazioni sull'assunzione di responsabilità* cit., 21.

¹⁹² Così, per tutti, F. PASTORI, *Appunti* cit., 99, 103.

¹⁹³ Cfr. C.A. CANNATA, *Corso*, II.1 cit., 167; concorde F. BRIGUGLIO, *Fideiussoribus succurri solet* cit., 16. In tal senso pure G. BOULVERT, *La validité de l'obligation principale* cit., 7, e M. TALAMANCA, «*Alia causa*» e «*durior condicio*» cit., 137 nt. 43, che spiega così la testimonianza di Gaio: «l'*accessio* del § 126 gaiano ... ha un diverso valore a seconda che si riferisca alla *sponsio* ed alla *fidepromissio* o che sia messa in rapporto con la *fideiussio*».

¹⁹⁴ Così F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio* cit., 4 s.

¹⁹⁵ Tant'è che W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 8, era stato costretto a considerare, benché in via ipotetica, una «nachklassische Glosse» l'intero tratto '*ita obligari non possunt—Nam*' del brano gaiano; ma il suo sospetto non ha avuto alcun séguito in dottrina. Cfr., in proposito, le giuste critiche formulate da G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 501 nt. 1, il quale semmai giudica poco felice, in Gai 3.126, la sola frase '*ut adstipulatoris, ita et*' in connessione al successivo '*horum obligatio*', posto che, così esprimendosi, il giurista attribuirebbe contemporaneamente ad '*obligatio*' significato attivo e passivo; ma è un appunto che lo stesso studioso supera immediatamente, sottolineando come «... nemmeno nel linguaggio di Gaio si possa pretendere di trovare sempre una precisione matematica».

¹⁹⁶ A dir poco deboli le obiezioni che, al riguardo, prova a sollevare M. TALAMANCA, «*Alia causa*» e «*durior condicio*» cit., 138 nt. 43, quando sotto il profilo paleografico fa notare la presenza nel manoscritto veronese di *deberet* che, seppur normalmente corretto in (*ut plus debeant, quam*) *debet* <is> — correzione,

continuando peraltro ad utilizzare '*obligatio*' per indicare, oltre all'atto con cui taluno si obbliga, il debito che ne è l'effetto.¹⁹⁷

In più, il dettato della *regula* di cui in Gai 3.126 che, escludendo la possibilità di un *plus debere*, riteneva ammissibile un'obbligazione di garanzia concretante un *minus debere* (oltretutto un *idem debere*), per quanto indubbiamente 'favorito' dal precedente riconoscimento ai *debitores* passivamente solidali dell'apponibilità di determinazioni accessorie (come il *dies*, la *condicio*, il *locus solutionis*),¹⁹⁸ si traduceva semplicemente in una «variabilità quantitativa»¹⁹⁹ dell'oggetto dell'obbligo del garante, e non intaccava in alcun modo il requisito dell'*idem debitum*, ovvero l'idea di una sostanziale identità del debito di garanzia rispetto al debito garantito; senza così che venisse compromessa la natura di obbligazione solidale passiva che, limitatamente al carattere dell'*idem debitum*, presentava l'obbligo del garante: sia quello dello *sponsor* e del *fidepromissor*, sia quello del *fideiussor*.

Quanto, poi, alla valenza di '*accedere*' e '*accessio*', si è già evidenziato in via preliminare come il dogma dell'accessorietà, intesa quale assoluta dipendenza del negozio di garanzia dal negozio principale, non è concetto romano, non è frutto di un'attività elaborativa dei giuristi romani; nelle fonti la qualifica di una obbligazione come accessoria non sottolinea tanto il rapporto di dipendenza dell'obbligazione di garanzia dall'obbligazione garantita,²⁰⁰ quanto piuttosto, e più semplicemente, l'aderire o, meglio, l'aggiungersi²⁰¹ di una obbligazione, nella specie quella di garanzia, ad un'altra, nella specie quella principale da garantire;²⁰² ed è con questa accezione che troviamo impiegati i termini *accedere* e *accessio* nel

peraltro, implicitamente condivisa dalla stesso a. —, richiamerebbe nella forma al congiuntivo «il carattere non necessario del *debere* dell'obligato principale», limitatamente però, come egli stesso è costretto a precisare, alla *sponsio* e alla *fidepromissio*; mentre, dal punto di vista interpretativo, egli azzarda una tale ipotesi: «non mi sembra che si possa imputare a Gaio di dover tener conto ... della circostanza che, per la *sponsio* e per la *fidepromissio* suddette, la garanzia era efficace, ancorché il debitore principale non rimanesse obbligato: ben poteva qui il giurista riferirsi al caso normale, in cui costui rimanesse obbligato alla pari del garante».

¹⁹⁷ In tal senso cfr. pure G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 502 s., e, in adesione, P. BERTTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria* cit., 83 nt. 2; in più, quest'ultimo studioso richiama l'analogo linguaggio impiegato da un altro giurista classico, Papiniano, in D. 46.1.49.2 (Pap. 27 *quaest.*), che nella sua stesura originaria doveva riferirsi allo *sponsor*, come 'impone' la presenza dell'attuale *spopondisset*.

¹⁹⁸ V. D. 45.2.7 (Flor. 8 *inst.*), e D. 45.2.9.1 (Pap. 27 *quaest.*); sul punto cfr., per tutti, M. TALAMANCA, v. '*Obbligazioni*' cit., 55 nt. 378.

¹⁹⁹ V. MANNINO, *Fideiussione e accessorietà* cit., 918 nt. 37; il concetto è sottolineato dallo stesso giurista antonino a proposito dell'obbligazione sottoposta a termine iniziale: v. Gai 3.113.

²⁰⁰ Semmai, l'idea di un paradigma dell'accessorietà riferita al momento 'funzionale' dell'obbligo del garante a quello del debitore principale si sarebbe fatta strada molto più in là, con la concessione dei cc.dd. *beneficia*, ed in particolare quello *cedendarum actionis* e, soprattutto, quello *excussionis*: v. *supra*, § 6 e ntt. 165-166.

²⁰¹ Cfr. v. '*accedere*' H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1907 (= rist.¹¹ Graz 1971), 6; v. '*accedo*' A. FORCELLINI, *Lexicon*, I cit., 32, e *Thesaurus linguae latinae*, I, Lipsiae 1900, 261 s.

²⁰² Anche S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico* cit., 618, traeva motivo da Gai 3.126 per porre su di uno stesso piano le tre figure classiche di garanzia personale, ma facendosi condizionare dal concetto moderno di accessorietà dal punto di vista funzionale, quale carattere che lo studioso palermitano riconosceva, appunto, tanto alla *fideiussio* quanto alla *sponsio* e alla *fidepromissio*.

linguaggio gaiano a proposito delle garanzie personali: sia in 3.126²⁰³ sia, coerentemente, in 3.119 e 119a, ancorché in quest'ultimo brano in luogo di *accedere* viene usato come sinonimo l'infinito passivo *adici*.²⁰⁴

Ma è proprio questa adesione, questa aggiunta, questa '*accessio*' come la intendevano i giuristi romani, a presupporre, in quanto tale, l'esistenza dell'obbligazione principale quale requisito di validità dell'obbligazione di garanzia: il garante, sia esso *sponsor*, sia esso *fidepromissor*, sia esso *fideiussor*, poteva validamente obbligarsi, e dunque la sua obbligazione poteva '*accedere*' all'obbligazione principale solo se questa esisteva, solo se dal contratto posto in essere dal debitore si era prodotta a suo carico una obbligazione che, per questo, diventava suscettibile di garanzia.

Del resto, Gaio è quanto mai esplicito su questo punto:

4.151: ... *nam ei quod nullum est nihil accedere potest*.

Se, come il giurista ancorché ad altro proposito²⁰⁵ afferma in maniera così secca, asciutta, ma inequivocabile e quanto mai efficace, a ciò che è nullo – nel significato di *non ullus* (= non alcuno, nessuno), e quindi che non esiste – non può '*accedere*' alcunché, ne deriva giocoforza che ad una *obligatio* materialmente inesistente perché non prodottasi *iure civili* in capo al debitore, non può accedere *pro eo* un garante; dunque, non soltanto non potrà farsi ricorso al *fideiussor*, ma non potrà validamente '*accedere*' neppure lo *sponsor* e il *fidepromissor*.

9. LA PRECISAZIONE GAIANA '*QUAMVIS INTERDUM IPSE QUI PROMISERIT NON FUERIT OBLIGATUS*': I CASI DELLA *MULIER* E DEL *PUPILLUS* CHE PROMETTONO *SINE TUTORIS AUCTORITATE*, NONCHÉ DI CHI PROMETTE *POST MORTEM SUAM DARI*.

Dimostrato che tanto per lo *sponsor* e il *fidepromissor* quanto per il *fideiussor* Gaio attraverso le due affermazioni '*illi* (scil. *sponsor et fidepromissor*) *quidem nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*' (3.119) e '*fideiussor vero omnibus obligationibus, id est sive re sive verbis sive litteris sive consensu contractae fuerint obligationes, adici potest*' (3.119a) conferma la sussistenza dell'obbligazione principale quale presupposto di validità dell'obbligazione di garanzia,²⁰⁶ resta a questo punto da valutare la precisazione '*quamvis interdum ipse*

²⁰³ Il quadro è simile anche in I. 3.20.5 dove Giustiniano, riprendendo l'enunciato gaiano, evoca una idea di accessorietà nell'accezione di adesione dell'obbligo del garante – oramai del solo *fideiussor* – all'obbligo del debitore garantito, in conformità al pensiero giurisprudenziale classico.

²⁰⁴ *Contra*, ma ingiustificatamente, M. TALAMANCA, *L'accessorietà della garanzia fideiussoria* cit., 152 nt. 18, su cui v., *supra*, § 7 nt. 179.

²⁰⁵ Qui Gaio si sta occupando dell'*interdictum* '*Utrubi*', a proposito del quale sottolinea la possibilità di avvalersi dell'*accessio possessionis*: '*Sed in UTRUBI interdicto non solum sua cuique possessio prodest, sed etiam alterius, quam iustum est ei accedere, veluti eius cui heres extiterit, eiusque a quo emerit uel ex donatione aut dotis nomine acceperit. Itaque si nostrae possessioni iuncta alterius iusta possessio exuperat adversarii possessionem, nos eo interdicto vincimus. Nullam autem propriam possessionem habenti accessio temporis nec datur nec dari potest; nam ei quod nullum est nihil accedere potest. Sed et si vitiosam habeat possessionem, id est aut vi aut clam aut precario ab adversario adquisitam, non datur accessio; nam ei <possessio> sua nihil prodest*'.

²⁰⁶ Ne costituirebbero ulteriore prova una serie di testimonianze tratte dai *Digesta*, incentrate su fattispecie di negozi obbligatori privi di valore – e precisamente l'ipotesi di atto negoziale *sub impossibili condicione* in D. 46.1.29 (Paul. 18 *ad ed.*), l'ipotesi di atto negoziale *contra legem* in D. 24.1.5.4 (Ulp. 32 *ad*

qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit che il giurista inserisce subito dopo la frase di apertura del § 119 – e come limite (*'quamvis'*) al principio in essa affermato – per evidenziare come talvolta (*'interdum'*) il ricorso allo *sponsor* o al *fidepromissor* sia ugualmente valido nonostante il *promissor* principale non si sia obbligato.

Ora è da chiedersi, per un verso, se i casi addotti al riguardo – ovvero sia quello della *promissio* fatta dal *pupillus* o dalla *mulier* senza l'*interpositio auctoritatis*, nonché quello di chi abbia dichiarato di promettere *post mortem suam dari* –, i quali abbiamo visto porsi come 'eccezioni' alla regola generale secondo cui *sponsor* e *fidepromissor* '*nullis obligationibus accedere possunt nisi verborum*', fossero i soli ad essere suscettibili di garanzia *ex sponsione* ed *ex fidepromissione*, oppure non escludessero altri casi, sempre eccezionali, di *stipulatio inutilis* cui poteva accedere sia uno *sponsor* sia un *fidepromissor*; per altro verso, se l'ambito di operatività della garanzia per le suddette eccezioni fosse limitato alla *sponsio* e alla *fidepromissio*, o se invece ricomprendesse anche la *fideiussio*.

Quanto al primo interrogativo, dalle fonti non risultano attestati altri casi di valido ricorso alla *sponsio* o alla *fidepromissio* a garanzia di un contratto verbale improduttivo del suo effetto obbligatorio.²⁰⁷ Né siffatto risultato testuale potrebbe dirsi in contrasto con la presenza in 3.119 di '*velut*' con cui viene fatto precedere il richiamo alla stipulazione *sine tutoris auctoritate* e alla stipulazione *post mortem dari*;²⁰⁸ a tale proposito vale la pena rilevare, infatti, come nelle *Institutiones* gaiane accanto all'uso, frequente, della particella *velut* (o *veluti*) come introduttiva di esempi, si registrano pure luoghi nei quali la medesima congiunzione risulta impiegata in una accezione esplicativa. Si consideri, ad esempio, Gai 3.92: *Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione, v e l u t i* DARI SPONDES? SPONDEO, DABIS? DABO, PROMITTIS? PROMITTO, FIDEPROMITTIS? FIDEPROMITTO, FIDEIUBES? FIDEIUBEO, FACIES? FACIAM, dove l'elenco riportato dei *verba* ammessi per il valido compimento della *stipulatio* è tassativo e non certo esemplificativo; oppure – a voler richiamare anche brani nei quali *velut* risulta utilizzato in rapporto con *interdum* – Gai 4.155: *Interdum tamen etsi eum vi deiecerim, qui a me vi aut clam aut precario possideret, cogor ei restituere possessionem, v e l u t i* si armis eum vi deiecerim; nam propter atrocitatem delicti in tantum patior actionem, ut omni modo debeam ei restituere possessionem ..., stando al quale l'attua-

Sab.), l'ipotesi di mancanza di presupposti della fattispecie negoziale in D. 45.1.56 pr. (Paul. 15 *quaest.*), l'ipotesi di *traditio* di *nummi alieni* creduti propri in D. 46.1.56.2 (Paul. 15 *quaest.*) –, per le quali viene attestata l'invalidità del ricorso al garante; ovviamente, in tutti questi brani il riferimento è alla sola obbligazione fideiussoria, posto che i compilatori sostituirono 'a tappeto' nei testi dei giuristi classici il termine *fideiussor* a quello di *sponsor* e di *fidepromissor*; ma non si può a priori escludere che nella versione originaria degli stessi «dove era possibile, la *sponsio* doveva egualmente esser dichiarata nulla»: così, giustamente, P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 61, 151 s.; *contra* M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 331 nt. 70.

²⁰⁷ Non può invocarsi in tal senso – come vorrebbe invece M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 331 nt. 70, ma la sua opinione, mancando di argomentazioni, non appare convincente – la testimonianza riportata in D. 46.1.25 (Ulp. 11 *ad ed.*), per la quale rimando alla corretta ricostruzione suggerita da F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 91 ss.

²⁰⁸ Contraddittorio, al riguardo, l'atteggiamento di G. SEGRÈ, *In materia di garanzie personali* cit., 514, il quale parla della *promissio* contratta dalla *mulier* e dal *pupillus* senza l'approvazione tutoria e della *promissio post mortem dari* come di casi menzionati da Gaio «a mo' di esempio», e ciò in evidente contrasto con la sua tesi (per la quale v. diffusamente *supra*, § 2); coerentemente, invece, le suddette fattispecie vengono indicate come «eccezioni» da P. BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria* cit., 82 nt. 2, il quale fa appunto propria la teoria di Segrè: v. *supra*, § 2 nt. 32. Non si pronuncia né per l'una né per l'altra interpretazione R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio* cit., 117.

zione della *deiectio* con l'uso di armi costituisce indubbiamente la sola fattispecie che legittimava il ricorso all'*interdictum De vi armata*.²⁰⁹

Riguardo all'altro punto, abbiamo visto come in 3.119-119a si trovi detto che, mentre lo *sponsor* e il *fidepromissor* possono accedere alle sole obbligazioni contrattuali nascenti *verbis*, il *fideiussor* è accessibile a tutte le obbligazioni contrattuali; ai primi si può fare ricorso anche per casi eccezionali in cui il debitore principale non resta obbligato, per l'altro tipo di garante Gaio non si pronuncia. Ora, a fronte di siffatta impostazione, senza voler a priori contestare che non vi sarebbe «alcun motivo di leggere nel testo più di quanto esso non dica»,²¹⁰ è pur vero però che, se si tiene sempre bene a mente l'obiettivo in vista del quale appare pianificato il discorso gaiano, qualora una *obligatio inutilis* qual era quella contratta dal *pupillus* (o dalla *mulier*) senza l'*interpositio auctoritatis* non fosse stata suscettibile di garanzia fideiussoria, il giurista avrebbe di certo mirato ad esplicitare questa ulteriore differenza che contribuiva a rendere 'dissimilis' la *condicio* del *fideiussor* rispetto a quella di *sponsor* e *fidepromissor*,²¹¹ sicché, già da solo il silenzio gaiano sul punto, ancorché non decisivo, farebbe propendere a ritenere implicitamente ammissibile anche la *fideiussio pro pupillo*.²¹²

In più, spostando l'attenzione sulle testimonianze dei *Digesta* per ricavarne elementi circa la possibile soluzione classica adottata per il *fideiussor*, incontriamo alcuni brani di giuristi classici che, per quanto non completamente immuni dal sospetto di interventi compilatori, risultano attestare nella parte che qui ci interessa il valido ricorso ad un *fideiussor* a garanzia dell'obbligazione contratta dal pupillo in mancanza di approvazione tutoria – e ciò non soltanto per le *obligationes verbis* ma anche per quelle *re contractae*, come il mutuo, il deposito, il comodato –;²¹³ senza peraltro che il fondamento di siffatta

²⁰⁹ V. pure Gai 3.199 e 3.179.

²¹⁰ Così F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 85.

²¹¹ Priva di logica si presenta l'opposta considerazione addotta sul punto da V. DEVILLA, *L'obbligazione naturale del pupillo* cit., 19 s.: «... Gaio ... non avrebbe certamente omissso l'esempio della *fideiussio pro pupillo* accanto a quella *pro servo*, così come aveva fatto per la *sponsio* e la *fidepromissio* poco prima, se essa fosse stata possibile. Non l'avrebbe omissso perché in tal modo avrebbe dato risalto migliore alla vera e sostanziale differenza che intercedeva fra le due norme di garanzia, l'una per le sole obbligazioni *verbis*, anche se nulle, l'altra per ogni obbligazione sebbene invalida».

²¹² In questo senso anche F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 86. *Contra*, interpretano (sulla scia di I. ALIBRANDI, *Intorno alla obbligazione naturale del pupillo contraente "sine tutoris auctoritate"*, in BIDR 24, 1911, 175 s.) il silenzio di Gaio come allusivo ad escludere il ricorso al *fideiussor* a garanzia dell'obbligo contratto dal pupillo *sine tutoris auctoritate* J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930, 162, 136 s.; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 72; V. DEVILLA, *L'obbligazione naturale del pupillo* cit., 15, 19.

²¹³ Osservava a suo tempo H. SIBER, *Naturalis obligatio*, estr. da *Gedenkschrift für L. Mitteis*, Leipzig 1926, 22, che, limitando l'applicazione della *fideiussio* alle valide obbligazioni nascenti *re, verbis, litteris* o *consensu*, si giungerebbe all'assurda conseguenza che questa forma più tarda di garanzia personale creata per superare gli ostacoli del formalismo, si sarebbe rivelata più formalistica della *sponsio* e della *fidepromissio*, idonee per contro ad accedere anche ad una *obligatio inutilis*; una considerazione, questa, che di certo non può ritenersi superata dalla semplicistica replica di V. DEVILLA, *Studi sull'obbligazione naturalis* cit., 201, secondo cui la pretesa maggiore ampiezza dell'ambito di operatività di *sponsio* e *fidepromissio* rispetto alla *fideiussio* sarebbe giustificata dal fatto che le prime due forme di garanzia potevano accedere alle sole *obligationes verbis*, «... per cui si imponeva l'esigenza di attribuire a queste nel maggior numero possibile di casi, cioè anche quando fossero invalide, qualche effetto parziale». Già in favore della *fideiussio pro pupillo* in età classica anche A. SUMAN, *L'obbligazione naturale del pupillo in diritto romano*, in *Il Filangieri* 39, 1914, 331.

garanzia risulti giustificato dalla qualifica dell'*obligatio pupilli* come '*obligatio naturalis*'.²¹⁴ E non mi pare siano stati ad oggi addotti argomenti sufficienti per dover supporre che nella loro versione attuale il riferimento al *fideiussor* avrebbe preso il posto di un originario richiamo allo *sponsor* e al *fidepromissor*.²¹⁵

Mi riferisco in particolare a

D. 46.1.25 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Marcellus scribit, si quis pro pupillo sine tutoris auctoritate obligato prodigove vel furioso fideiusserit, magis esse, ut ei non subveniatur, quoniam his mandati actio non competit*

e

D. 46.1.2 (Pomp. 22 *ad Sab.*): *Et commodati et depositi fideiussor accipi potest: et tenetur, etiamsi apud servum vel pupillum depositum commodatumve fuerit: sed ita demum, si aut dolo malo aut culpa hi fecerunt, pro quibus fideiussum est.*²¹⁶

Quanto al primo passo, di Ulpiano, assolutamente evidente appare l'interpolazione della frase finale '*quoniam his mandati actio non competit*', non spiegandosi la ragione della soluzione adottata di non soccorrere il garante; ciò però non autorizza a coinvolgere in siffatta alterazione anche il tratto iniziale, dove la genuinità del riferimento di Marcello all'obbligazione del pupillo *sine tutoris auctoritate* e del conseguente valido ricorso ad un *fideiussor* risultano confermate dal '*magis esse*': se la testimonianza ulpiana nella sua redazione originaria avesse fatto riferimento allo *sponsor*, quella espressione non avrebbe avuto alcuna ragion d'essere stando a quanto attestato da Gai 3.119, non comprendendosi perché il giurista si sarebbe richiamato all'autorità di Marcello.

Analogamente, l'indubbia mano compilatoria nel successivo brano, di Pomponio, tanto rispetto all'accostamento del deposito al comodato quanto in ordine alla inconciliabilità dei criteri di responsabilità del debitore principale – il dolo e la colpa – non tocca in ogni

²¹⁴ Per un ragguaglio orientativo delle principali posizioni dottrinali circa la configurazione classica o giustinianea della *naturalis obligatio pupilli* cfr. il mio *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano 2003, 89 nt. 118.

²¹⁵ Così, invece, J. VÁŽNÝ, *Naturalis obligatio* cit., 163 ss.; W. FLUME, *Studien zur Akzessorietät* cit., 77 ss.; V. DEVILLA, *Studi sull'obligatio naturalis* cit., 202, e ID., *L'obbligazione naturale del pupillo* cit., 20 ss.; G. PUGLIESE, *Intorno all'impossibilità della prestazione* cit., 582 nt. 3; M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 331 nt. 66; F. BRIGUGLIO, *Un puntino denso di significati* cit., 102 nt. 25. Ma è errato dedurre dall'affermazione gaiana '*ne illud quidem interest, utrum civilis an naturalis obligatio sit cui adiciatur*' che ogni qual volta troviamo attestata la possibilità di assumere un *fideiussor*, lì dobbiamo trovare la presenza di una *naturalis obligatio*. Come correttamente affermato da P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 60, «... è difficile immaginare che la sola originaria differenza strutturale fra *sponsio* (e *fidepromissio*) e *fideiussio* bastasse ad impedire che, dove era possibile far sorgere *verbis* l'una forma di garanzia, si riconoscesse la possibilità di far sorgere anche l'altra, anch'essa nascente *verbis*, ed anch'essa disimpegnante la medesima funzione giuridico-economica».

²¹⁶ A questi brani possono altresì essere accostati D. 12.2.42 (Pomp. 18 *epist.*); D. 4.8.35 (Gai. 5 *ad ed. prov.*); D. 16.3.1.14 (Ulp. 30 *ad ed.*), e D. 45.1.127 (Scaev. 5 *quaest.*). Per la classicità in essi del richiamo alla valida assunzione di un *fideiussor* a garanzia di una *obligatio pupilli* contratta senza l'intervento tutorio cfr. F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 86 s.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 44 ss.; F. PASTORI, *Appunti* cit., 117 nt. 52.

caso la genuinità dell'ipotesi del *fideiussor* assunto per un deposito, né tantomeno legittima l'espunzione di 'vel pupillum'.²¹⁷

Ma se, come abbiamo appena riscontrato sul piano testuale, già nel sistema giuridico classico era ammessa la possibilità di ricorrere anche alla *fideiussio pro pupillo*, ciò allora sta a significare senza ombra di dubbio che il fondamento della valida assunzione di una *sponsio* o di una *fidepromissio* a garanzia dell'*obligatio* contratta dall'impubere *sui iuris* o dalla donna *sine tutoris auctoritate* come pure dell'*obligatio* contratta dal promittente *post mortem suam dari* non va ricercato nella diversa concezione comunemente attribuita ai formulari che contraddistinguevano queste più antiche figure di garanzia – formulari che, come si è pure dimostrato, si presentano invece strutturati in modo da presupporre l'esistenza dell'obbligazione in capo al debitore principale quale requisito di validità dell'obbligazione di garanzia, non diversamente dal formulario tipico della *fideiussio* – bensì deve individuarsi nella specifica peculiarità propria di siffatti casi di *obligatio inutilis*.

In più, è quanto mai significativa la circostanza che Gaio, proseguendo nella sua esposizione istituzionale, quando passa a trattare della *novatio* enuncia quelle stesse ipotesi di *stipulatio* compiuta dal pupillo o dalla donna senza la necessaria approvazione tutoria e di *stipulatio* compiuta da chi promette di obbligarsi per dopo la sua morte, per sottolineare che in esse si estingue *iure novationis* la *prior obligatio* senza però che dalla *stipulatio* novatoria nasca alcuna *obligatio* a carico del *promissor*:

Gai 3.176: *Praeterea novatione tollitur obligatio; veluti si quod tu mihi debeas, a Titio dari stipulatus sim. Nam interventu novae personae nova nascitur obligatio et prima tollitur translata in posteriorem, adeo ut interdum, licet posterior stipulatio inutilis sit, tamen prima novationis iure tollatur; veluti si quod mihi debes, a Titio post mortem eius vel a muliere pupillove sine tutoris auctoritate stipulatus fuero. Quo casu rem amitto; nam et prior debitor liberatur et posterior obligatio nulla est ...;*

il fatto che il giurista nell'una e nell'altra sede richiami le medesime fattispecie contrattuali irrilevanti *iure civili*, non solo sta a confermare ulteriormente che ci troviamo di fronte a casi che ricevevano un regime per così dire 'speciale', ma evidenzia pure che alla base di questa loro specialità – che si traduceva, appunto, tanto nella valida assunzione di garanzia *ex sponsione*, *ex fidepromissione* ed *ex fideiussione*, quanto nell'estinzione per novazione, sussistendone i relativi presupposti, del precedente debito, e ciò nonostante il promittente 'non fuerit obligatus' – si pone la medesima *ratio*.

Ed è allora a ciascuno di questi casi di *obligatio inutilis* che bisogna guardare, per provare a ricostruire di volta in volta la singola spiegazione giustificativa del trattamento ad hoc riservato dalla giurisprudenza.

Partendo dalla *stipulatio* compiuta dal pupillo senza approvazione tutoria, anzitutto è sicuramente da escludere la pretesa qualifica classica di *naturalis obligatio* dell'*obligatio pupilli* per giustificare il fondamento del valido ricorso ad uno *sponsor* o ad un *fidepromissor*, posto che anche la *promissio* del servo dava luogo ad una *obligatio naturalis*, anzi questa

²¹⁷ Per la genuinità di queste testimonianze, nella parte di nostro interesse, si sono pronunciati G. SEGRE, *In materia di garanzie personali* cit., 517 nt. 2; F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 86 ss.; ID., *L'autonomia classica della sponsio* cit., 13, e ID., v. 'Fideiussione' cit., 272; P. BERETTA, *Sulle formule da stipulazione fideiussoria* cit., 84 nt. 2; F. PASTORI, *Appunti* cit., 116 nt. 52, 138; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I cit., 44 ss., 50. Per la classicità della *fideiussio pro pupillo* cfr. pure A. BURDESE, *Dubbi in tema di «naturalis obligatio»*, in *Studi in onore di G. Scherillo*, II, Milano 1972, 498.

costituisce il caso più sicuro, e cionondimeno Gaio ci attesta che, mentre la *sponsio* e la *fidepromissio* assunte *pro pupillo* erano sicuramente valide, al contrario si dubitava dell'ammissibilità di queste due forme di garanzia in favore del servo. Premesso ciò, vale invece la pena porre l'attenzione sulla funzione specifica dell'*auctoritas tutoris*: almeno a partire dal momento in cui la *tutela impuberis* – non più concepita nell'interesse del tutore quale suo diritto implicante un forte potere personale (*vis ac potestas*)²¹⁸ – venne sempre più trasformandosi in istituto di protezione di un soggetto incapace qual era l'impubere *sui iuris*, il requisito dell'*auctoritas*, configurata gradualmente come un *munus*, appariva preordinato essenzialmente a salvaguardare il *pupillus* dagli effetti svantaggiosi che potessero scaturire dagli atti da lui posti in essere, primo fra tutti l'assunzione di una obbligazione;²¹⁹ e da questi effetti, ben circoscritti, restavano certamente fuori tanto l'assunzione di un garante *pro pupillo* quanto l'estinzione dell'obbligazione altrui dedotta nella *stipulatio* novatoria;²²⁰ se la mancanza dell'*interpositio auctoritatis* avesse impedito anche tali effetti,²²¹ ne sarebbe risultato alterato lo scopo nei limiti del quale il *tutor impuberis* era chiamato ad intervenire.²²²

Analoghe considerazioni valgono per la condizione della donna *sui iuris* e pubere,²²³ rispetto alla quale va pure ad aggiungersi il noto processo involutivo che svuotò progressivamente la *tutela mulierum* di effettivo significato e valore; processo del quale espressione evidente è proprio l'intervento tutorio che continuò sì a richiedersi ma soltanto '*dicis gratia*', al punto che nella quasi totalità dei casi²²⁴ il pretore poteva costringere il *tutor mulieris* ad interporre la propria *auctoritas*.²²⁵

Quanto alla *stipulatio post mortem dari*, la sua invalidità *iure civili* – ispirata all'arcaico rigore della personalità del vincolo obbligatorio – in prosieguo di tempo cominciò ed esser poco sentita, tanto che i giuristi non esitano ad offrirne una motivazione giuridicamente poco consistente: '*inelegans esse visum est ab heredis persona incipere obligationem*'²²⁶ vi troviamo detto infatti, giustificandosi così la piena ammissione della *stipulatio cum moriar*.²²⁷

²¹⁸ Se ne mantiene traccia ancora in una testimonianza di Paolo: v. D. 26.1.1 pr. (Paul. 38 *ad ed.*).

²¹⁹ Gai 3.107: *Pupillus omne negotium recte gerit, ut tamen, sicubi tutoris auctoritas necessaria sit, adhibeatur, veluti si ipse obligetur; nam alium sibi obligare etiam sine tutoris auctoritate potest*; 2.80: *Nunc admonendi sumus ... neque pupillum sine tutoris auctoritate rem Mancipi alienare posse; nec Mancipi ... pupillum non posse*; 2.83: *Et ex contrario omnes res ... pupillis sine tutoris auctoritate solvi possunt, quoniam meliorem conditionem suam facere eis etiam sine tutoris auctoritate concessum est*. V. pure D. 13.5.1.2 (Ulp. 27 *ad ed.*); D. 26.8.9 pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*); D. 44.7.43 (Paul. 72 *ad ed.*); D. 29.2.8 pr. (Ulp. 7 *ad Sab.*).

²²⁰ Semmai è opera dei compilatori giustificare l'effetto estintivo della novazione fatta dal *pupillus* sulla base del nuovo argomento che questi si obbliga *naturaliter*: v. D. 46.2.1 (Ulp. 46 *ad Sab.*).

²²¹ Vale la pena richiamare in tale contesto anche qualche testimonianza in cui, ferma restando la richiesta dell'*auctoritas tutoris* – indispensabile per il sorgere di un vincolo a carico dell'impubere *sui iuris* –, sembra registrarsi una qualche velata incertezza al riguardo: v. D. 50.17.189 (Cels. 13 *dig.*), e D. 12.2.26 pr. (Paul. 18 *ad ed.*).

²²² Tant'è che, se il *pupillus* invece intendesse novare il proprio credito, restava ferma la necessaria sussistenza dell'approvazione tutoria: v. D. 46.2.20.1 (Paul. 72 *ad ed.*).

²²³ Gai 3.108: *Idem iuris* (scil. del *pupillus*: 3.107, su cui v. *supra*, nt. 219) *est in feminis quae in tutela sunt*.

²²⁴ Restava fuori quello della *tutela legitima* dei *patroni* sulle *libertae*: v. Gai 1.192.

²²⁵ Gai 1.190: *... mulieres enim, quae perfectae aetatis sunt, ipsae sibi negotia tractant et in quibusdam causis dicis gratia tutor interponit auctoritatem suam, saepe etiam invitus auctor fieri a praetore cogitur*.

²²⁶ V. Gai 3.100.

²²⁷ Come è costretto ad affermare lo stesso F. DE MARTINO, *Le garanzie personali*, I cit., 77, «l'aver in-

quale palese escamotage giurisprudenziale per aggirare, attraverso una diversa formulazione dei *verba*, il divieto divenuto incomprensibile,²²⁸ e che in ragione di ciò, pur continuando a sussistere, finì in pratica per apparire soltanto formale; si comprende allora agevolmente come con un siffatto iter involutivo potesse bene conciliarsi il riconoscimento giurisprudenziale alla *stipulatio* compiuta da chi prometteva di obbligarsi *post mortem suam* sia del valido ricorso ad un garante, sia dell'effetto estintivo del precedente debito per novazione.²²⁹

Alla luce di tutto ciò, ecco che la precisazione gaiana '*quamvis interdum ipse qui promiserit non fuerit obligatus, velut si mulier aut pupillus sine tutoris auctoritate aut quilibet post mortem suam dari promiserit*' acquista tutto il suo significato.

Dopo aver enunciato il principio generale secondo cui lo *sponsor* e il *fidepromissor* accedono validamente alle sole *obligationes* contratte *verbis*, il giurista richiama l'attenzione su due casi contrattuali nei quali, pur non essendosi prodotta l'obbligazione in capo al debitore – e dunque anche in assenza del presupposto di valida assunzione del garante – l'elaborazione del pensiero giurisprudenziale romano aveva conseguito il fine di salvare i rapporti di interessi sottostanti al contratto privo del suo effetto obbligatorio, affermando eccezionalmente la validità del ricorso allo *sponsor* e al *fidepromissor*.²³⁰

Ed è su questa stessa linea che i giuristi procedono ancora, quando con altrettanta abilità non mancheranno di trovare nuove soluzioni con la creazione della *fideiussio*, resa appunto idonea a garantire anche la *naturalis obligatio* (non solo quella *civilis*): attraverso questa forma di garanzia personale, indubbiamente meno formalistica per la sua duttilità e rispondente alla più moderna esigenza di dare rilevanza giuridica all'attività autonoma dei *potestati subiecti*, essi mirarono così a proteggere il contenuto di autonomia privata degli atti negoziali prescindendo dalla loro validità formale, cui si era mostrata ancora fedele la vecchia dottrina in tema di *sponsio* e *fidepromissio*.²³¹

In questo sfondo che vede come protagonista la giurisprudenza e il suo apporto innovativo in materia di garanzie personali si collocano pure, trovando la loro spiegazione, le discussioni circa la valida assunzione o meno di uno *sponsor* e di un *fidepromissor* in favore del servo o dello straniero che '*spoponderit*': di contro a chi appariva ancora fortemente condizionato dal passato preferendo restare legato ai profili formali, il pensiero di quei giuristi proiettati a dare un qualche rilievo a siffatte fattispecie contrattuali, era evidentemente indice della nuova tendenza a superare i rigidi schemi del *ius civile* in presenza di situazioni di fatto degne di protezione (analogia, peraltro, la *ratio* sottostante l'introduzione, ad opera del pretore, delle

ventato la *stipulatio* '*cum moriar*' è certo una prova che la coscienza sociale non più sopportava il domma dell'invalidità della *promissio post mortem dari*».

²²⁸ Gai 3.100: ... Valet autem, si quis ita dari stipuletur: CUM MORIAR DARI SPONDES? Vel ita: CUM MORIERIS DARI SPONDES? *Id est ut in novissimum vitae tempus stipulatoris aut promissoris obligatio conferatur* ...

²²⁹ La diversa opinione di F. DE MARTINO, *L'autonomia classica della sponsio* cit., 7, veniva efficacemente neutralizzata da F. PASTORI, *Osservazioni* cit., 226; ma successivamente l'a. cambierà posizione: v. *supra*, § 3 e nt. 50.

²³⁰ Tant'è che correttamente Gaio, menzionando in 3.119 la *promissio* del pupillo o della donna *sine tutoris auctoritate* nonché la *promissio post mortem dari*, non parla di *stipulatio inutilis*, ma di *promissor* che non si è obbligato *iure civili*, non escludendo così che quella *stipulatio* potesse ugualmente essere produttiva di altri effetti, qual era appunto la garantibilità *ex sponsione* o *ex fidepromissione*.

²³¹ Credo che ciò costituisca risposta sufficiente al dubbio sollevato da M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 331 nt. 67, quando così osserva: «Non è stato ancora chiarito, certamente, né forse ciò è possibile allo stato attuale delle fonti, attraverso quale ragionamento i giuristi romani siano pervenuti ad ammettere che una *obligatio naturalis* possa esser valido presupposto di una *fideiussio*».

cc.dd. *actiones adiecticiae qualitatis*), alle quali si voleva appunto estendere l'apponibilità sia di uno *sponsor* sia di un *fidepromissor* idonei allo scopo pratico.²³²

Sennonché, la questione dovette restare priva di rilievo pratico poiché superata ben presto con e in occasione della creazione della *fideiussio*: rispetto all'*obligatio* comunque contratta dal *servus*, questa infatti aveva ricevuto nel frattempo idoneo riconoscimento giurisprudenziale come *obligatio naturalis* e, in quanto tale, era diventata suscettibile di essere garantita attraverso un *fideiussor*; quanto alla *sponsio peregrini*, il *peregrinus* era un soggetto giuridico che già da tempo aveva conseguito la capacità di *promittere* ancorché mediante l'impiego di *verba* diversi da *spondeo*, potendo egli così dar vita ad una *stipulatio* produttiva di *obligatio* perfettamente valida *iure civili*. Ne è conferma il modo di procedere di Gaio in 3.119a: dopo aver precisato che la *fideiussio* era idonea a garantire anche una *obligatio naturalis*, il giurista da una parte sente l'esigenza di richiamare – quale fattispecie produttiva appunto di siffatto tipo di *obligatio* – il *debitum servi* (tanto quello contratto con un *extraneus* quanto quello assunto nei confronti del proprio *dominus*), dall'altra in rapporto alle '*omnes obligationes*' opportunamente tace circa la posizione del *peregrinus*, potendosi questi obbligare adesso in ogni modo, anche *verbis* attraverso l'atto della *stipulatio*.

Ecco quindi che il '*quaeritur*' di Gai 3.119 lasciato lì senza risposta,²³³ e che proprio per questo ha creato non poche difficoltà interpretative alla romanistica,²³⁴ in realtà, alla luce di questa nuova ricostruzione, si comprende invece appieno, posto che era dovuta venir meno la stessa ragion d'essere del dibattito giurisprudenziale, persistendo invariato il preesistente regime giuridico. E questo, parallelamente, spiega pure perché in tema di novazione restò fermo il veterano principio secondo cui tanto la *promissio* novatoria compiuta dal *servus* quanto la *sponsio* novatoria compiuta dal *peregrinus* non sono idonee a produrre effetto alcuno, né estintivo né costitutivo:²³⁵ il *prior debitor* '*non liberatur*' e la *posterior obligatio* '*nulla est*'.²³⁶

²³² E tra questi giuristi doveva esserci anche Servio Sulpicio Rufo, posto che egli, come ci attesta Gaio, era favorevole ad ammettere l'estinzione del precedente debito quale (limitato) effetto della *promissio* novatoria compiuta dallo schiavo: (3.179) ... *Servius ... Sulpicius ... respondit, si quis id, quod sibi L. Titius deberet, a servo fuerit stipulatus, novationem fieri et rem perire, quia cum servo agi non posset ...*

²³³ Peraltro è un atteggiamento questo non infrequente nel manuale gaiano: cfr., in proposito, R. QUADRATO, *Le Institutiones nell'insegnamento di Gaio* cit., 89 ss.

²³⁴ Per un panorama delle varie interpretazioni suggerite al riguardo v. *supra*, §§ 1-3.

²³⁵ Non si riesce a comprendere la «oggettiva difficoltà» che M. TALAMANCA, v. '*Fideiussione*' cit., 331 nt. 71, ritiene invece di individuare nella circostanza che l'irrelevanza dell'effetto estintivo nella *promissio servi* riguardasse qualsiasi tipo di *stipulatio*, e non soltanto quelle concluse con il verbo *spondeo*.

²³⁶ Gai 3.176: ... *Non idem iuris est, si a servo stipulatus fuero: nam tunc proinde adhuc obligatus tenetur, ac si postea a nullo stipulatus fuisset. 179: ... nec magis his casibus novatio fit, quam si id, quod tu mihi debeas, a peregrino, cum quo sponsus communio non est, SPONDES verbo stipulatus sim.* Sull'espressione gaiana '*ac si ... a nullo stipulatus fuisset*' cfr. le riflessioni di R. QUADRATO, *La persona in Gaio* cit., 19 ss.

ERIC POOL
(Vrije Universiteit Brussel)

Significati diversi di *causa*
in tema di *possessio* e di *usucapio*.
Interpretazioni di qualche testo chiave.
Parte II

ABSTRACT

(i) Before and after Savigny the content of D. 41.2.3.21 has been trivialised by connecting the titles *pro emptore* ecc. not only with *genera possessionum* but also with *causae adquirendi*. This error has prevented scholars from nailing down the legal essence of Paul's partly implicit argument: the number of *causae adquirendi* is not equal to that of the *genera possessionum* (an old opinion) but to the infinite number of *species possidendi*. (ii) The concept of *causae adquirendi* is broader than the comparable ones: *iustae causae traditionis* / *adquirendarum rerum* / *possidendi*.

PAROLE CHIAVE

Cause di acquisto; denominazioni del possesso qualificato; possesso *pro suo*; *actio Publiciana*; D. 6.2.13.

SIGNIFICATI DIVERSI DI *CAUSA*
IN TEMA DI *POSSESSIO* E DI *USUCAPIO*.
INTERPRETAZIONI DI QUALCHE TESTO CHIAVE.
PARTE II

*‘iuris consulti quorum summus
circa verborum proprietatem
labor est’
Quintilianus¹*

SOMMARIO: 11. Introduzione. – 12. D. 41.2.3.21 [– 23] (Paul. 54 *ad. ed.*) I: testo, traduzione, interpretazione sintetica del § 21 inclusa la frase finale (b). – 13. D. 41.2.3.21: qualche esempio di osservazioni discutibili sul brano tratte dalla letteratura romanistica. – 14. Aspetti generali del passo D. 41.2.3.21 e riassunto interpretativo. – 15. Spiegazione del concetto di *causae acquirendi* (*eius quod nostrum non est*). I: concetti comparabili e *actio Publiciana*. – 16. Spiegazione del concetto di *causae acquirendi* (*eius quod nostrum non est*). II: D. 6.2.13 (Gai. 7 *ed. prov.*). – 17. Spiegazione del concetto di *causae acquirendi* (*eius quod nostrum non est*). III: il concetto paolino di *causae acquirendi* in confronto a quello gaiano.

11. INTRODUZIONE.

Nella prima parte di questo saggio² ho dimostrato che una distinzione netta tra i due significati più importanti di *causa* in tema di *possessio* e *usucapio* è necessaria per comprendere il passo paolino D. 41.4.2.1 (Paul. 54 *ad. ed.*) accanto a diverse altre fonti. Capire che il significato giuridico³ di un'espressione come *pro emptore*⁴ non è identico a quello di *emptio*,⁵ ha ripercussioni di ampia portata per l'interpretazione accurata delle fonti in materia. Anzitutto il differenziare tra causa di qualifica (*pro emptore*) e causa di acquisto (*emptio*) ha per la prima volta reso possibile una spiegazione precisa della frase *separata est causa*

¹ *Inst. orat.* 5.14.34.

² Pubblicato in AUPA 59, 2016, 61-84 (d'ora in poi: 'Parte I'). Vorrei avvertire i lettori di tre errori da correggere nella Parte I: (i) p. 76 riga 4 va letto D. 5.3.11, non D. 5.3.13.1; (ii) p. 82 terzultima riga va letto 'e del (non 'il') titolo negativo *pro possessore*'; (iii) p. 83 riga 4/5 va letto D. 41.3.33.1, non D. 41.3.33 pr.

³ Diversamente quindi dal significato meramente filologico-grammaticale.

⁴ Il titolo 'come compratore' indica la denominazione valutativa (= la qualifica) del possesso qualificato di una cosa comprata.

⁵ Il negozio 'compra-vendita' è il requisito primario (non l'unico) dell'acquisto di un possesso 'come compratore'.

possessionis et usucapionis nel nostro primo testo chiave. Con queste parole Paolo ha fatto una sottodistinzione tra due qualifiche del possesso qualificato di una cosa altrui: l'una ne caratterizza il possesso utile all'usucapione (e denomina quindi anche l'usucapione resa possibile da tal possesso), l'altra il possesso qualificato della cosa stessa, non produttivo di effetti acquisitivi ma solo di un effetto processuale specifico.⁶

Poi questa sottodistinzione ha anche gettato nuova luce sull'essenza giuridica del passo D. 41.4.2.1, e cioè sulla presa di posizione da parte di Paolo in una controversia nella dottrina classica. Questa concerneva il quesito, come era da valutare e qualificare il possesso di una cosa altrui acquisita sulla base di una causa di acquisto valida, ma in mala fede: positivamente (ad es. *pro emptore*) o negativamente (*pro possessore*)? Paolo sceglie per la qualifica positiva, come fa anche Ulpiano. L'analisi del ragionamento giuridico sottinteso su cui si basa questa scelta ci ha anche fornito la soluzione di un problema molto controverso nella romanistica: quello del rapporto preciso tra '*causa*' e *bona fides* quali requisiti del possesso *ad usucapionem*. Abbiamo dimostrato che si tratta di due elementi assolutamente indipendenti l'uno dall'altro, sia partendo dal significato di '*causa di acquisto*' sia da quello di '*causa di qualifica*'. Il nucleo del dibattito nel diritto altoclassico verteva sul soppesare diversamente l'elemento soggettivo in confronto a quello oggettivo. Il parere scartato da Paolo e Ulpiano riteneva la *bona o mala fides* del possessore di peso uguale della sua causa di acquisto valida. I giuristi severiani invece seguivano la corrente dottrina, secondo la quale l'elemento oggettivo pesava più di quello soggettivo. Riferito a D. 41.4.2.1 [ed a D. 5.3.13.8 (Ulp. 15 *ad ed.*)] ciò significa che l'*emptio* valida di una *res aliena* è ritenuta di maggiore rilevanza della mala fede del compratore.

Gli effetti positivi della distinzione tra cause di qualifica e cause di acquisto non sono limitati ai punti sopra menzionati. Analizzando D. 41.4.2.1 abbiamo avuto modo di riferirci a due ulteriori distinzioni essenziali. In primo luogo è necessario evitare la confusione tra l'atto (*traditio* o *occupatio*) dell'acquistare⁷ il possesso *uti dominus* ('Eigenbesitz') e la causa di acquisto che giustifica l'ottenimento di tale possesso⁸ e quasi sempre lo precede. Di più si deve distinguere nettamente tra l'acquisto del possesso *ad usucapionem* e l'acquisto della proprietà tramite l'*usucapio*: il possessore *ad usucapionem* non è necessariamente anche un usucapiente della cosa posseduta. Su queste due distinzioni torneremo nell'analisi e nell'interpretazione di D. 41.2.3.21, il primo dei cinque passi chiave che sarà trattato a fondo nella presente parte del saggio. A parte questo brano, si tratta dei passi D. 41.10.1 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 41.2.3.4 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 5.3.13.11 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 5.3.13.1 (*ibidem*). Tutti questi testi hanno certi tratti in comune l'uno con l'altro. (i) Mancano nella letteratura a tutt'oggi un'analisi accurata e un'interpretazione dettagliata. (ii) Di solito essi sono stati ritenuti tutti quanti rimaneggiati da glossatori postclassici o interpolati dai compilatori giustiniane, del tutto a torto. (iii) Nessuno di questi passi è mai messo in relazione col brano D. 41.4.2.1 e particolarmente con le parole *separata est causa possessio-*

⁶ Si tratta dell'esclusione della legittimazione passiva alla *hereditatis petitio* e ad altri rimedi simili del diritto ereditario; cfr. Parte I nt. 2 e 3 sugli effetti giuridici del possesso qualificato.

⁷ Qui, e in quanto segue, viene sempre assunto tacitamente che l'acquisto del possesso avviene *corpore et animo* [D. 41.2.3.1 (Paul. 54 *ad ed.*)]. Nei passi da trattare questi aspetti dell'acquisto del possesso non interessano e non vi faremo più accenno. Si veda in proposito P. LAMBRINI, *L'elemento soggettivo nelle situazioni possessorie del diritto romano classico*, Padova 1998. Non ho avuto l'opportunità di dare un'occhiata al nuovo libro di P. FERRETTI, *Animo possidere. Studi su animus e possessio nel pensiero giurisprudenziale classico*, Torino 2017.

⁸ Parte I, 73.

nis et usucapionis. Ma senza comprendere completamente questa frase iniziale del brano anche essi rimangono necessariamente malintesi.

Questo stato poco felice della ricerca sui passi in questione è da attribuire in primo luogo – e ciò non sorprenderà dopo la mia argomentazione nella prima parte – alla mancata distinzione tra *causa* nel senso di qualifica delle più importanti sottocategorie della *possessio*, e (*iusta*) *causa* nel senso di negozio o (fatto che costituisce il requisito primario dell'acquisto di una tale *possessio*). Perciò lo scopo delle pagine che seguono è dimostrare che senza una tale distinzione non si può rendere giustizia alle fonti in esame né essere fedeli alla realtà dei dati testuali. Ciò significa, in effetti, che partendo da questa dimostrazione proporrò nuove spiegazioni dettagliate dei cinque passi chiave. Chiarirò che dal punto di vista del diritto classico il loro contenuto è senza eccezioni genuino, anche se talvolta si tratti di brani abbreviati.

Oltre a questo risulterà chiara la rilevanza del nostro primo passo chiave D. 41.4.2.1 per meglio comprendere l'essenza giuridica di ognuno degli altri cinque testi. Confrontandomi con gli interpreti precedenti di questi passi diventeranno anche manifeste le imprecisioni, in cui essi sono caduti a causa della mancata consapevolezza della distinzione in questione. Queste risultano sempre di nuovo conseguenze inevitabili del fare coincidere i due significati diversi di *causa*, da un lato, e del prescindere dal nesso contenutistico tra il testo D. 41.4.2.1 e gli altri testi, dall'altro. L'analisi del nostro secondo passo chiave, D. 41.2.3.21, all'interpretazione del quale mi dovrò necessariamente limitare in questa seconda parte, fornirà alcuni esempi di imprecisioni che derivano dalle predette ragioni.

12. D. 41.2.3.21 [– 23] (PAUL. 54 AD. ED.) I: TESTO, TRADUZIONE, INTERPRETAZIONE SINTETICA DEL § 21 INCLUSA LA FRASE FINALE (B).

§ 21 (a) *Genera possessionum tot sunt, quot et causae acquirendi eius quod nostrum non sit, velut pro emptore, pro donato, pro legato, pro dote, pro herede, pro noxae dedito, pro suo, sicut in his quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus.* (b) *Et in summa magis unum genus est possidendi species infinitae.*

[§ 22 *Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide.* § 23 *Quod autem Quintus Mucius inter genera possessionum posuit, si ..., ineptissimum est...*].

(a) I generi del possesso sono tanti, quante le cause di acquisto di ciò che non è nostro, come <i generi del possesso> *pro emptore; pro donato; pro legato; pro dote; pro herede; pro noxae dedito; pro suo*, come per le cose che prendiamo in terra, in mare o ai nemici, o che noi stessi abbiamo prodotto <quali cose nuove>.⁹ (b) E, in definitiva, c'è piuttosto un solo genere del possesso, ma un numero indefinito di specie.¹⁰

[§ 22 Si può anche dividere il genere del possesso in due specie, cioè il possesso in buona o non in buona fede.]

⁹ Con quest'aggiunta chiariamo la frase subordinata finale '*ut in rerum natura essent*', che significa in senso proprio 'in modo che esistessero'.

¹⁰ La traduzione si basa in parte su quella di L. VACCA, *Possesso e tempo* cit. (Parte I, nt. 1), 296. L'interpretazione sintetica è un'elaborazione di quanto scritto recentemente da me sul passo: E.H. POOL, *D. 41.2.3.21 (Paul. 54 ad ed.)* cit., 57 ss.; ID., *D. 41,2,3,21: Titulierte Besitzarten* cit., 529 ss.; ID., '*Die (iusta) causa, die der Besitzer nennen und dartun muss*' cit., 299 ss.; ID., *Zur Bedeutung und Stellung der 'causa'* cit. (Parte I, nt. 4), 37 ss.

[§ 23 Di contro, ciò che Quinto Mucio ha posto tra i generi del possesso ... è del tutto inappropriato.]

Dalla traduzione del § 21 risulta chiaro il punto essenziale, da cui l'interpretazione corretta di questo passo dipende. I titoli elencati ('*pro emptore ... pro suo*') non sono esempi di *causae adquirendi* ma un'esemplificazione dei vari *genera possessionum*. Dal punto di vista di Paolo era impensabile che vi sarebbero stati mai dei lettori di questo passo, che avrebbero equiparato questi titoli alle *causae adquirendi*. I sette titoli vanno collegati esclusivamente alla locuzione *genera possessionum*. Le *causae adquirendi* non vengono esplicitate – tranne qualche causa di acquisto sottostante a tre specie del possesso *pro suo* – ma rimangono sottintese, perché sono ovvie. Nella maggioranza dei casi sono deducibili dal nesso causale e semantico che esiste tra i *genera possessionum pro emptore, pro donato* ecc. e negozi come l'*emptio*, la *donatio* ecc. Ciò seguiva già dalla spiegazione dettagliata del nostro primo passo chiave D. 41.4.2.1: la (causa di) qualifica *pro emptore* presuppone necessariamente una *emptio* valida, ma non coincide con essa. Una conclusione simile vale per tutti gli altri titoli comparabili. Dal punto di vista di un giurista romano è impensabile, che vi possa essere un genere del possesso di qualifica positiva senza una specifica causa di acquisto sottostante.¹¹

La questione che è alla base del contenuto dei §§ 21-23 del frammento D. 41.2.3 è come sia da suddividere la *possessio*. Nella frase iniziale del § 21 viene presentata come posizione di partenza una divisione secondo i generi tipizzati del possesso qualificato, che sono caratterizzati da titoli come *pro emptore ... pro suo*. Nel testo ne vengono elencati sette, chiaramente i generi della *possessio* che sono ritenuti i più importanti.¹² Dalla prospettiva casistica dei giuristi romani è logico che essi hanno ripartito la *possessio* anzitutto secondo il criterio dei più importanti generi della stessa, caratterizzati dalle qualifiche, che li denominano (*pro emptore* ecc.). Che questa suddivisione primaria venga data per scontato e perciò, diversamente da quella nel § 22,¹³ non sia esplicitamente espressa, risulta dal modo in cui la frase di apertura del § 21 è stata formulata.

Essa contiene solo la tesi che il numero dei *genera possessionum* è uguale a quello delle *causae adquirendi* di ciò che non è nostro. A prima vista pare una posizione difendibile, perché l'affermazione *tot ... quot* sembra corretta per la maggior parte¹⁴ dei nove generi noti

¹¹ Nel diritto tardoclassico di Paolo una tale causa di acquisto di solito deve essere valida (ma cfr. sotto, nt. 15). Secondo un'opinione minoritaria tra i giuristi altoclassici anche qualche causa di acquisto putativa, cioè solo creduta esistente dal possessore, fu ritenuta sufficiente a fondare un possesso *ad usucapionem* in circostanze specifiche. V. da ultimo C.A. CANNATA, *Per un'impostazione istituzionale della nozione di pro suo possidere*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, I, Tricase 2016, 489 ss.: «la regola fosse nel senso che la causa dovesse essere reale» (v. ID., *op. cit.*, 500 s. e le fonti riferite alla nt. 23).

¹² Come risulta dal particolare *velut* non si tratta di un'enumerazione esaustiva. Paolo ne conosceva ancora due altri: il possesso *pro derelicto* (D. 41.7.2 [Paul. 54 *ad ed.*]; 41.7.4 [Paul. 15 *ad Sab.*]) e quello *pro soluto* (D. 41.3.48 [Paul. 2 *man.*]).

¹³ *Vel etiam potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur aut bona fide aut non bona fide*.

¹⁴ Rispetto alla *possessio pro donato, pro dote, pro legato, pro noxae dedito, pro derelicto, pro soluto* vi sembra essere una correlazione di uno ad uno tra il genere del possesso e la rispettiva causa di acquisto sottostante. Però, in almeno due tra questi sei casi anche giuristi tardoclassici hanno riconosciuto generalmente accanto alla causa di acquisto realmente esistente e valida anche una tale creduta erroneamente esistente: nel caso della *causa noxae deditio* [D. 6.2.5 (Ulp. 16 *ad ed.*)], della *causa debiti* su cui si fonda prima un possesso *pro suo* [Ner.-Pomp. D. 41.10.3 (Pomp. 22 *ad Sab.*)] e dopo quello *pro soluto* [D. 41.3.48 (Paul. 2 *man.*); D. 41.4.2 pr. (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41.3.46 (Herm. 5 *iuris ep.*)], forse anche nel caso del *legatum per damnationem* [Gai. 2.283; D. 41.10.4.2 (Pomp. 32 *ad Sab.*)]. Solo equiparando in

del possesso intitolato. Ma Paolo non sarebbe stato Paolo, se non avesse visto il punto debole di una tale tesi troppo generalizzata.

Alla base di alcuni *genera possessionum* – particolarmente di quello *pro suo*, in misura minore anche di quelli *pro emptore* e *pro herede* – non vi è una sola *causa adquirendi* ma ve ne possono stare molte diverse. Perciò il giurista confuta la tesi del numero uguale tra gli uni e le altre in modo implicito: fornisce un'esemplificazione molto ristretta (*sicut*) del genere del possesso *pro suo*, *sicut ... fecimus*. Dalla sola enumerazione delle cose che (*in his quae*) prendiamo in terra o in mare (gli animali e i pesci che valgono quali *res nullius*), o prediamo (le *res hostiles*), o che noi stessi abbiamo create (delle cose nuove, che prima non esistevano), risulta che la tesi iniziale non è esatta.

Per quanto riguarda, quindi, il possesso *pro suo* appare chiaro, che non vi è una correlazione di uno ad uno tra questo genere del possesso e una singola causa di acquisto. Vi sono, piuttosto, diverse *causae adquirendi* (spesso atipiche), su cui si possa fondare un tale possesso.¹⁵ In forza di questo chiarimento sul possesso *pro suo* l'affermazione nella prima frase (*'genera possessionum tot ... quot causae adquirendi'*) viene corretta nella frase conclusiva del § 21: *'Et in summa magis unum genus possidendi, species infinitae'*. Vi è, piuttosto, un numero indefinito di fattispecie del possesso qualificato, una quantità molto maggiore dei (nove) noti generi tipizzati dello stesso. Il motivo sottinteso è che vi sono molte più di nove *causae adquirendi* giustificatrici dell'acquisto del possesso *uti dominus*.¹⁶

La frase finale, quindi, di D. 41.2.3.21 contiene l'essenza giuridica del passo: la presa di posizione da parte di Paolo nel dibattito secolare sulla suddivisione della *possessio*. Accanto ai (nove) generi tipizzati del possesso qualificato, distinti secondo il criterio delle loro rispettive qualifiche – e quindi nella maggioranza dei casi anche secondo quello delle specifiche cause di acquisto sottostanti –, esiste un numero indefinito di specie di tale possesso, le quali sono differenziabili solo secondo il criterio delle loro specifiche cause di acquisto sottostanti. Non vi sono, quindi, tante cause di acquisto quanti *genera possessionum*, ma tante, quante *species possidendi*. Insomma, dal punto di vista dogmatico e quantitativo le cause di acquisto sono criteri più importanti dei nove titoli del possesso qualificato per suddividere la *possessio*, perché le innumerevoli *species possidendi* sono di maggiore rilevanza ai fini di una tale divisione.

Questo parere di Paolo, tipico per l'approccio casistico di un giurista Romano, è in perfetto accordo con le risultanze della ricerca romanistica moderna sull'ampia casistica giurisprudenziale nelle fonti. Già dalla lista (non completa) di Voci¹⁷ delle cosiddette **iustae causae usucapionis* segue che vi sono molte più cause di acquisto e quindi specie del possesso qualificato dei nove generi tipizzati dello stesso. Per provarlo basta leggere la sola casistica sull'*actio Publiciana* esposta sotto il titolo del Digesto 6.2, ove vengono enumerate le varie *iustae causae traditionis* [D. 6.2.3 (Ulp. 16 *ad ed.*)] e *adquirendarum rerum* [D. 6.2.13

questi tre casi la causa di acquisto valida e quella soltanto putativa – ma ho dubbi su un tale trattarle su un piano di parità – il *tot ... quot* sarebbe vero nel senso stretto, che con ogni genere del possesso titolato colima una sola causa di acquisto.

¹⁵ Affronteremo il problema del carattere specifico di tali cause di acquisto esplicitando il concetto di *causae adquirendi*. Che ve ne siano ancora parecchie di tipo diverso, su cui si fonda un possesso *pro suo*, vedremo dopo. Di più risulterà più oltre che anche riguardo agli altri generi del possesso sopra citati (*pro herede*; *pro emptore*) non è vero, che ne possa essere alla base una sola causa di acquisto. S. v. E.H. POOL, D. 41.2.3.21 (Paul. 54 *ad ed.*) cit. (Parte I nt. 4), 60 nt. 7 sul possesso *pro emptore* con ulteriori riferimenti.

¹⁶ Su questa definizione del concetto di *causae adquirendi* si veda Parte I, 64; vi torneremo più oltre spiegando questa locuzione più dettagliatamente.

¹⁷ P. VOCI, *Modi* cit. (Parte I, nt. 7), 179.

pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*)], in virtù delle quali viene concessa quest'azione.

Perciò è ironico che tanti interpreti a partire da Beseler fino a molto di recente Cannata – ma «(dubitativamente)»¹⁸ – hanno ritenuto proprio l'ultima frase del passo paolino un glossema postclassico o un'interpolazione additiva.¹⁹ Il vero è che il contenuto del passo intero è di certo classico, ma comprenderlo nella sua forma abbreviata è impossibile, se non si distinguono nettamente i titoli *pro emptore ... pro suo* dalle *causae adquirendi*. Per questa ragione anche i commenti degli autori che non hanno cancellato come glossema la frase finale sono rimasti necessariamente superficiali. Ciò risulta particolarmente chiaro presso gli studiosi, come Talamanca e Nörr,²⁰ i quali, nell'ambito ampio delle loro ricerche sulle suddivisioni secondo *genera* e *species* da parte dei giuristi romani, hanno anche prestato attenzione al passo paolino.

I due autori, e particolarmente Talamanca, hanno addotto un materiale di confronto impressionante; ma, facendo coincidere nel testo D. 41.2.3.21 le qualifiche *pro emptore ... pro suo* con le *causae adquirendi*, anche a loro è sfuggito il nucleo giuridico dell'argomentazione, parzialmente sottintesa, nel brano di Paolo. Infatti, la distinzione tra cause di qualifica e cause di acquisto è di importanza fondamentale per capire la differenza tra la suddivisione della *possessio* secondo *genera* e quella secondo *species*. Ciò vale particolarmente rispetto all'esemplificazione di qualche causa di acquisto sottostante alle rispettive *species* del possesso *pro suo*. Questa parte del testo costituisce l'anello argomentativo tra la tesi (inesatta) iniziale e la correzione della stessa da parte di Paolo nella frase finale. La constatazione che vi sono un numero indefinito di specie e quindi di cause di acquisto sottostanti, fornisce al giurista l'argomento determinante per smantellare la tesi della parità quantitativa tra cause di acquisto e generi del possesso qualificato.

A complemento, quindi, della suddivisione della *possessio* secondo il numero ristretto dei *genera* tipizzati, Paolo, partendo da un solo genere della stessa, propone una ripartizione secondo le *species infinitae*. Ciò facendo, il giurista sposta l'attenzione implicitamente dai pochi titoli *pro emptore* ecc. al numero indeterminato delle cause di acquisto su cui si fondano queste *species*. Secondo Paolo e la romanistica attuale, l'abbiamo già detto sopra, vi sono tante *causae adquirendi* quante *species possidendi*, non tante quanti generi del possesso intitolato. Di tutto ciò non si trova praticamente nulla nelle brevi osservazioni degli studiosi sul passo.²¹ Prima di confrontarmi con altri autori che hanno prestato qualche attenzione al passo D. 41.2.3.21, devo affrontare ancora brevemente l'aspetto formale del testo.

Anzitutto va constatato che il contenuto del passo è di certo genuino. Ma sopra ho già accennato lo stato molto probabilmente abbreviato, in cui il passo paolino ci è tramandato. Partendo da un testo sfrondata si può spiegare prima di tutto il modo categorico in cui la tesi iniziale viene presentata, come se fosse sostenuta senz'altro da Paolo stesso (*genera possessionum tot sunt quot ...*). Ma ciò è poco probabile, vista la sua presa di posizione nella

¹⁸ C.A. CANNATA, *Per un'impostazione istituzionale della nozione di pro suo possidere* cit., 513 nt. 40.

¹⁹ Mi limito a rimandare a M. TALAMANCA, *Legittimazione* cit. (Parte I, nt. 9), 71. Nell'opera del 1956 l'autore segue Beseler ma dopo sembra abbia cambiato opinione rispetto alla genuinità dell'ultima frase. Vedi M. TALAMANCA, *Lo schema genus-species nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *La filosofia greca e il diritto romano*, II, Roma 1977, 192, 273 ntt. 736 e 737.

²⁰ D. NÖRR, *Divisio und partitio*, Berlin 1972, 50 nt. 208; M. TALAMANCA, *Lo schema* cit. 192, 273 ntt. 736 e 737.

²¹ Mi limito a riferire l'osservazione puramente teorica di D. NÖRR, *Divisio und partitio* cit., 50 nt. 208 che nel § 21 si tratterebbe di una cosiddetta *partitio* nella veste ingannevole di una *divisio*. Un tale commento contribuisce poco a capire meglio il contenuto giuridico del testo.

frase finale avendo dato l'esemplificazione ristretta del possesso *pro suo*. Se avessimo a nostra disposizione il testo originario scritto da Paolo, ne risulterebbe con tutta probabilità, che si trattasse di una tesi vecchia (un tempo ancora corretta) proposta nella discussione tra i giuristi, ma non condivisa da lui stesso. In tal modo la contraddizione tra l'affermazione iniziale (tante generi del possesso) e quella conclusiva (un solo genere del possesso) è facilmente spiegabile.

A sostegno dell'assunto, che la tesi iniziale fosse lanciata da altri nel dibattito giurisprudenziale, si potrebbe anche addurre la polemica con Mucio Scevola nel § 23 e l'aspro rifiuto da parte di Paolo (*'ineptissimum est'*) dell'idea di far rientrare anche certe situazioni possessorie di detenzione²² nei *genera possessionum*. Infine, l'ipotesi di un testo sfrondata può anche spiegare qualche altro aspetto meno elegante dello stile del § 21, come il passaggio brusco alla frase finale con le parole *et in summa* senza ulteriori chiarimenti dopo l'esemplificazione del possesso *pro suo*.

Prima di continuare ad interpretare più dettagliatamente il passo D. 41.2.3.21, riferiremo qualche commento sullo stesso da parte di studiosi che, come Nörr e Talamanca, hanno ritenuto i titoli *pro emptore ... pro suo* un'esemplificazione delle *causae adquirendi* e quindi identici a quelle, anziché collegarli esclusivamente con *genera possessionum*.

13.D. 41.2.3.21: QUALCHE ESEMPIO DI OSSERVAZIONI DISCUTIBILI SUL BRANO TRATTE DALLA LETTERATURA ROMANISTICA.

Non sarebbe giusto nei confronti di Nörr e Talamanca fare delle critiche sul fatto, che ad essi è sfuggito il nucleo giuridico del passo equiparando i titoli *pro emptore ... pro suo* alle *causae adquirendi*. Una tale parificazione è stata pacifica da sempre in dottrina e da nessun altro autore il contenuto del testo è stato esplicito accuratamente, come sarà dimostrato sulle pagine che seguono. Sollevando, quindi, critiche sulle osservazioni di qualche altro autore sul passo, non mi dimentico di essere stato io stesso lungamente dello stesso parere erroneo della dottrina dominante: che un titolo come *pro emptore* fosse meramente una variante terminologica dell'*emptio*. Mi ci è voluto un bel po' di tempo per scoprire che un tale parere si basa su un errore analitico di fondo e ha ripercussioni negative di ampia portata rispetto alle nostre concezioni della *possessio* e l'*usucapio* del diritto classico. Che il far coincidere le qualifiche *pro emptore ... pro suo* con le *causae adquirendi* fosse ritenuto naturale in dottrina fin dal principio, risulta dal primo commento su D. 41.2.3.21 che tratterò, quello di Savigny.²³

Il celebre studioso ha notato, che a diversi interpreti il testo è sembrato assai triviale, ma non ha spiegato ulteriormente questa qualifica da parte degli autori. Però, una tale spiegazione non è difficile: collegando i titoli *pro emptore* ecc. non esclusivamente con *genera possessionum*, bensì equiparandoli anche alle *causae adquirendi*, gli autori in questione, come da ultimo anche Cannata,²⁴ hanno veramente banalizzato l'affermazione *genera ... tot*

²² 'Si quando iussu magistratus rei servandae causa possidemus... ecc.'; per tutti i giuristi classici la distinzione tra *possessio* in senso tecnico e detenzione è fondamentale. S.v. per tutti B. ALBANESE, *Situazioni cit.* (Parte I, nt. 8), 63 ss. e sul § 23, in particolare, ntt. 206 e 248 accanto a 234, 244.

²³ F.C. VON SAVIGNY, *Das Recht des Besitzes, Eine civilistische Abhandlung*, 7. vermehrte Auflage (A.F. RUDORFF), Wien 1865, 95. Lascero da parte la dottrina precedente dalla Glossa in poi, perché non cambia l'immagine; non fornisce un quadro più accurato, come mi è risultato facendo un campionamento. Sarò riconoscente di eventuali osservazioni contrarie.

²⁴ Secondo l'autore (C.A. CANNATA, *Impostazione cit.*, 514) l'ampia esemplificazione «vale per i *genera* e per le *causae*».

... *quot*. Infatti, vi attribuiscono il significato che il numero dei generi del possesso caratterizzato dalle qualifiche *pro emptore* ... *pro suo* è uguale al numero di queste qualifiche. Una tale conclusione triviale è in effetti inevitabile, se non si distingue nettamente titoli come *pro emptore* dalle *causae adquirendi* sottostanti. Attribuire una tale banalità ai giuristi romani è da considerare un affronto fatto alla loro intelligenza e dottrina.

Per contro, distinguendo nettamente tra i titoli *pro emptore* ... *pro suo*, intesi come qualifiche dei più importanti generi del possesso, e le *causae adquirendi* quali i negozi e (f)atti giuridici che sono i requisiti primari richiesti al momento dell'acquisto del possesso, l'affermazione iniziale *tot ... quot* è tutt'altro che triviale. Per quanto l'opinione l'antica sulla parità quantitativa tra i generi del possesso qualificato e le cause di acquisto sottostanti sia falsa, come Paolo ha ben visto, essa implica un'osservazione fondamentale: che vi è un rapporto indissociabile tra gli uni e le altre, quello di effetto e condizione necessaria. Non vi può essere un possesso *pro emptore* senza un'*emptio*. E un rapporto simile vale per gli altri generi del possesso intitolati, tutti messi sullo stesso piano da Paolo. Nelle fonti non esiste un possesso *pro herede* o *pro suo* senza una causa di acquisto riconosciuta, fosse anche talvolta nel caso del possesso *pro suo*, eccezionalmente, una tale causa solo creduta erroneamente esistente.

Ma vi è di più: facendo coincidere i titoli *pro emptore* ... *pro suo* con le *causae adquirendi*, i romanisti prima e dopo Savigny sono caduti nell'errore analitico – sia dal punto di vista logico sia da quello dogmatico – di confondere le varie denominazioni del possesso qualificato ed i requisiti primari perché un tale possesso nasca. Nella mia ultima trattazione del passo paolino²⁵ ho chiarito il carattere di questo errore con un paragone mutuato dal fenomeno atmosferico della pioggia e dai vari nomi italiani per denominare ogni specifico tipo di pioggia. Fare coincidere la denominazione valutativa *pro emptore* con il negozio giuridico *emptio*, equivale a dire, che il termine italiano 'piovasco' e la nuvola che porti la pioggia così indicata, sono la stessa cosa.

Che anche dopo Savigny, il quale del resto non ha per nulla contribuito a correggere l'errore interpretativo nel passo D. 41.2.3.21, non sia cambiato alcunché nella spiegazione dello stesso nella letteratura romanistica, risulta dai lemmi *pro emptore* ecc. sul *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*.²⁶ Si viene rimandati sei volte al passo paolino con espressioni del tipo '*acquirere pro emptore*', come se si trattasse di locuzioni veramente esistenti nelle fonti romane. In verità si tratta di una terminologia di fantasia, che non si trova in nessuna fonte bensì è il prodotto dello sbaglio continuato del ritenere i titoli *pro emptore* ... *pro suo* esempi delle *causae adquirendi*.

Come è facilmente controllabile, nel linguaggio giuridico dei romani questi titoli ricorrono solo nelle locuzioni fisse con *possidere* e *usucapere*.²⁷ Il loro carattere di qualifiche

²⁵ E.H. POOL, *D. 41.2.3.21 (Paul. 54 ad ed.)* cit. (Parte I, nt. 4), 64 s..

²⁶ B. KÜBLER (a cura di), *Vocabularium iurisprudentiae romanae*, Berlin-New York, 1924-1936; 1985, IV.1, col. 1154 r. 34 (*pro donato*), r. 46 (*pro dote*); col. 1155 r. 16 (*pro emptore*); col. 1158 r. 7 (*pro herede*); col. 1159 r. 40 (*pro legato*); col. 1170, r. 3 (*pro suo*), sempre uniti ad *acquirere*. Il settimo titolo in D. 41.2.3.21, *pro noxae dedito* è stato oscurato. Abbiamo già scartato l'idea erronea di Hausmaniger, che ogni qualifica del possesso si attaccherebbe all'acquisto dello stesso (v. Parte I, nt. 11). Questo parere è falso rispetto alle più importanti, come quelle menzionate sopra, che vengono unite esclusivamente a *possidere* nel senso di possesso qualificato. Cfr. anche nt. 28.

²⁷ Si deve essere consci, che l'uso di titoli come *pro emptore* in unione con *usucapere* è un impiego secondario di queste locuzioni. Ciò che conta, è che si acquista un possesso *pro emptore* utile all'usucapione; senza un tale possesso non si usucapisce *pro emptore*. Ma un tale possesso *ad usucapionem* può esistere,

tipiche del possesso già acquisito (cioè di nomi valutativi di situazioni possessorie specifiche) esclude assolutamente che vengono uniti a verbi che indicano l'acquisto del possesso, come *tradere*, *occupare*, *acquirere possessionem*. L'interpretazione scorretta della frase iniziale di D. 41.2.3.21 non ha quindi solo impedito di coglierne accuratamente il significato dogmatico e storico. Un altro effetto negativo della stessa è stato che nella romanistica viene data un'immagine fuorviante del linguaggio giuridico in materia e, quindi, della dottrina dei giuristi romani in tema di *possessio* e *usucapio*. Non mi sembra utile né necessario dare esempi di romanisti che usano locuzioni come **acquisto pro emptore*, **iusta causa pro donato* o **tradere pro emptore* nelle loro pubblicazioni. Basta avere richiamato l'attenzione su questa terminologia fittizia, che è di ostacolo a cogliere correttamente la dottrina romana della *possessio* e l'*usucapio* ed a interpretarne accuratamente la casistica.

Avendo indicato sopra qualche effetto negativo in genere della mancata distinzione tra i titoli *pro emptore* ... *pro suo* e le *causae acquirendi*, richiamerò alcuni esempi specifici di osservazioni discutibili da parte di tre autori significativi (Kaser, Albanese, Vacca), che sono caduti in quest'errore generale della romanistica. Nel suo manuale Kaser, caratterizzando la *'iusta causa possessionis'* come «der Erwerbstitel, der nach *ius civile* einen Eigentumserwerb durch *usucapio* rechtfertigt, wie *pro emptore*, *pro donato*, ... *pro herede*», parla di una «Einteilung der *genera possessionum* nach ihren *causae*: Q. Muc.-Paul. D. 41,2,3, 21/23».²⁸ Lasciando da parte il fatto che l'autore non distingue tra le opinioni di Paolo e quella specifica di Mucio Scevola rispetto ai *genera possessionum*, l'ambiguità dogmatica del termine *'causae'* è degno di critica.

Non distinguendone i due significati più rilevanti, l'opinione dell'autore è inesatta, qualora egli con *'causae'* intenda anche le *causae acquirendi*. Infatti, come abbiamo già visto, i generi del possesso vengono suddivisi in primo luogo secondo il criterio delle varie qualifiche *pro emptore* ecc., non secondo le cause di acquisto sottostanti. Queste ultime sono di rilievo primario ai fini della suddivisione del possesso secondo le *species infinitae* dello stesso.²⁹ L'uso ambiguo di *'causae'* si ripercuote anche su quanto detto da Kaser più oltre: «Der Kreis der *causae* ist nicht geschlossen».³⁰

anche se l'*usucapio pro emptore* della cosa posseduta è impossibile. S. v. D. 41.3.33 pr. (Iul. 44 dig.), su cui v. Parte I, 68 s.; cfr. anche Pomp.-Paul. D. 41.1.48.1 (Paul. 7 *ad Plaut.*). In tali casi gli effetti acquisitivi sono ristretti ai frutti e i nati di una schiava.

²⁸ M. KASER, *Römisches Privatrecht* (d'ora in poi: *RP*), I², München 1971, 386 e nt. 7. Tra gli otto titoli menzionati manca quello *pro suo* del passo D. 41.2.3.21, citato solo dopo, v. ID., *op. cit.*, 422 e nt. 33. Però, abbiamo constatato che il possesso *pro suo* è il fulcro dell'argomentazione nel passo ed è decisivo per la presa di posizione da parte di Paolo. È evidente che secondo Kaser titoli come *pro emptore* sono identici ad un «Erwerbstitel», una causa (titolo) di acquisto. La mancata distinzione tra i due significati di *causa* e la confusione che ne risulta, è da constatare di nuovo a p. 421 s.; vi torneremo più oltre, criticando il modo in cui Kaser ha definito il concetto di «Erwerbstitel».

²⁹ Si deve avere in mente che talvolta non vi è una differenza tra generi e specie del possesso qualificato. Ciò avviene, quando un genere del possesso comprende una sola *species*, perché non si può basare che su una sola specifica causa di acquisto. Chiare fattispecie ne sono i generi del possesso *pro donato*, *pro dote*, *pro noxae dedito*, *pro legato*. Cfr. anche sopra, nt. 15.

³⁰ M. KASER, *RP cit.*, 421 nt. 19. Nel suo saggio noto (*Iusta causa traditionis*, in BIDR 64, 1961, 82) Kaser parla di *causae usucapionis* e del «noch weiteren Kreis der *causae possessionis*». Anche qui si tratta di un uso di locuzioni latine equivocate, che non vengono esplicitate e non sono quindi degli strumenti interpretativi di chiarificazione ma di confusione. La stessa critica solleverò tra poco alla trattazione laconica del passo D. 41.2.3.21 da parte di Letizia Vacca. Nel suo libro (*Possesso e tempo cit.*) appaiono sempre di nuovo quelle stesse locuzioni ambigue, usate da Kaser.

Questa volta l'osservazione è inesatta, qualora il termine '*causae*' si riferisca anche ai titoli *pro emptore* ecc., perché nella realtà delle fonti il loro numero nel periodo tardo-classico è ristretto a nove. C'è la cerchia delle *causae adquirendi* che è indeterminata e quindi «non chiusa», come ormai sappiamo. Per questa ragione Paolo ha corretto la tesi iniziale, secondo la quale vi sarebbero tanti generi del possesso intitolato quante cause di acquisto. Ed è proprio perché la cerchia dei titoli *pro emptore* ecc. è chiusa, che alla base di taluni dei generi del possesso possono stare più di una sola causa di acquisto. Ciò vale particolarmente per il possesso *pro suo*, perché esso è di nome generale e viene usato dai giuristi, quando il possesso è stato acquisito in virtù di una causa di acquisto atipica.

Rispetto al passo paolino Albanese ha osservato: «ma rileva che le cause utili per l'usucapione sono esattamente quelle stesse utili per l'acquisto del possesso: D. 41,2,3,21».³¹ Assumendo che con le prime 'cause' vengono intesi i titoli *pro emptore* ecc. e con le altre le *causae adquirendi*, possiamo constatare che lo studioso fa coincidere nel modo più esplicito gli uni e le altre. Accanto a tutte le obiezioni in genere sopra già sollevate su una tale identificazione, ne vengono altre specifiche. (i) Già dal solo punto di vista semantico e logico è inaccettabile dedurre dal *tot ... quot* un 'essere esattamente gli stessi'. Da un rapporto di quantità uguale tra A e B non è deducibile in nessun modo un rapporto di identità tra A e B. Di solito gli uomini hanno tante unghie quante dita ma da ciò non segue, che dita e unghie sono le stesse cose. Che vi sia un rapporto indissociabile tra unghie e dita (di mani e piedi), fa parte delle nostre conoscenze comuni del mondo. Qualcosa simile l'abbiamo constatata rispetto al nesso stretto tra *genera possessionum* e *causae adquirendi*, il quale fa parte della nostra conoscenza del diritto romano.

Nel passo paolino si tratta solo della *possessio* e della suddivisione della stessa secondo *genera* e *species*. Spiegando il possesso *pro suo* il giurista in questo testo ne menziona soltanto gli esempi che si accompagnano all'acquisto immediato della proprietà originaria. Perciò Albanese è costretto a contraddirsi affermando riguardo a questi esempi: «ovviamente l'usucapione è fuori questione».³² Ma anche da un'altra visuale è inesatto parlare solo dell'usucapione nel contesto di questo brano. Sappiamo dal passo D. 41.4.2.1 che anche un compratore di mala fede possiede una cosa altrui *pro emptore*. Lasciando guidarci dall'affermazione generale '*separata est causa possessionis et usucapionis*' possiamo assumere un simile possesso intitolato anche quando si tratta di certi altri acquirenti in mala fede ma in virtù di una valida causa di acquisto. La lista dei generi del possesso intitolato in D. 41.2.3.21 di certo, quindi, non comprende solo situazioni possessorie utili all'usucapione.

(iii) Un ultimo punto di critica concerne il fatto che Albanese trascura completamente il nucleo giuridico del passo: la suddivisione della *possessio* secondo i criteri diversi dei *genera* e delle *species* e la funzione essenziale dell'esemplificazione del possesso *pro suo* ai fini della presa di posizione da parte di Paolo. Questi esempi costituiscono il cardine intorno a cui ruota il suo ragionamento, e gli forniscono l'argomento determinante per smantellare l'affermazione che vi sia un numero uguale di cause di acquisto e generi del possesso.

Curioso e discutibile è anche il modo in cui Vacca introduce il passo Paolino nell'intitolazione di un nuovo paragrafo: «'*Causae possessionis*' e '*causae usucapionis*': Paul. D. 41.2.3.21».³³ Le locuzioni citate non appaiono nel passo paolino – D. 41.4.2.1, in cui si

³¹ B. ALBANESE, *Situazioni cit.*, 99 nt. 362. S. v. anche le critiche mosse al suo commento su D. 41.4.2.1 in Parte I, nt. 8.

³² B. ALBANESE, *Situazioni cit.*, 108 e nt. 402.

³³ L. VACCA, *Possesso e tempo cit.* 78 ss. L'autrice riproduce il testo del passo in questione a p. 82 ma l'analizza appena.

trova *separata est causa possessionis et usucapionis*, non viene trattato nel suo libro – ed è poco chiaro perché sia necessario impiegarle. In cosa esattamente contribuiscono alla spiegazione del passo? Noi romanisti abbiamo il compito di risolvere le ambiguità della terminologia romana esplicitandola, non di farle aumentare usando locuzioni equivoche come (pseudo)strumenti di esplicazione (cfr. nt. 30). Vacca riproduce il testo stesso del passo solo qualche pagina dopo e dal suo brevissimo commento sullo stesso risulta, che l'autrice, sulla scia di Talamanca, usa l'espressione *causa possessionis* come sinonimo di *causa adquirendi*. Un sinonimo del tutto superfluo, che oltretutto non può che destare confusione.

Nella prima parte di questo saggio ho già fatto notare che la locuzione *causa possessionis* che proviene dai *veteres*³⁴ è tra le più ambigue del linguaggio giuridico e viene usata da Talamanca sempre di nuovo in modo equivoco.³⁵ Ho anche mostrato che questa equivocità è stata di ostacolo agli studiosi nell'analizzare e spiegare accuratamente il contenuto giuridico del passo D. 41.4.2.1. Incontriamo ora di nuovo presso Vacca – ma lo stesso vale per la letteratura romanistica in genere – la radice del problema dogmatico e terminologico. Non distinguendo nettamente tra cause di qualifiche come *pro emptore* (una denominazione valutativa) e cause di acquisto come l'*emptio* (una *iusta causa traditionis*), manca ai romanisti uno strumento descrittivo preciso e non latino per analizzare e interpretare le fonti rilevanti in materia.

Per questa ragione anche Vacca si trova in imbarazzo per rendere in parole proprie i concetti romani relativi alla '*iusta causa*' in tema di *possessio* e *usucapio*. Già nella prima pagina di questo saggio³⁶ ho menzionato due citazioni dell'autrice, dalle quali risulta che essa era del tutto consapevole del problema. L'uso da parte della dottrina romanistica di espressioni latine ambigue è da ritenere una soluzione di ripiego. Per quanto riguarda il passo D.41.2.3.21, va constatato che neanche la studiosa romana ne fornisce un'interpretazione in senso proprio, sia pur sintetica. All'autrice interessa in primo luogo il possesso *pro suo*. Le mie obiezioni sulla sua spiegazione dello stesso solleverò trattando questo genere del possesso più dettagliatamente. Relativamente al passo paolino del resto si possono muovere a Vacca le stesse obiezioni, che sotto i punti (ii) e (iii) riguardano Albanese.

Questa breve rassegna selettiva di osservazioni discutibili sul passo D. 41.2.3.21 a partire dal periodo precedente a Savigny fino a da ultimo Cannata, dimostra in modo decisivo il punto cardinale: il far coincidere le qualifiche *pro emptore ... pro suo* con le *causae adquirendi* ha impedito agli interpreti di cogliere veramente l'essenza giuridica del passo. Ritengo le obiezioni fatte sopra su quest'errore interpretativo insormontabili, sì da considerare la mia interpretazione sintetica del passo fino a prova contraria corretta (nr. 12). Essa conferma la conclusione già tratta dalla spiegazione del brano D. 41.4.2.1 nella nostra prima parte: la distinzione tra causa di qualifica e causa di acquisto è necessaria ai fini di un'interpretazione accurata delle fonti in materia. D'ora in poi darò quindi per scontato, che titoli come, *pro emptore*, non sono identici alle cause di acquisto sottostanti, come il negozio *emptio*.

Più oltre vedremo ulteriori effetti negativi dell'errore interpretativo contestato sopra. Tra tali effetti, è da menzionare prima di tutto l'assenza di un'analisi precisa del concetto di *causae adquirendi* e di quello del possesso qualificato, un concetto sottinteso, che si e-

³⁴ Come è noto, la locuzione in questione ricorre soprattutto nel precetto '*nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest*' dei giuristi repubblicani: cfr. ad es. D. 41.2.19 (Marc. 17 dig.) e D. 41.2.3.19 (Paul. 54 ad ed.), ove ricorrono i termini '*apud veteres*', '*a veteribus praeceptum est*'.

³⁵ S. v. Parte I, 70 s., 78 e nt. 40.

³⁶ Parte I, 63.

spiega per lo più nei vari generi del possesso caratterizzato dalle locuzioni *pro emptore ... pro suo*. Questa mancata analisi ha poi avuto come ulteriore conseguenza la confusione in dottrina sul carattere preciso di tali titoli caratterizzanti dei *genera possessionum* in confronto a quello delle *causae acquirendi*. Già nella prima parte di questo saggio ho dato una descrizione del concetto di causa di acquisto e di quello della causa di qualifica.³⁷ Nelle pagine seguenti forniremo un'analisi sostenuta dai dati testuali delle fonti.

Un ultimo punto da menzionare è che le lacune interpretative di cui sopra hanno anche influito negativamente sull'analisi e sulla descrizione in dottrina dell'*usucapio* del periodo classico. Lo stesso vale anche rispetto al determinare il significato preciso del *possidere* (*usucapere*) *pro suo*, nonostante una massa di osservazioni preziose nella letteratura romanistica.

Insomma, il far coincidere i titoli *pro emptore* ecc. con le *causae acquirendi* nel passo D. 41.2.3.21 ha avuto sempre e in modo diverso una ricaduta negativa sull'analisi e sull'interpretazione dei dati testuali delle fonti in materia. Fatto questo resoconto dei problemi da affrontare di seguito, è tempo di tornare all'interpretazione approfondita degli elementi testuali più importanti del nostro passo. Però, prima di affrontare i punti specifici menzionati, sarà utile fare notare qualche aspetto generale del testo paolino e riassumerne l'interpretazione sintetica.

14. ASPETTI GENERALI DEL PASSO D. 41.2.3.21 E RIASSUNTO INTERPRETATIVO.

Il passo D. 41.2.3.21 generalizza la constatazione derivabile dal nostro primo brano chiave D. 41.4.2.1 sulla differenza dogmatica tra il titolo *pro emptore* e il negozio *emptio*. Il carattere generalizzato del testo si manifesta negli elementi più importanti dello stesso. (i) Vedremo, che il concetto di *causae acquirendi* è il più generico tra quelli comparabili trasmessi nelle fonti. (ii) L'espressione *eius quod nostrum non est* quale oggetto diretto di *acquirendi* comprende tutte le categorie di cose diverse, di cui si può acquistare la proprietà mediante il possesso. (iii) I titoli *pro emptore ... pro suo* costituiscono la serie più lunga in un singolo brano di qualifiche caratterizzanti dei generi del possesso qualificato. E va sottolineato che tutti questi generi del possesso intitolato vengono messi sullo stesso piano. Come vedremo, il loro significato è descrivibile secondo lo stesso modello. E per tutti quanti vale che vi è una dipendenza indissociabile da una singola o da diverse cause di acquisto.³⁸ (iv) Dal § 21 segue: per suddividere la *possessio*, le qualifiche (*pro emptore ...* ecc.) dei *genera* del possesso qualificato e le cause di acquisto, su cui si fondano le *species* innumerevoli degli stessi, costituiscono criteri più importanti della *bona* o *mala fides* del possessore (§ 22). (v) La locuzione *unum genus possidendi* esprime qui, nel contesto del § 21, il concetto generico del possesso positivamente qualificato³⁹ al contrario (a) del posses-

³⁷ Parte I, 64 s.

³⁸ Vista l'ampia casistica sul possesso *pro suo*, questo genere del possesso non fa eccezione. Ciò espressamente contro l'opinione infondata di L. VACCA, *Possesso e tempo* cit. (Parte I, nt. 1), la quale non distinguendo tra causa di qualifica e causa di acquisto, non ha fatto caso agli elementi testuali, che si riferiscono esplicitamente alle cause di acquisto, su cui si basa il *possidere pro suo*. Vi ritorneremo più oltre trattando dettagliatamente il possesso *pro suo*.

³⁹ Va sottolineato che il concetto del *possidere* nell'espressione *possessionis genus* del § 22 (sopra nt. 14) non ha lo stesso significato specifico. Il *possidere bona fide* può anche indicare un possesso che non si basa su una causa di acquisto riconosciuta; la *species* del *possidere non bona fide* comprende anche il possesso qualificato negativamente, il possesso *pro possessore* del *fur* e del *praedo* [Gai 4.144; D. 5.3.11 (Ulp. 15 *ad*

so di qualifica negativa, il *possidere pro possessore* e (b) del possesso in genere tutelato dagli interdetti ordinari (il possesso *ad interdicta*, ad es. del creditore pignoratizio o del *fur*).

In forza di questo suo carattere generico il nostro passo si presta per eccellenza ad una trattazione dei più rilevanti problemi in tema della *possessio* e dell'*usucapio*. Per questo motivo, esso è più importante degli altri passi chiave per chiarire i concetti sottintesi e la terminologia concomitante nella casistica giurisprudenziale delle fonti in materia. Così la spiegazione approfondita di D. 41.2.3.21 contribuirà a capire meglio le affermazioni dei giuristi classici in materia e la dottrina sottostante. Ciò vale in modo particolare per il primo concetto da chiarire a fondo, quello delle *causae adquirendi* (*'eius quod nostrum non est'*). Però, prima di dare inizio alla spiegazione di questa locuzione ricapitolero l'interpretazione sintetica del passo D. 41.2.3.21.

Il contenuto del passo è di certo genuino, ma abbreviato dai compilatori. Il suo nucleo verte sulla suddivisione della *possessio* e sulla tesi iniziale che vi siano tanti *genera possessionum* quante *causae adquirendi*. Paolo la confuta in modo implicito dando un'esemplificazione ristretta del possesso *pro suo*, dalla quale consegue, che non vi è una correlazione di uno ad uno tra questo genere del possesso e una sola *causa adquirendi*. Questa constatazione lo porta alla conclusione che è preferibile partire da un solo genere del possesso (qualificato) e da un numero indefinito di *species* dello stesso e, sottinteso, di *causae adquirendi* sottostanti. La presa di posizione nell'ultima frase del passo viene confermata dalla casistica giurisprudenziale e anche dalla ricerca della romanistica moderna. Vi sono molte più specie e cause di acquisto del possesso intitolato dei nove generi tipizzati. La frase finale del passo contiene, quindi, il contributo specifico di Paolo alla discussione secolare sulla suddivisione della *possessio*.

15. SPIEGAZIONE DEL CONCETTO DI *CAUSAE ADQUIRENDI* (*EIUS QUOD NOSTRUM NON EST*). I: CONCETTI COMPARABILI E *ACTIO PUBLICIANA*.

In senso concreto le *causae adquirendi* di cui nel testo D. 41.2.3.21 comprendono in primo luogo negozi giuridici come *emptio*, *donatio*, l'accordo sullo scopo *in dotem / dotis causa / dotis nomine*, e altri negozi qualificabili come *iustae causae traditionis*. Poi vi rientrano negozi qualificabili come *iustae causae adquirendarum rerum* (D. 6.2.13 pr.) o *iustae causae possidendi* (ad es. D. 9.4.28; Fragm. Vat. 260), come *legatum per vindicationem*, la *litis aestimatio*, diversi negozi, atti, fatti atipici che giustificano secondo i giuristi l'acquisto senza *traditio* del possesso *uti dominus* e rendono così possibile anche l'acquisto della proprietà. Di più sono da menzionare *datio bonorum possessionum*, *adiudicatio* e altri provvedimenti elencati nella nota lista di Voci (nt. 17) come **iustae causae usucapionis*, una locuzione romanistica che io, come già prima Lauria, ritengo del tutto superflua. Sul significato concreto dell'espressione *causae adquirendi* non vi può essere nessun dubbio: i dati testuali delle fonti sono decisivi. Molto più interessante è il problema del significato generico del concetto di *causae adquirendi* nel passo paolino in confronto ai tre altri concetti comparabili sopra menzionati. E soprattutto è importante fornire una risposta a tale quesito, perché solo nel concetto paolino manca l'elemento *iusta (causa)*.

ed.); altri testi numerosi nel titolo 5.3 del Digesto, come per es. D. 5.3.13.1]. Il significato di concetti generali come *possessio* può differenziarsi secondo che li si suddivide partendo da criteri diversi. Ciò non è eccezionale nel diritto romano. Cfr. ad es. i significati diversi del concetto di *ius civile* a misura che sia opposto al *ius gentium* (criterio: persone diverse, per le quale le regole giuridiche valgono; Gai 1.1) oppure al *ius honorarium* [criterio: l'origine diversa delle regole giuridiche; D. 1.1.7 (Pap. 2 def.)].

Per il momento il concetto di *iusta causa possidendi* rimane fuori considerazione in quanto segue. Mi concentrerò quindi sui due altri concetti di *iusta causa* (*traditionis* e *adquirendarum rerum*) che sono tutti e due collegati strettamente all'*actio Publiciana*. È pacifico che il primo concetto è quello primario, che ricorre il più delle volte nelle fonti⁴⁰ ed è collegato all'introduzione di quest'azione nell'editto pretorio. Non ho nulla ad aggiungere all'ampia letteratura sulla funzione e sulla formula originaria della *Publiciana*, un quesito che è solo di rilevanza dal punto di vista diacronico. Non mi soffermerò neanche sulle due fattispecie del possesso *ad usucapionem* tutelate dall'*actio Publiciana* nel diritto classico, quella del proprietario bonitario e quella del possessore di buona fede in base ad una *iusta causa* di acquisto. Si tratta di cose risapute, che si possono trovare in ogni corso o manuale. In questa sede importa il significato del concetto editale nell'interpretazione dei giuristi classici e l'innovazione fondamentale da esso destata nel linguaggio giuridico dal punto di vista dogmatico e terminologico.

Non ha senso fare supposizioni sull'uso della locuzione *iusta causa traditionis* da parte dei giuristi nel periodo precedente all'introduzione della *Publiciana*. Ciò che conta è l'aspetto innovativo dell'espressione in confronto al concetto antico ed equivoco di *causa possessionis*. Nel significato di quest'ultima nozione prevale la qualifica di una situazione durativa di fatto, di un essere in possesso o in detenzione di una cosa, mentre il momento iniziale e il modo del venir in possesso rimane sottinteso. Per il momento lascio stare l'analisi di quest'antico concetto e metto in luce il carattere del tutto diverso della nuova locuzione pretoria.

La nozione di *iusta causa (traditionis)* presuppone un negozio giuridico o altro atto riconosciuto come tale dai giuristi nel contesto della *Publiciana*. Per essere rilevante ai fini della concessione dell'azione un tale negozio deve essere presente e valido al momento iniziale del possesso tramite *traditio*. Come mostreremo più oltre, ma abbiamo già posto fin dal principio (nt. 37), il carattere della *iusta causa* deve essere tale da giustificare l'acquisto di un possesso *uti dominus*. Che si acquisti immediatamente anche la proprietà o prima solo un possesso utile all'*usucapione* e tutelato nel frattempo dalla *Publiciana*, dipende dalla presenza di altre circostanze ricorrenti al momento della *traditio*.⁴¹ Ciò che risulta di certo dalle fonti è che una *iusta causa traditionis* valida rende possibile la concessione dell'*actio Publiciana* e dove vi è la tutela di quest'azione, vi è anche un possesso *ad usucapionem*. Il contrario di certo non è vero, come specialmente Vacca ha messo in rilievo a buon diritto.⁴²

⁴⁰ Qualche esempio: D. 6.2.31 (Ulp. 16 *ad ed.*): *qui igitur iustam causam traditionis habet, utitur Publiciana*; Gai 4.36: *datur autem haec actio ei, qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit*; D. 41.1.31 pr. (Paul 31 *ad ed.*): *Numquam nuda traditio transfert dominium, sed ita, si venditio aut aliqua iusta causa precesserit, propter quam traditio sequeretur*; I. 4.6.4 (sull'origine della *Publiciana*): *Namque si cui ex iusta causa res aliqua tradita fuerit, veluti ex causa emptionis aut donationis aut dotis aut legatorum...* ecc.; cfr. Anche Tit. Ulp. 19.7.

⁴¹ Legittimazione dell'alienante; qualità giuridica della cosa consegnata: *res Mancipi* o *res nec Mancipi*; buona fede dell'acquirente nel caso di una cosa altrui.

⁴² L. VACCA, *Possesso* cit. (Parte I, nt. 1), 48, 77 s. e *passim* riferendosi all'opinione unanime (78), da essa scartata, che dove vi è un possesso *ad usucapionem*, vi sia anche la *Publiciana*. L'autrice cita un chiaro controesempio, Paul. D. 41.4.2.16, giustamente ritenuto genuino. Di ciò vedremo più esempi nella terza parte di questo saggio. Non accettabile però è il parere dell'autrice, che il possesso *pro suo* escluda sempre la tutela mediante l'*actio Publiciana* (77; 177, nt. 100). Anche un possesso *pro suo* utile all'*usucapione* viene tutelato da quest'azione, se è fondato su una *iusta causa* valida, requisito primario per concederla. Non distinguendo la qualifica *pro suo* e le cause di acquisto sottostanti, Vacca dà un'interpretazione poco

Dalle fonti sulla *Publiciana* è ricavabile in primo luogo, quali negozi e altri atti sono stati riconosciuti dai giuristi quale *iustae causae* (*traditionis*) nel senso richiesto ai fini della concessione dell'azione. Ma è il passo gaiano in cui appare il concetto di *iustae causae adquirendarum rerum*, che è di rilevanza fondamentale per individuare il significato in genere di tali *iustae causae*. Passiamo quindi al brano in questione.

16. SPIEGAZIONE DEL CONCETTO DI *CAUSAE ADQUIRENDI* (*EIUS QUOD NOSTRUM NON EST*). II: D. 6.2.13 (GAI. 7 ED. PROV.).

D. 6.2.13 pr. (Gai. 7 ed. prov.): *Quaecumque sunt iustae causae adquirendarum rerum, si ex his causis nacti res amiserimus, dabitur nobis earum rerum persequendarum gratia haec actio.*

«Quali che siano le giuste cause di acquisto delle cose, se in base ad esse abbiamo conseguito le cose stesse che poi perdemmo, ci verrà concessa, al fine di perseguire quelle cose, questa azione».⁴³

Nel suo commento sull'*actio Publiciana*⁴⁴ Gaio presenta un concetto ampio delle *iustae causae* riconosciute nei sui tempi ai fini della concessione della stessa. Il concetto gaiano si basa sull'interpretazione continua dell'editto introduttivo da parte dei giuristi precedenti e contemporanei. Esso comprende tutte le *iustae causae* adatte allo scopo ampio *adquirendarum rerum*, non solo quelle che sono alla base di una *traditio*. Si tratta quindi anche di negozi e atti giuridici che permettono un acquisto unilaterale del possesso, un lecito entrare in possesso di cose determinate. Sopra, nel primo capoverso del nr. 15, ne abbiamo visto un'esemplificazione limitata. Ma ora non interessano in primo luogo tali ulteriori negozi e altri atti, diversi da quelli riconosciuti quali *iustae causae traditionis*. L'importanza fondamentale del passo gaiano si cela nell'informazione ricavabile dal § 1 dello stesso sul significato preciso della locuzione *iustae causae* nel contesto dell'*actio Publiciana*.

Per quanto riguarda la letteratura romanistica sul testo, mi limiterò⁴⁵ a citare il breve commento di Letizia Vacca sulla prima parte del brano. Il testo del § 1, di rilevanza certamente non minore, l'autrice non lo cita o menziona.

Su D. 6.2.13 pr. Vacca osserva: «Gaio non fa riferimento alle *iustae causae possessionis* ma alle cause idonee all'acquisto della proprietà, e sotto questo profilo non vi è dubbio che, ove esse sussistano validamente, si produce l'effetto della concessione della *Publiciana*».⁴⁶ A parte l'obiezione che la studiosa non analizza quanto Gaio afferma, e non l'interpreta in senso proprio neanche sinteticamente, il mio commento sulla sua osservazione concerne due aspetti specifici.

In primo luogo: cosa Vacca intende con la locuzione *iustae causae possessionis*? A quali negozi o atti precisamente l'autrice fa riferimento? Dobbiamo pensare all'accordo tra le

accurata di brani come D. 41.10.4.1 (59 s.), D. 41.9.1.2 (64 ss.), dove essa trascura le rispettive *iustae causae* valide.

⁴³ La traduzione del passo intero è di A. CENDERELLI, in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti digesta seu pandectae*, Testo e traduzione, II, Milano 2005, 5-11.

⁴⁴ Cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, Leipzig 1889, 202 fr. 158.

⁴⁵ Avendo dimostrato che è necessario distinguere tra cause di acquisto (*iustae causae traditionis* ecc.) e denominazioni (titoli) del possesso qualificato, non fa senso da parte mia affrontare estesamente la letteratura precedente, nella quale manca questa distinzione essenziale.

⁴⁶ L. VACCA, *Possesso e tempo* cit., 79.

parti sulla costituzione di un pegno reale o di un precario? In nessuna fonte giuristi romani si riferiscono a tali negozi con questa locuzione. Le domande sopra sono tanto più pertinenti, perché Kaser adopera l'espressione *iusta causa possessionis* proprio per indicare ciò, che secondo Vacca sono «le cause idonee all'acquisto della proprietà». Citerò di nuovo, ma ora più completamente, quanto affermato da Kaser in proposito, perché è anche di rilevanza rispetto al mio secondo punto da trattare: «Damit erklärt es sich, daß noch im klassischen Recht die *possessio civilis* derjenige Besitz ist, der durch eine *iusta causa possessionis* qualifiziert ist. Diese *causa* ist der Erwerbstitel, der nach *ius civile* einen Eigentumserwerb durch *usucapio* rechtfertigt, wie *pro emptore ...pro herede* u.a.» (nt. 28).

Le affermazioni di Kaser e di Vacca sulla *iusta causa possessionis* sono in flagrante contraddizione l'una con l'altra. Di nuovo diviene chiaro, che locuzioni latine non adeguatamente analizzate non sono utilizzabili come strumenti interpretativi spiegando i testi delle fonti (nt. 30). Sia Kaser che Vacca sono le vittime innocenti della confusione dogmatica e terminologica che caratterizza la dottrina romanistica nel campo sia della *possessio* e dell'*usucapio* sia del ruolo svolto dalla '(iusta) causa' nel caso di acquisto della proprietà tramite possesso. Sull'espressione *iusta causa possessionis* torneremo affrontando l'uso e il significato del concetto *iusta causa possidendi* nelle fonti. Ma per il momento ha priorità il problema dell'individuazione del significato generico delle *iustae causae* di cui parla Gaio nel passo D. 6.2.13 pr. Il testo del § 1 contiene la chiave della soluzione.

D. 6.2.13.1 (Gai. 7 ed. prov.): *Interdum quibusdam nec ex iustis possessionibus competit Publicianum iudicium: namque pignoratitiae et precariae possessiones iustae sunt sed ex his non solet competere tale iudicium, illa scilicet ratione, quia neque creditor neque is qui precario rogavit eo animo nanciscitur possessionem, ut credat se dominus esse.*

«Talvolta, tuttavia, l'azione *Publiciana* a taluno non compete, neppure sulla base di giusti possessi: e, infatti, i possessi pignorati e precari sono giusti, ma per questi, di solito, non compete tale azione per la ragione che né il creditore <pignoratizio> né colui che chiese una cosa a titolo precario consegue il possesso con l'animo di chi crede di esserne il proprietario» (nt. 41).

Dal testo latino, come dalla traduzione, risulta chiaro che Gaio distingue due categorie di situazioni possessorie qualificabili come *iustae possessiones*. L'una è collegata al *iudicium Publicianum* e si basa quindi sulle *iustae causae* di cui nel paragrafo precedente. L'altra è quella del creditore pignoratizio e del precarista, ai quali, perdutosi il possesso, la *Publiciana* non suole competere. Ciò che conta per il nostro scopo è il modo in cui Gaio spiega la distinzione. Il creditore pignoratizio e il precarista non vengono tutelati dall'azione, perché non entrano nel possesso con la convinzione⁴⁷ di essere *domini*. Ma dal punto di vista giuridico non importa naturalmente il loro intento soggettivo. Ciò che manca al loro possesso è che esso non si basa su un negozio o atto che vale oggettivamente come una *iusta causa adquirendarum rerum*. Questo è il vero motivo per cui non conseguono un possesso *uti dominus*.

Da ciò consegue *e contrario* che è una tale *iusta causa* quella che giustifica l'acquisto del possesso *uti dominus*, richiesto accanto a ulteriori requisiti ai fini dell'ottenimento del pos-

⁴⁷ Cfr. lo stesso criterio nel passo paolino D. 9.4.22.1 (Paul. 18 ad ed.): *Is qui pignori accepit vel qui precario rogavit non tenetur noxali actione: licet enim iuste possident, non tamen opinione domini possident.* Anche Ulpiano (D. 10.3.7.4) afferma espressamente che il precarista ha una *possessio iusta*. S. v. su quest'argomento da ultimo G. NICOSIA, *Vitiosa possessio e iniusta possessio*, in IVRA 63, 2015, 1ss., 23 ss.

sesso *ad usucapionem* tutelato dalla *Publiciana*. *Iustae causae traditionis* o *adquirendarum rerum* non giustificano ('rechtfertigen') «einen Eigentumserwerb durch *usucapio*» (Kaser) e non sono neanche senza ulteriori requisiti «idonee all'acquisto della proprietà» (Vacca). Da un'analisi accurata e coerente delle fonti consegue tutt'altra cosa: tali *iustae causae* giustificano sempre in primo luogo l'acquisto del possesso *uti dominus* ('Eigenbesitz') e rendono così possibile l'acquisto della proprietà ('Eigentum'). Lo rendono solo possibile, va ribadito, non lo giustificano automaticamente: la si acquista solo se sussistono anche altri requisiti.

Sia presso Kaser sia presso Vacca si trova questa opinione tradizionale e discutibile della romanistica, secondo la quale il significato giuridico della *iusta causa* possessoria (la **iusta causa usucapionis* della dottrina italiana) è da collegare coll'effetto giuridico dell'acquisto della proprietà anziché del possesso da padrone. Già nel 1868 Fitting⁴⁸ ha criticato severamente questo parere erroneo e Bonfante si è mosso sulla sua scia. L'autore italiano riproduce l'opinione tradizionale come segue: «il negozio giuridico idoneo all'acquisto della proprietà, astraendo da un impedimento, che nel caso vi si oppone». Nonostante la critica severa di Fitting e Bonfante⁴⁹ sia la dottrina tedesca sia quella italiana continuano a tutt'oggi a ripeterla.⁵⁰ Questa definizione infelice della *iusta causa* contrasta con delle fonti chiare⁵¹ e consegue palesemente dal fare coincidere cause di qualifica e cause di acquisto.

L'obiezione di fondo sulla descrizione tradizionale è che essa trascura il contributo specifico della *iusta causa*. Questo contributo consiste nell'effetto giuridico destato dal suo carattere distintivo in confronto agli altri requisiti richiesti perché si acquisti la proprietà di una cosa. Dire che la *iusta causa* avrebbe fatto acquistare la proprietà se non fossero sussistiti degli elementi impeditivi (*traditio* di una *res Mancipi*; difetto di legittimazione dell'alienante), è un'affermazione insignificante. Una tale definizione è priva di contenuto specifico; essa trascura l'effetto positivo della *iusta causa* sulla qualità del possesso acquisito. Anche se non si acquisti la proprietà a causa della sussistenza dei fattori impeditivi di cui sopra, si consegue un possesso *uti dominus* (da padrone) giustificato. Questo è l'effetto giuridico, per cui negozi o atti riconosciuti come *iustae causae acquirendarum rerum* si distinguono dagli altri, sui quali si basa il possesso del precarista o del creditore pignoratizio.

17. SPIEGAZIONE DEL CONCETTO DI *CAUSAE ADQUIRENDI* (*EIUS QUOD NOSTRUM NON EST*). III: IL CONCETTO PAOLINO DI *CAUSAE ADQUIRENDI* IN CONFRONTO A QUELLO GAIANO.

Dalle cause di acquisto derivabili dai svariati generi e specie del possesso intitolato in D. 41.2.3.21 risulta che il concetto di *causae acquirendi* comprende in ogni caso tutti i

⁴⁸ H. FITTING, *Ueber das Wesen des Titels bei der Ersitzung*, I–II, Archiv für die civilistische Praxis, N.F. 1, 1868 = 51, 1868, [1-35; 248-285], spec. 17 und 284. Tra i tanti brani trattati manca il nostro passo chiave D. 41.2.3.21.

⁴⁹ P. BONFANTE, *Corso cit.* (Parte I, nt. 20), 324 ss.

⁵⁰ S. v., insieme a Kaser e Vacca, anche M. KASER, R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht, ein Studienbuch*, München 2014²⁰, § 25.9: «Grund ..., der nach *ius civile* an sich zum Eigentumserwerb geführt hätte (hier aber aus den o. Rz. 25.7 genannten Gründen nicht zum Eigentumserwerb geführt hat)»; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1990², 444: «negozio o atto giuridico ... ritenuti idonei per sé stessi a giustificare l'acquisto della proprietà». Tali definizioni sono del tutto insignificanti (così già Fitting), perché vi manca l'elemento distintivo del significato della *iusta causa*, il quale la differenzia da tutti gli altri requisiti richiesti, perché la proprietà di una cosa passa, sia immediatamente sia tramite *usucapio*.

⁵¹ Cfr. ad es. quanto detto su D. 41.3.33 pr. (Parte I, 68 s.).

negozi e atti giuridici compresi nel concetto editale di *iusta causa traditionis* e in quello gaiano più ampio di *iustae causae adquirendarum rerum*. Ne abbiamo visto diversi esempi sopra, nel nr. 15. Ciò constatato, resta la domanda, perché nel concetto paolino manca l'elemento *iustae* caratterizzante degli altri tre concetti menzionati nel nr. 15. La risposta è semplice: il concetto di Paolo è ancora più ampio di quello di Gaio. Vi rientrano anche diverse cause di acquisto che non valgono quali *iustae causae* nel senso richiesto nel contesto publiciano. Gli esempi più chiari di tali cause li troviamo nel testo stesso del passo paolino, come vedremo di seguito.

Si tratta della parte del discorso che segue: *pro suo, velut in his quae terra marique vel ex hostibus capimus vel quae ipsi, ut in rerum natura essent, fecimus*. Sarà utile anche riprodurne di nuovo la traduzione: *pro suo*, come per le cose che prendiamo in terra, in mare o ai nemici, o che noi stessi abbiamo prodotto <quali cose nuove>. Nell'interpretazione sintetica sopra (nr. 12) abbiamo messo in rilievo l'importanza di questa parte del brano ai fini dell'argomentazione paolina sulla suddivisione della *possessio*. Dall'esemplificazione esplicativa del genere del possesso *pro suo* il giurista ha dedotto implicitamente che non vi sono tante *causae adquirendi* quanti *genera possessionum*, ma tante quante *species possidendi*. Ma ora interessa un altro punto.

Occupandomi di questa parte del testo ho assunto e semplicemente posto che a queste tre specie dell'acquisto originario del possesso (*pro suo*) e, al contempo, della proprietà, sottostanno tre cause di acquisto. E va sottolineato che con ciò non penso all'atto dell'ottenere il possesso tramite occupazione. Già nella prima parte di questo saggio ho fatto notare che si deve distinguere nettamente⁵² tra l'atto dell'acquisto del possesso e la causa di acquisto, cioè la circostanza giustificatrice dell'acquisto di un possesso *uti dominus*. Parlando però di cause di acquisto come le *iustae causae adquirendarum rerum* siamo soliti pensare solo a dei negozi ed atti giuridici come l'*emptio*, la *donatio* ecc. E non c'è nessun dubbio che tra le numerose *causae adquirendi* concrete nelle fonti tali negozi e atti costituiscono la sottocategoria più importante. Ma nel diritto romano di certo venivano riconosciuti anche altri fatti giuridici quali cause di acquisto. Nelle due mie ultime pubblicazioni sul tema ho sostenuto che i giuristi hanno ritenuto anche la specifica condizione giuridica di certe categorie di cose un fatto, che vale come causa di acquisto. Si tratta tra altre cose di *res nullius*; *res hostiles*; cose nuove prodotte da noi stessi, come nel passo paolino.

Finora avevo addotto come sostegno di tale ipotesi solo il fatto che Paolo ha messo tutti i generi del possesso intitolato sullo stesso piano. Anche il possesso *pro suo* quindi presuppone necessariamente delle cause di acquisto sottostanti e queste sono riconoscibili nell'esemplificazione che il giurista ne ha fornito. Però, da diverse fonti risulta in modo chiaro che anche altri giuristi partono da un rapporto causale tra l'acquisto (immediato) della proprietà di tali cose e la loro specifica condizione giuridica quali *res nullius* ecc. Per porre fine alla presente seconda parte del mio saggio darò una rassegna delle più rilevanti fonti in materia. Il completamento dell'interpretazione approfondita del passo D. 41.2.3.21 lo rimanderò alla terza e ultima parte di questo saggio.

Nella riproduzione dei passi che seguono, gli elementi testuali in cui si esprime il rapporto causale tra l'acquisto della proprietà e la specifica condizione giuridica delle cose sono evidenziate mediante una più ampia spaziatura. La maggioranza delle fonti concerne *res nullius*, da Nerazio (D. 41.1.14 pr.) circoscritte come '*ea, quae primum a natura prodita sunt*', cioè le cose prodotte dalla natura, come animali allo stato brado e altri prodotti naturali.

⁵² Si v. Parte I, 73.

Gai 2.66 *Nec tamen ea tantum, quae traditione nostra fiunt, naturali nobis ratione adquiruntur, sed etiam quae occupando i d e o consequi poterimus (?)*, *q u i a antea nullius essent, q u a l i a sunt omnia, quae terra mari caelo capiuntur.*

D. 41.1.30.4 (Pomp. 34 *ad Sab.*) *Si pilas in mare iactaverim et supra eas inaedificaverim, continuo aedificium meum fit. Item si insula in mari aedificaverim, continuo mea fit, quoniam id, quod nullius sit, occupantis fit.*

D. 41.1.14 pr. (Ner. 5 *membr.*) *Quod in litore quis aedificaverit, eius erit: nam litora publica non ita sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in n u l l i u s adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis c o n d i c i o e o r u m est atque piscium et ferarum, quae simul atque adprehensae sunt, sine dubio eius, in cuius potestatem pervenerunt, dominii fiunt.*

Ancora nelle istituzioni giustiniane viene espressa l'idea, che la specifica condizione giuridica di *res nullius* è la circostanza o causa giustificatrice dell'acquistarne (immediatamente) la proprietà tramite l'occupazione. I. 2.1.12: *'quod e n i m ante nullius est, id ... occupanti conceditur'*.

D. 41.1.7.7 (Gai. 2 *aur.*) *Cum quis ex aliena materia speciem aliquam suo nomine fecerit, Nerva et Proculus putant hunc dominum esse qui fecerit, quia quod factum est, antea nullius fuerat.*

Per concludere: un ultimo punto di ordine metodologico.

Dalle pagine precedenti è divenuta chiara la ragione, per cui con riguardo a punti essenziali non posso più accogliere la dottrina dominante sul possesso e sull'usucapione romana. Spero di aver reso credibile che un cambiamento nell'approccio delle relative fonti sia necessario. Le idee in materia di autori come Savigny, Riccobono, Kaser, Bonfante ed altri studiosi autorevoli vanno modificate sotto vari aspetti. Per quanto riguarda le più importanti sottocategorie della *possessio* – cioè quelle del possesso qualificato –, essi non hanno differenziato accuratamente tra i due significati diversi di *causa*, che sono di rilevanza cardinale per comprendere veramente la dottrina dei giuristi classici sulla *possessio* e sui modi di acquisto della proprietà tramite il possesso. Ma una descrizione soddisfacente della casistica romana in materia non può fare a meno della distinzione di fondo tra le diverse qualifiche del possesso e le cause di acquisto sottostanti. Il difetto di tale distinzione ha a che vedere con un aspetto metodologico di natura terminologica nelle pubblicazioni precedenti in materia.

In primo luogo, manca nelle stesse un'analisi accurata e dettagliata del rapporto complesso tra la terminologia latina delle fonti e quella plurilinguistica della romanistica moderna, il cosiddetto metalinguaggio⁵³ descrittivo dei giusromanisti. In secondo luogo – e questo punto va visto in rapporto con quella mancata analisi –, la dottrina non si è sufficientemente resa conto dei problemi che nascono, qualora si impieghi nell'analisi e nella descrizione⁵⁴ delle fonti termini e locuzioni latine ambigue che non vengono esplicitate

⁵³ In realtà, si tratta naturalmente di diversi metalinguaggi; ma per non complicare ancor di più il problema in questione, mi sono limitato al rapporto tra il linguaggio giuridico dei romani e l'uso di una terminologia descrittiva nel metalinguaggio italiano e tedesco (usato anche da giusromanisti che non sono di madrelingua italiana o tedesca).

⁵⁴ È ovvio che si deve distinguere tra il citare o riprodurre semplicemente la terminologia delle fonti e l'analizzare e descrivere dal punto di vista dogmatico e storico la casistica, in cui essa compare.

dall'autore. Presentando i risultati delle nostre ricerche dobbiamo, perciò, avere piena consapevolezza, da un lato, dei casi in cui non vi è nulla da obiettare riguardo all'uso della terminologia latina delle fonti e, dall'altro lato, di quelli, in cui tale uso è da evitare assolutamente, perché si tratta di concetti latini di significato pluri-interpretabile.

Tali concetti (ad es. *causa possessionis*; *iusta causa possessionis*; *causa usucapionis*; *possessio civilis*) si devono descrivere in una terminologia analitica di lingua moderna (ad es. 'causa di qualifica' e 'causa di acquisto'; 'qualifica / titolo del possesso *ad usucapionem*'; 'titolo del possesso qualificato'), che ci metta in condizione di esplicitarli e di analizzare ed interpretare accuratamente la casistica relativa. Discutendo su tali concetti ambigui, è in ogni caso da evitare assolutamente quel che avviene spesso in dottrina, e cioè l'uso di una terminologia latina arbitraria, la quale generalmente è soltanto una fonte di confusione dogmatica (il concetto superfluo di **iusta causa usucapionis* è un esempio chiaro). È risaputo che il linguaggio giuridico dei romani pullula di termini e locuzioni ambigue, ma ciò non ha quasi mai impedito ai giuristi stessi di esprimersi accuratamente nelle loro affermazioni, analisi, decisioni. Il compito dei giusromanisti moderni è di esplicitare il più chiaramente possibile la terminologia, e i concetti sottostanti, dei giuristi romani, non di complicarla attraverso aggiunte latine improduttive ed estranee al loro dettato.

(*continua*)

CARMELA RUSSO RUGGERI
(Università di Messina)

La rilevanza dell'*anteacta vita* nell'esperienza processuale romana

ABSTRACT

This study examines the role that *anteacta vita* had in the Roman procedural law both in criminal and civil matters. The precedents of the individuals involved in various forms in the proceedings (defendants, accusers, witnesses, injured parties, and so on) were already theorised in the rhetoric treatises as *argumenta ex persona* to be used by the lawyers. Moreover, the precedents were constantly invoked in the legal practice, as shown – as far as the last century of Republic is concerned – particularly by Cicero's *orationes* and, in relation to the first imperial era, by Gell. 14.2. From the end of 2nd century a.C., this phenomenon also started drawing the attention of emperors and lawyers, who stressed the relevance of precedents in relation to both various offences and civil proceedings. Ultimately, departing from the prevailing literature, the author demonstrates on the basis of Cic., *pro Cluent.* 41.115-116 that, in the system of *quaestiones perpetuae* also, the reference to the offender's *anteacta vita* not only aimed at orienting the fact-finders towards the defendant's innocence or guilt but could also affect the decision-making regarding the amount and type of sentence.

PAROLE CHIAVE

Anteacta vita; retorica; pratica forense; *iurisprudentia*.

LA RILEVANZA DELL'ANTEACTA VITA NELL'ESPERIENZA PROCESSUALE ROMANA *

1. «Il giudice deve tenere conto, altresì, della capacità a delinquere del colpevole, desunta: 1) dai motivi a delinquere e dal carattere del reo; 2) dai precedenti penali e giudiziari e, in genere, dalla condotta e dalla vita del reo antecedenti al reato; 3) dalla condotta contemporanea o susseguente al reato; 4) dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo».

Recita così, come è noto, il testo del capoverso dell'art. 133 del nostro codice penale, che, ai fini della determinazione discrezionale della pena tra il minimo ed il massimo fissati dalla legge (art. 132 c.p.), impone al giudice di tenere conto anche della capacità a delinquere del reo, prescrivendo espressamente che essa vada desunta dalle precedenti condanne penali eventualmente riportate o dall'essere stato destinatario di provvedimenti giudiziari, e, più in generale, dalla complessiva condotta di vita tenuta antecedentemente al reato, oltre che dalla condotta contemporanea o successiva al reato e dalle condizioni di vita individuale, familiare e sociale del reo.

Come si vede, il nostro legislatore penale attribuisce dunque alla *vita anteacta* dell'imputato un'esplicita rilevanza processuale, individuando appunto nel passato del reo uno dei fattori fondamentali attraverso i quali dedurne la capacità a delinquere e la pericolosità sociale, in ragione delle quali il giudice dovrà orientare la sua decisione ai fini della commisurazione della pena.

Ebbene, non si tratta certo di una "novità" del nostro sistema penale, come anche recentemente è stato peraltro già efficacemente segnalato,¹ ma dell'ultimo esplicito riconoscimento normativo di un'esperienza giuridica che affonda le sue radici nell'età e nel diritto romano, dove la vita passata del reo e la sua considerazione sociale avevano una non secondaria importanza nel processo, soprattutto (ma non solo) penale. Ed è appunto a questa esperienza, a noi pervenuta attraverso il diritto intermedio,² ed agli insegnamenti che ci provengono dalle fonti romane che dobbiamo ora appunto rivolgere la nostra attenzione.

2. La prima cosa che salta all'occhio a chi si accosti allo studio del nostro tema è la circostanza che il richiamo ai precedenti di vita del reo nel processo romano non rappresenta-

* Il testo riproduce i contenuti di una Relazione svolta presso l'Università di Palermo in data 8 giugno 2017 nel quadro di un Seminario di Dottorato sul tema '*Profili della repressione criminale tra modelli antichi e attuali*'.

¹ Cfr. A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita*, in L. DESANTI, P. FERRETTI, A.D. MANFREDINI (a cura di), *Per il 70. compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà*, Milano 2009, 269 ss.

² Per la considerazione del quale rimando a A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 271 ss.

va solo un espediente strategico a cui gli avvocati ricorrevano nella pratica forense al fine di orientare la decisione del giudice, ma, prima e più ancora, era un argomento probatorio espressamente teorizzato nei trattati di retorica, almeno a partire dall'ultimo secolo della repubblica.

Tra le più esplicite e risalenti attestazioni pervenuteci in tal senso particolarmente significativa appare quella contenuta nel *de inventione* di Cicerone, quella parte cioè dei *Rhetorici libri* che l'oratore scrisse e pubblicò all'età di appena ventidue anni, presumibilmente intorno all'85 a.C.

Accingendosi a trattare del *iudiciale genus* e, *in primis*, della *coniecturalis constitutio*, lo stato di causa che verteva cioè su una questione di fatto da decidersi in via congetturale,³ Cicerone passa ad indicare i luoghi comuni dell'orazione giudiziaria, che sono il movente, la persona ed il fatto.⁴ Venendo in specie alla persona, l'oratore ricorda poi che ne vanno innanzi tutto considerati gli attributi (cioè il *nomen*, la *natura*, la condotta, la *fortuna* e lo *studium*), giacché è proprio da essi che l'accusatore ed il difensore prenderanno le mosse per impostare le loro congetture.⁵

Quanto all'accusatore, Cicerone infatti così prosegue:

de inv. 2.32-34: *Ac personis quidem res hae sunt adtributae, ex quibus omnibus unum in locum coactis accusatoris erit inprobatione hominis uti. Nam causa facti parum firmitudinis habet, nisi animus eius, qui insimulatur, in eam suspicionem adducitur, uti a tali culpa non videatur abhorruisse. Ut enim animum alicuius inprobare nihil attinet, cum causa, quare peccaret, non intercessit, sic causam peccati intercedere leve est, si animus nulli minus honestae rationi affinis ostenditur. Quare vitam eius, quem arguit, ex ante factis accusator inprobare debet et ostendere, si quo in pari ante peccato convictus sit; si id non poterit, si quam in similem ante suspicionem venerit, ac maxime, si fieri poterit, simili quo in genere eiusdemmodi causa aliqua commotum peccasse aut in aequae magna re aut in maiore aut in minore, ut si qui, quem pecunia dicat inductum fecisse, possit demonstrare aliqua in re eius aliquod factum avarum. Item in omni causa naturam aut victum aut studium aut fortunam aut aliquid eorum, quae personis adtributa sunt, ad eam causam, qua commotum peccasse dicet, adiungere atque ex dispari quoque genere culparum, si ex pari sumendi facultas non erit, inprobare animum adversarii oportebit: si avaritia inductum arguas fecisse et avarum eum, quem accuses, demonstrare non possis, aliis adfinem vitiis esse doceas, et ex ea re non esse mirandum, qui in illa re turpis aut cupidus aut petulans fuerit, hac quoque in re eum delinquisse. Quantum enim de honestate et auctoritate eius, qui arguitur, detractum est, tantundem de facultate totius est defensionis deminutum. Si nulli affinis poterit vitio reus ante admissio demonstrari, locus inducetur ille, per quem hortandi iudices erunt, ut veterem famam hominis nihil ad rem putent pertinere. Nam eum ante celasse, nunc manifesto teneri; quare non oportere hanc rem ex superiore vita spectari, sed superiorem vitam ex hac re improbari, et aut potestatem ante peccandi non fuisse aut causam; aut, si haec dici non poterunt, dicendum erit illud extremum, non esse mirum, si nunc primum deliquerit: nam necesse esse eum, qui velit peccare, aliquando primum delinquere. Sin*

³ Cfr. Cic., *de inv.* 2.13-14.

⁴ Cic., *de inv.* 2.16: *Nunc exponemus 'locos', quorum pars aliqua in omnem coniecturalem incidit controversiam. Hoc autem et in horum locorum expositione et in ceterorum oportebit attendere, non omnes in omnem causam convenire. Nam ut omne nomen ex aliquibus, non ex omnibus litteris scribitur, sic omnem in causam non omnis argumentorum copia, sed eorum necessario pars aliqua conveniet. Omnis igitur ex 'causa', ex 'persona', ex 'facto ipso' coniectura capienda est.*

⁵ Cic., *de inv.* 2. 28-31.

vita ante acta ignorabitur, hoc loco praeterito et, cur praetereatur, demonstrato, argumentis accusationem statim confirmare oportebit.

Non dissimile doveva essere, peraltro, l'atteggiamento del difensore:

de inv. 2.35-37: Defensor autem primum, si poterit, debebit vitam eius, qui insimulabitur, quam honestissimam demonstrare. Id faciet, si ostendet aliqua eius nota et communia officia; quod genus in parentes, cognatos, amicos, affines, necessarios; etiam quae magis rara et eximia sunt, si ab eo cum magno aliquid labore aut periculo aut utraque re, cum necesse non esset, officii causa aut in rem publicam aut in parentes aut in aliquos eorum, qui modo expositi sunt, factum esse dicet; denique si nihil deliquisse, nulla cupiditate impeditum ab officio recessisse. Quod eo confirmatius erit, si, cum potestas inpune aliquid faciendi minus honeste fuisse dicetur, voluntas a faciendo demonstrabitur afuisse. Hoc autem ipsum genus erit eo firmitus, si eo ipso in genere, quo arguetur, integer ante fuisse demonstrabitur: ut si, cum avaritiae causa fecisse arguatur, minime omni in vita pecuniae cupidus fuisse doceatur. Hic illa magna cum gravitate inducitur indignatio, iuncta conquestioni, per quam miserum facinus esse et indignum demonstrabitur [; ut], cum animus in vita omni a vitiis remotissimus, eam causam putare, quae homines audaces in fraudem rapere soleat, castissimum quoque hominem ad peccandum potuisse impellere; aut: iniquum esse et optimo cuique perniciosissimum non vitam honeste actam tali in tempore quam plurimum prodesse, sed subita ex criminatione, quae confingi quamvis false possit, non ex ante acta vita, quae neque ad tempus fingi neque ullo modo mutari possit, facere iudicium. Sin autem in ante acta vita aliquae turpitudines erunt: aut falso venisse in eam extimationem dicetur ex aliquorum invidia aut obrectatione aut falsa opinione; aut imprudentiae, necessitudini, persuasioni, adulescentiae aut alicui non malitiosae animi affectioni attribuentur; aut dissimili in genere vitiorum ..., ut animus non omnino integer, sed ab tali culpa remotus esse videatur, aut si nullo modo vitae turpitudine aut infamia leniri poterit oratione, negare oportebit de vita eius et de moribus quaeri, sed de eo crimine, quo de arguatur; quare ante factis omissis illud, quo instet, id agi oportere.

Come si vede, dunque, Cicerone aveva già teorizzato in maniera dettagliata la tecnica argomentativa che tanto l'accusatore che il difensore dovevano adottare, dal punto di vista della persona, al fine di convincere il giudice rispettivamente della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato.⁶

In particolare, l'accusatore, al fine di gettare discredito sulla persona dell'accusato, doveva:

- a) innanzi tutto dimostrare, se possibile, che l'accusato era già stato condannato per un'azione simile, che fosse cioè un recidivo, o che aveva dato adito a sospetti del genere;
- b) se ciò non era possibile, dimostrare che aveva agito sospinto da qualche causa consimile, o ugualmente grave o più o meno grave, partire cioè da un genere di colpa diverso per affermare che non poteva destare meraviglia che avesse commesso il delitto imputatogli colui che già si era rivelato ignobile in un'altra azione;
- c) se però non si poteva provare in alcun modo l'inclinazione a delinquere dell'accu-

⁶ Su questi passi ciceroniani, nell'ottica qui considerata, cfr. A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 284 ss.; ma v. anche V. GIUFFRÈ, *Una singolare coerenza di Cicerone tra il De inventione e la Pro Cluentio oratio*, in B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia 2009, 251 ss.

sato, all'accusatore conveniva allora cambiare strategia, dichiarando che la fama dell'accusato non era necessaria alla definizione della causa, che non andava trattata alla luce della vita anteatta, ma del delitto presente.

Quanto al difensore, egli viceversa doveva provare, sempre se possibile, che la vita del suo assistito era stata sempre impostata alla massima onestà. A tal fine, dunque, egli doveva:

a) esporre preliminarmente i suoi atti più nobili ed egregi e soprattutto dimostrare che l'accusato non aveva mai commesso in precedenza il reato imputatogli;

b) se però nel passato dell'imputato esistevano invece azioni infamanti, era preferibile affermare che esse erano frutto di odio, di maldicenza o di un giudizio errato, o che andavano attribuite all'ignoranza, alla necessità, ad influenze malvagie, all'inesperienza o a qualche passione, al fine di far apparire l'imputato, se non esente da biasimo, comunque lontano dalla colpa che gli veniva ascritta;

c) se poi l'onta e l'infamia non potevano essere negate in alcun modo, anche al difensore giovava appigliarsi all'argomento per cui non la vita, non i costumi del reo andavano giudicati, ma il delitto, e, dunque, che bisognava considerare questo e non la vita precedente.

Secondo gli insegnamenti retorici del giovane Cicerone, dunque, come si vede, l'*anteacta vita* ed i *mores* erano argomenti retorici di particolare rilievo processuale, sia nella prospettiva dell'accusatore che in quella del difensore, in quanto, a seconda della situazione concreta dell'imputato, consentivano loro di dimostrare (rispettivamente) la compatibilità o l'incompatibilità tra la personalità del reo e l'accusa rivoltagli e, dunque, in ultima analisi, la sua capacità o incapacità a delinquere.⁷ Salvo che, ovviamente, per l'innegabile infamia o per la incontestabile onestà del reo, essi non fossero costretti, per pura strategia processuale, a negarne il valore.

Sostanzialmente conformi sono gli insegnamenti contenuti nella *Rhetorica ad Herennium*, quel trattato di autore ignoto composto (secondo l'ipotesi dominante) più o meno negli stessi anni del *de inventione* (si pensa tra l'88 e l'82 a.C.).⁸

Sempre a proposito della causa congetturale, l'autore sostiene infatti che la funzione di questo stato è ripartita in sei parti,⁹ la prima delle quali è la probabilità, a sua volta composta dal movente e dalla vita.¹⁰ Per quest'ultima, l'accusatore doveva in primo luogo tentare di dimostrare che l'accusato si era già macchiato dello stesso delitto o che ne aveva commesso uno diverso; se non vi riusciva, perché l'avversario era integro e puro, doveva dire

⁷ Ma sull'importanza che i buoni costumi, i principi morali, le azioni e la vita stessa della persona difesa (oltre che del suo avvocato) e la cattiva fama dell'avversario avevano ai fini del successo della causa Cicerone ritorna anche nel *de oratore*, 2.43.182: *Valet igitur multum ad vicendum probari mores et instituta et facta et vitam eorum, qui agent causa, et eorum, pro quibus, et item improbari adversariorum, animosque eorum, apud quos agetur, conciliari quam maxime ad benevolentiam cum erga oratorem tum erga illum, pro quo dicet orator.*

⁸ V., per tutti, F. CANCELLI (a cura di), *Introduzione a Cicerone. La retorica ad Herennium*, Milano 1992, XXIV ss.

⁹ Cfr. Rhet. ad Her. 2.3: *Huius constitutionis ratio in sex partes est distributa: probabile, conlationem, signum, argumentum, consecutionem, adprobationem.*

¹⁰ Rhet. ad Her. 2.3: *Probabile est, per quod probatur expedis peccare et ab simili turpitudine hominem numquam afuisse. Id dividitur in causam et in vitam.* Sul 'probabile' nelle opere retoriche dell'ultimo secolo della repubblica v. M. MICELI, *La prova retorica tra esperienza romanistica e moderno processo penale*, in *Index* 26, 1998, 268 ss.

allora che bisognava guardare ai fatti, non alla fama, o che egli aveva occultato in precedenza le sue infamie.¹¹

Specularmente, il difensore doveva cercare innanzi tutto di dimostrare l'onestà di vita dell'imputato; non potendo, doveva appigliarsi all'imprudenza, all'ingenuità, alla giovinezza, alla costrizione, alla suggestione. Se poi ne era impedito dalla conclamata disonestà ed infamia del reo, era opportuno sostenere che false voci si erano formate su un innocente o, in ultima analisi, che dei costumi si occupavano i censori, non i giudici.¹²

Numerosi sono poi i riferimenti all'*anteacta vita* rintracciabili nell'*Institutio oratoria* di Quintiliano.¹³ Il retore ne trattava soprattutto a proposito delle prove artificiali,¹⁴ quelle prove esclusivamente tecniche cioè suggerite dalla retorica per persuadere,¹⁵ prove che si distinguevano in *signa*, *argumenta* ed *exempla*.¹⁶ Le prove di ragionamento (*argumenta*) a loro volta si dividevano in prove relative alle cose e alle persone.¹⁷ Quanto a queste ultime, dovevano considerarsi la famiglia, il popolo, la patria, il sesso, l'età, l'educazione e la disciplina, l'aspetto fisico, la fortuna, l'indole, il modo di vivere, la professione¹⁸ e – per quanto

¹¹ Rhet. ad Her. 2.5: *Deinde vita hominis ex ante factis spectabitur. Primum considerabit accusator, num quando simile quid fecerit. Si id non reperiet, quaeret, num quando venerit in similem suspicionem; et in eo debebit esse occupatus, ut ad eam causam peccati, quam paulo ante exposuerit, vita hominis possit adcommodari, hoc modo: Si dicet pecuniae causa fecisse, ostendat eum semper avarum fuisse, si honoris, ambitiosum; ita poterit animi vitium cum causa (peccati conglutinare. Si non poterit par vitium cum causa) reperire, reperiar dispar. Si non poterit avarum demonstrare, demonstret corruptorem, perfid(ios)um, si quo modo poterit denique aliquo aut quam plurimis vitiis contaminare [personam]; deinceps qui illud fecerit tam nequiter, eundem hunc tam perperam fecisse non esse mirandum. Si vehementer castus et integer existimabitur adversarius, dicet facta, non famam spectare oportere; illum ante occultasse sua flagitia; se planum facturum ab eo maleficium non abesse.*

¹² Rhet. ad Her. 2.5: *Defensor primum demonstrabit vitam integram, si poterit: id si non poterit, confugiet ad imprudentiam, stultitiam, adulescentiam, vim, persuasionem; quibus de rebus ***vituperatio eorum, quae extra id crimen erunt, non debeat assignari. Sin vehementer hominis turpitudine impediatur et infamia, prius dabit operam, ut falsos rumores dissipatos esse dicat de innocente; et utetur loco communi, rumoribus credi non oportere. Sin nihil eorum fieri potest, utatur extrema defensione: dicat non se de moribus eius apud censores, sed de criminibus adversariorum apud iudices dicere.*

¹³ Sui quali v., per tutti, da ultimo, A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 286 ss.

¹⁴ Ma già prima, scorrendo della *narratio*, Quintiliano aveva sottolineato come nell'ambito dell'esposizione dei fatti rientrasse appunto anche il richiamo all'*anteacta vita*. Cfr. Quint., *inst. or.* 4.2.15: *An reus ambitus male narrabit, quos parentes habuerit, quem ad modum ipse vixerit, quibus meritis fretus ad petitionem descenderit? Aut qui repetendarum insimulabitur, non et ante actam vitam, et quibus de causis provinciam universam vel accusatorem aut testem offenderit, non inutile exponet?*

¹⁵ Sull'origine aristotelica della distinzione tra prove artificiali ed inartificiali (dette altresì intrinseche ed estrinseche, proprie e improprie, tecniche e atecniche) v., per tutti, A. GIULIANI, v. 'Prova (filosofia del diritto)', in Enc. dir. 37, Milano 1988, 524 s. e, nello stesso volume, V. DENTI, v. 'Prova (Diritto processuale civile)', 600 ss. Più specificamente, sulla sua ricezione nella tradizione retorica romana, cfr. J.-PH. LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1949, 420 ss.; ID., *Cicéron et la preuve judiciaire*, in *Mélanges Levy-Bruhl*, Paris 1959, 187 ss. Sempre attuale in argomento resta poi G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico*, in *Jus* 11, 1960, 390 ss. Sulla teoria della prova nell'*Institutio oratoria*, cfr., inoltre, F. GNOLI, *Sulla teoria della prova nella 'Institutio oratoria' di Quintiliano*, in *Atti del I Seminario Romanistico Gardesano (19-21 maggio 1976)*, Milano 1976, 127 ss.

¹⁶ Quint., *inst. or.* 5.9.1: *Omnis igitur probatio artificialis constat aut signis aut argumentis aut exemplis.*

¹⁷ Quint., *inst. or.* 5.10.23: *In primis igitur argumenta a persona ducenda sunt, cum sit, ut dixi, divisio, ut omnia in haec duo partiamur, res atque personas: ut causa, tempus, locus, occasio, instrumentum, modus et cetera rerum sint accidentia.*

¹⁸ Quint., *inst. or.* 5.10.24-27.

più specificamente ci interessa – le azioni e le dichiarazioni precedenti (*ante acta dictaque*), giacché – sottolineava Quintiliano – ‘*ex praeteritis enim aestimari solent praesentia*’, il presente cioè suole essere stimato dal passato.¹⁹

Ed è perciò che al difensore conveniva in primo luogo confutare le accuse riguardanti i crimini commessi precedentemente dal reo²⁰ e ripercorrere poi, nell’ambito dell’esposizione dei fatti, i suoi trascorsi di vita, in modo da predisporre favorevolmente il giudice.

Erano sempre molto utili al difensore – proseguiva infatti l’oratore a proposito della causa congetturale – la probità dei costumi e l’integrità della vita passata, su cui doveva battere appassionatamente; mentre all’accusatore conveniva in questo caso dirottare la discussione sul reato oggetto del processo e sostenere che tutti avevano cominciato una prima volta a delinquere.²¹ Avrebbe perso credito anche il resto, infatti, se, anziché astenersi da ogni pettegolezzo sulla *vita anteacta* del reo, egli avesse attaccato l’imputato con pettegolezzi o manifeste falsità, giacché l’accusa che si avvaleva di cose vane finiva per avvalorare gli argomenti che la difesa cercava di trarre dal passato del reo.²²

Gli insegnamenti sull’utilizzo dell’*anteacta vita* a fini processuali forniti nei trattati retorici dell’ultimo secolo della repubblica e del I secolo dell’Impero, sostanzialmente – come si è visto – uniformi tra loro, vennero poi recepiti anche nella tradizione retorica successiva, a cominciare da Vittorino, che nel suo commento al *de inventione* seguì sostanzialmente la lezione di Cicerone sulle tecniche argomentative incentrate sulla *vita anteacta* del reo.²³ E, sempre per restare nell’arco temporale del diritto romano, nel IV secolo d.C. anche Giulio Vittore, nella sua *ars rhetorica*, trattando dei luoghi comuni dell’argomentazione precedenti al fatto e riguardanti la persona, sottolineava come i buoni costumi o i pessimi costumi dell’accusato giovassero all’oratore per respingere o confermare l’accusa.²⁴

3. Formati a questi insegnamenti appresi nelle scuole di retorica, non c’è da meravigliarsi che già dall’ultima età repubblicana gli avvocati (che – come è noto – erano di nor-

¹⁹ Quint., *inst. or.* 5.10.28: *Intuendum etiam, quid adfectet quisque, locuples videri an disertus, iustus an potens. Spectantur ante acta dictaque, ex praeteritis enim aestimari solent praesentia*. Sul brano v. A. TRAVERSI, *La difesa penale. Tecniche argomentative e oratorie*³, Milano 2002, 98. Cfr., inoltre, il recentissimo N. DONADIO, ‘*Documentum supplicii*’ e ‘*Documentum criminis*’. Il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico, Napoli 2017, 17 nt. 28.

²⁰ Quint., *inst. or.* 7.1.12: *Ante acta vitae crimina plerumque prima purganda sunt, ut id, de quo laturus est sententiam iudex, audire propitius incipiat. Sed hoc quoque pro Vareno Cicero in ultimum distulit, non quid frequentissime, sed quid tum expediret intuitus*.

²¹ Quint., *inst. or.* 7.2.33: *Probi vero mores et ante actae vitae integritas numquam non plurimum profuerint. Si nihil obicietur, patronus quidem in hoc vehementer incumbet, accusator autem ad praesentem quaestionem, de qua sola iudicium sit, cognitione alligabit dicens, neminem non aliquando coepisse peccare, nec pro TMgkain ... oij ducendum scelus primum*.

²² Quint., *inst. or.* 7.2.34: *Haec in respondendo. Sic autem praeparabit actione prima iudicum animos, ut noluisse potius obicere quam non potuisse credatur. Eoque satius est, omni se ante actae vitae abstinere convicio quam levibus aut frivolis aut manifesto falsis rerum incessere, quia fides ceteris detrahatur: et qui nihil obicit., omisse credi potest maledicta tamquam supervacua: qui vana congerit, confitetur validum in ante actis argumentum, in quibus vinci quam tacere maluerit*.

²³ Marc. Victorin., *reth. in lib.* 2.10.265 s. (ed. HALM), su cui rimando a A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 288.

²⁴ Cfr. Iul. Vict., *reth.* 6.1.395 (ed. HALM) ... *si bonis moribus vel contra nequissimis, in quo ferme ante acta vita percurritur*. Sul brano v., per tutti, A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 288.

ma i retori e non i giuristi)²⁵ si fossero abbondantemente serviti nelle loro arringhe dei riferimenti alla *vita anteacta* dell'imputato (ma, come vedremo, non solo dell'imputato!) al fine di orientare la decisione dei giudici e non c'è da meravigliarsi che innanzitutto e soprattutto se ne fosse servito Cicerone, che quei principi aveva addirittura teorizzato appena ventiduenne nella sua prima opera retorica.²⁶

Le *orationes* ciceroniane ci hanno lasciato, infatti, una preziosissima testimonianza non solo della coerenza con cui Cicerone utilizzò nella pratica forense le tecniche dell'argomentazione giudiziaria apprese e teorizzate nel *de inventione*,²⁷ ma anche della diffusione che gli *argumenta ex persona* (e, tra questi, *in primis*, proprio quelli riguardanti la vita trascorsa del reo) avevano nelle aule giudiziarie tra gli avvocati del tempo e del rilievo che tale genere di prova, sia pure artificiale, aveva sulla decisione delle cause. È proprio dalle arringhe ciceroniane che indirettamente apprendiamo, infatti, quanto il richiamo alla *vita anteacta* fosse abituale nell'agone forense sia in riferimento al processo penale che alle cause di diritto privato.²⁸

²⁵ Anche se, sul complesso rapporto tra giuristi e retori, mi sento di condividere quanto osservato da M. BRETONE, *Giurisprudenza ed oratoria nella tarda Repubblica*, in *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid 1996, 62 ss., per il quale negli ultimi secoli della repubblica sarebbe stata trasmessa a Roma dal mondo greco e si sarebbe diffusa una concezione umanistica della cultura tendente all'unità del sapere e delle sue arti, una concezione nell'ambito della quale, dunque, «l'oratore è anche giurista (e il giurista, oratore), filosofo e uomo di governo, esperto custode delle tradizioni e delle istituzioni della città». Sul punto v. anche G. BROGGINI, *Il diritto romano nella formazione del giurista oggi*, in *Il diritto romano nella formazione del giurista, oggi*, Milano 1989, 51.

²⁶ Non va sottovalutata, inoltre, la circostanza che all'*anteacta vita* fu riservata da sempre una notevole rilevanza nella vita pubblica romana, come dimostrano i tanti risalenti episodi narrati da Livio attestanti appunto il frequente richiamo ai trascorsi di vita operato da alcuni celebri personaggi della storia di Roma. Tra i casi più significativi, cfr. Liv. 9.36.18, che ricorda l'appello a considerare la sua vita passata rivolto ai Romani da Gaio Menio, nominato dittatore nel 314 a.C. allo scopo di indagare su una progettata congiura a Capua, inchiesta estesa poi anche a Roma (*et omnes ante actae vitae vos conscios habeo, Quirites*); Liv. 24.25.1, in cui si richiama il discorso rivolto da Sopatro al popolo dopo la morte di Ieronimo, nel quale l'arconte accusa i tutori Adrenodaro e Temisto di essere i veri responsabili delle nefandezze del giovane re e ne ricorda le *vitae anteactae* (*ab ante acta vita orsus*); Liv. 28.40.9, dove Quinto Fabio Massimo chiede di essere liberato dai sospetti di gelosia nei confronti del giovane console in nome appunto della sua *vita acta*, dei suoi *mores* e della *dictatura cum quinque consulatibus*; e, per finire, Liv. 35.31.14, in cui Livio, nel riferire l'intervento di Zenone per convincere i Magneti a confermare la loro amicizia ai Romani, ne sottolinea l'autorevolezza dovuta proprio alla sua vita passata (*Zeno, ex principalibus unus, magnae tum ob eleganter actam vitam auctoritatis*). Su questi episodi, nella prospettiva qui considerata, v. in specie A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 289.

²⁷ Su cui rimando in specie a V. GIUFFRÈ, *Una singolare coerenza di Cicerone* cit., 251 ss.; ma, più in generale, sull'oratoria forense ciceroniana, tra i numerosissimi e più recenti contributi esistenti sul tema (tra cui spiccano E. NARDUCCI, *Cicerone e l'eloquenza romana. Retorica e progetto culturale*, Roma-Bari, 1997 e *Cicerone. La parola e la politica*, Bari 2009), cfr. quelli confluiti in E. NARDUCCI (a cura di), *Eloquenze ed astuzie della persuasione in Cicerone, Atti del 5 Symposium Ciceronianum Arpinas: Arpino, 7 maggio 2004*, Firenze, 2005 e B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia 2009. Non possono non ricordarsi, inoltre, i classici G. PUGLIESE, *Cicerone tra diritto e retorica*, in *Studi in onore di A.C. Jemolo*, Milano 1962, 1 ss. e G. BROGGINI, *L'arte forense di Cicerone*, in *Jus* 14, 1963, 109 ss. Da ultimo, v. anche G. SPOSITO, *Il luogo dell'oratore. Argomentazione topica e retorica forense in Cicerone*, Napoli 2001. Interessanti considerazioni sulla prova retorica nel processo romano, infine, in M. MICELI, *La prova retorica tra esperienza romanistica e moderno processo penale* cit., 241 ss.

²⁸ Sul peso degli *argumenta a persona* nella strategia oratoria ciceroniana v. ora anche N. DONADIO, *'Documentum supplicii' e 'Documentum criminis'* cit., 17 ss.

Diciamo che, per quel che riguarda l'oggetto della nostra indagine, tutte le orazioni, nessuna esclusa, quale più e quale meno, sono una preziosa fonte di informazione e di conferma di quanto sopra affermato.

Tuttavia, cominciando dai processi penali, tra le tante testimonianze forniteci da Cicerone innanzi tutto nella sua qualità di difensore, particolarmente emblematica ai nostri fini credo sia quella contenuta, ad esempio, nella *pro Murena*.

Come è noto, l'accusa di broglio elettorale contro il console designato del 62 a.C. Lucio Licinio Murena fu sostenuta nel 63 a.C. da Servio Sulpicio Rufo, uno dei concorrenti battuto alle elezioni, cui si affiancò Marco Porcio Catone. Altrettanto illustre era, d'altronde, il collegio di difesa, costituito da Ortensio, Cicerone e Crasso.²⁹

Cicerone parlò per ultimo, dopo che già Ortensio e Crasso avevano confutato sul piano giuridico le accuse vere e proprie di broglio elettorale, sicché impostò la sua arringa più sul piano politico che giuridico.³⁰

Ebbene, nel ribattere a Servio Sulpicio, l'oratore si preoccupò innanzitutto di confutare la *reprehensio vitae ante actae* di Murena fatta dal giurista, che aveva contestato all'imputato il fatto di essere stato in Asia:³¹ una confutazione che ci fornisce una preziosissima attestazione sui tempi e sulla rilevanza che gli *argumenta ex persona* avevano nel contesto della causa. Conviene riportare per esteso questa bella lezione ciceroniana:

Cic., *pro Mur.* 5.11: *Intellego, iudices, tris totius accusationis partis fuisse, et earum unam in reprehensione vitae, alteram in contentione dignitatis, tertiam in criminibus ambitus esse versatam. Atque harum trium partium prima illa quae gravissima debebat esse, ita fuit infirma et levis ut illos lex magis quaedam accusatoria quam vera male dicendi facultas de vita L. Murenarum dicere aliquid coegerit.*

Si tratta, come si vede, di una testimonianza assai significativa ai nostri fini, e sotto più profili.

Infatti, innanzi tutto Cicerone riferisce che l'accusa era stata suddivisa in tre parti, rispettivamente dedicate alla critica della vita passata dell'accusato, al confronto tra i titoli di merito dei candidati e alle imputazioni di corruzione elettorale: una partizione – questa – che Quintiliano considerava un vero modello, ma che era dunque già diffusa nella pratica forense in età ciceroniana.³²

²⁹ Cfr. l'Introduzione di G. BELLARDI all'edizione Utet de *Le orazioni di M. Tullio Cicerone*, II, Torino 1981, 49.

³⁰ A Cicerone, infatti, premeva soprattutto dimostrare la necessità politica della validità dell'elezione di Murena, come chiaramente risulta dall'esordio (§§ 1 ss.) e dalla conclusione della sua arringa (§§ 86-90): su ciò v. G. BELLARDI, *Le orazioni di M. Tullio Cicerone* cit., 49 s. Sulla tecnica oratoria ciceroniana nella *pro Murena* cfr., comunque, A.D. LEEMAN, *The technique of persuasion in Cicero's pro Murena*, in AA.VV., *Éloquence et rhétorique chez Cicéron*, Genève 1982, 193 ss.

³¹ Cfr. Cic., *pro Mur.* 5.11 ... *Obiecta est enim Asia*. Servio si riferiva qui alla provincia d'Asia costituita nel 133 a.C. e divenuta la base delle operazioni militari contro Mitridate.

³² Si ricordi, infatti, che Quintiliano afferma di approvare una *partitio* che prevedesse al massimo una divisione in tre parti della causa (*inst. or.* 4.5.3: *quapropter ne illos quidem probaverim, qui partitionem vent ultra tris propositiones extendere*) e che giudica espressamente ottima la *partitio* operata da Cicerone nella difesa di Murena: cfr. *inst. or.* 4.5.12: *Rursus nemo tam erit aut iniustus aut stultus, quin eum fateatur optime pro Murena esse partitum*. "Intellego, iudices, trius totius accusationis partis fuisse, et earum unam in reprehensione vitae, alteram in contentione dignitatis, tertiam in criminibus ambitus esse versatam". *Nam sic et ostendit lucidissime causam et nihil fecit altero supervacuum.*

Quanto alla prima delle tre parti, l'oratore in via preliminare sottolinea che essa avrebbe dovuto avere un peso particolare nella causa: con ciò informandoci indirettamente del fatto che di norma gli accusatori dedicavano molto tempo e molta cura alla *reprehensio vitae* dell'accusato, scandagliando sul suo passato e cercando di screditare il più possibile la sua immagine agli occhi dei giudici.

Ma c'è di più. Dopo aver sottolineato che nel caso in specie invece la critica contro Murena era stata *infirmata et levis*, cioè debole e superficiale, Cicerone conclude affermando che a spingere gli accusatori a dire qualcosa sulla *vita anteacta* di Murena non era stata dunque una fondata possibilità di critica, ma una consuetudine che per l'accusa aveva però quasi forza di legge: un'affermazione – quest'ultima – assai eloquente, giacché conferma ancora una volta e ancora di più che l'attacco ai trascorsi di vita dell'imputato era una prassi solidamente recepita nel costume giudiziario del I secolo a.C., al punto da essere addirittura avvertita – dice appunto Cicerone – come una *lex quaedam accusatoria*.

Coerentemente con queste premesse, l'oratore contesta dunque a Servio di aver richiamato la vita pregressa dell'imputato per il semplice fatto che egli era stato in Asia, senza essere riuscito a riferire però *'aliquod aut in Asia susceptum aut ex Asia deportatum flagitium ac dedecus'*.³³

E la stessa contestazione, d'altronde, rivolge subito dopo a Catone, che si era limitato ad ingiuriare Murena come *saltator*,³⁴ ma non aveva saputo denunciare *'nullum turpe convivium, non amor, non commissatio, non libido, non sumptus'*:³⁵ il che consente a Cicerone di terminare la sua arringa sul punto affermando che *'nihil igitur in vitam L. Murenæ dici potest, nihil, inquam, omnino, iudices. Sic a me consul designatus defenditur ut eius nulla fraus, nulla avaritia nulla perfidia, nulla crudelitas, nullum petulans dictum in vita proferatur. Bene habet; iacta sunt fundamenta defensionis'*. Notevole poi l'ulteriore affermazione conclusiva, e cioè che la difesa di un uomo *bonus et integer* come Murena non si sarebbe perciò basata sulle *laudes* del difensore, cui si sarebbe ricorso in seguito, ma sulle ammissioni dei suoi stessi avversari: *'nondum enim nostris laudibus, quibus utar postea, sed prope inimicorum confessione virum bonum atque integrum defendimus'*.³⁶

Non meno interessante, nell'ottica che stiamo qui considerando, è poi l'arringa ciceroniana in difesa di Lucio Cornelio Silla, nipote del dittatore, accusato da L. Manlio Torqua-

³³ Cfr. Cic., *pro Mur.* 5.12: *Hic vero, iudices, et fuit in Asia et viro fortissimo, parenti suo, magno adiumento in periculis, solacio in laboribus, gratulationi in victoria fuit. Et si habet Asia suspicionem luxuriae quandam, non Asiam numquam vidisse sed in Asia continenter vixisse laudandum est. Quam ob rem non Asiae nomen obiciendum Murenæ fuit, ex qua laus familiae, memoria generi, honos et gloria nomini constituta est, sed aliquod aut in Asia susceptum aut ex Asia deportatum flagitium ac dedecus. Meruisse vero stipendia in eo bello quod tum populus Romanus non modo maximum sed etiam solum gerebat virtutis, patre imperatore libentissime meruisse pietatis, finem stipendiorum patris victoriam ac triumphum fuisse felicitatis fuit. Male dicto quidem idcirco nihil in hisce rebus loci est, quod omnia laus occupavit.*

³⁴ Cic., *pro Mur.* 6.13: *Saltatorem appellat L. Murenam Cato. Maledictum est, si vere obicitur, vehementis accusatoris, sin falso, maledici conviciatoris.*

³⁵ Cic., *pro Mur.* 6.13.

³⁶ Cic., *pro Mur.* 6.14. Sulla rilevanza di queste affermazioni ai fini della qualificazione del *vir bonus* cfr., da ultimo, G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana (a proposito di Cato, or. Frg. 186 Sblend.=206 Malc)*, in AUPA 54, 2010-2011, 64, scritto che riproduce il testo della relazione tenuta a Trani e pubblicata poi in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di Studio. Trani, 28-29 ottobre 2011*, Bari 2013, 48. Nello stesso senso v. anche P. CERAMI, rec. a R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, in IVRA 61, 2013, 349.

to e da Gaio Cornelio per aver partecipato alla c.d. prima congiura di Catilina e alla congiura del 63 a.C.

A Cicerone, affiancato da Ortensio, che si concentrò sulla confutazione dell'accusa riguardante la partecipazione alla prima congiura, spettò invece il compito di smontare l'accusa di avere Silla partecipato alla seconda.

Ebbene, nel contestare le accuse rivolte a Silla, Cicerone inizia appunto col considerare la vita dell'imputato. Ecco come attacca sul punto la sua difesa:

Cic., *pro Sull.* 25.69: *Omnibus in rebus, iudices, quae graviores maioresque sunt, quid quisque voluerit, cogitarit, admiserit non ex crimine sed ex moribus eius qui arguitur est ponderandum. Neque enim potest quisquam nostrum subito fingi neque cuiusquam repente vita mutari aut natura converti.*

E dopo avere preliminarmente dichiarato, come si vede, che le cause di notevole gravità e importanza andavano risolte non sulla base dell'accusa, ma della condotta di vita dell'imputato, giacché nessuno poteva formarsi quale era da un momento all'altro, né cambiare all'improvviso il proprio modo di vivere e la sua natura, l'oratore – in linea con quest'assunto – si concentra appunto sulla *vita anteacta* di P. Silla, sempre improntata alla serietà, alla dignità, alla liberalità, alla temperanza nella condotta privata e alla magnificenza in quella pubblica,³⁷ la vita di un uomo mostratosi moderato al tempo delle proscrizioni,³⁸ dignitoso a seguito della condanna per broglio elettorale subita insieme ad P. Autropio Peto,³⁹ un uomo che si era inflitto da sé l'esilio aspirando ormai soltanto ad una vita oscura ma onesta.⁴⁰

Quindi, l'accorato appello rivolto ai giudici a non credere che un uomo di tale ritegno e di tali precedenti avesse potuto davvero commettere un delitto così atroce come quello contestatogli e l'invito a comparare l'accusa con tutta la vita dell'imputato così come si era svolta fino a quel momento:

Cic., *pro Sull.* 27.74: *In hoc vos pudore, iudices, et in hac vita tanto sceleri locum fuisse credetis? Aspicite ipsum, contuemini os, conferte crimen cum vita, vitam ab initio usque ad hoc tempus explicatam cum crimine recognoscite.*

³⁷ Cic., *pro Sull.* 26.73: *Quid reliquam constantiam vitae commemorem, dignitatem, liberalitatem, moderationem in privatis rebus, splendore in publicis?*

³⁸ Cic., *pro Sull.* 26.72: *At vero in illa gravi L. Sullae turbulentaque victoria, quis P. Sulla mitior, quis misericordior iuventus est? Quam multorum hic vitam est a L. Sulla deprecatus! Quam multi sunt summi homines et hornatissimi, et nostri et equestris ordinis, quorum pro salute se hic Sullae obligavit! Quos ego nominarem – neque enim ipsi nolunt et huic animo gratissimo adsunt –; sed quia maius est beneficium quam posse debet civis civi dare, ideo a vobis peto ut quod potuit tempori tribuat, quod fecit ipsi.*

³⁹ Cic., *pro Sull.* 26.73. Si ricordi, infatti che entrambi i consoli designati nel 66 a.C. vennero accusati di broglio elettorale sempre da L. Manlio Torquato e, condannati, furono destituiti.

⁴⁰ Cic., *pro Sull.* 26.74: *Qui cum multam haberet invitamenta urbis et fori propter summa studia amicorum, quae tamen ei sola in malis restiterunt, afuit ab oculis vestris et cum lege retineretur, ipse se exilio paenae multavit.* L'esilio, infatti, non ancora previsto come pena dalla *lex Calpurnia de ambitu* vigente al tempo del processo per broglio elettorale subito da Silla, fu introdotto dalla *lex Tullia du ambitu* fatta votare proprio nel 63 a.C. dallo stesso Cicerone [Cic., *pro Planc.* 34.83; *pro Mur.* 41.89; Sch. Bob. 79 (ed. STANGL); Dio. Ca. 37.29.1]. Cfr., per tutti, A. BERGER, *Lex Tullia*, in PWRE XII.2, Stuttgart 1925, 2416; L. FASCIONE, *Crimen e quæstio ambitus nell'età repubblicana. Contributo allo studio del diritto criminale romano*, Milano 1984, 72 ss.; J. L. FERRARY, *La législation 'de ambitu', de Sulla à Auguste*, in *Iuris Vincula, Studi in onore di Mario Talamanca*, 3, Napoli 2001, 172 ss.

E sempre nella *pro Sulla*, peraltro, troviamo attestata anche un'altra circostanza non meno rilevante, e cioè che nella pratica giudiziaria i riferimenti alla vita passata non erano limitati all'accusato, così come teorizzato nei trattati di retorica, ma erano estesi anche agli altri soggetti a vario titolo coinvolti nel processo, compresi gli stessi avvocati.⁴¹ Come avviene qui, appunto, ad esempio, quando Cicerone reagisce alle accuse mossegli da Torquato al fine di delegittimare la sua difesa, ricordandogli l'origine municipale della madre,⁴² la presenza di un traditore tra i suoi antenati,⁴³ l'assistenza legale offerta dal padre a Catilina nel processo che lo vide imputato di concussione;⁴⁴ o quando attacca P. Autronio Peto, il cui nome era strettamente legato al processo ed ai capi di accusa per essere stato condannato insieme a Silla per broglio elettorale nel 66 a.C., un uomo '*sua natura ac vita convici*', la cui stessa natura e condotta di vita cioè erano sufficienti ad evidenziarne la colpevolezza, essendosi dimostrato '*semper audax, petulans, libidinosus, quem in stuprorum defensionibus non solum verbis uti improbissimis solitum esse scimus, verum etiam pugnīs et calcibus, quem exturbare homines ex possessionibus, caedem facere viciniorum, spoliare fana sociorum, vi conari et armis disturbare iudicia, in bonis rebus omnis contemnere, in malis pugnare contra bonos, non rei publicae cedere, non fortunae ipsi succumbere*'.⁴⁵ Un uomo del quale, dunque – conclude il Nostro –, '*si causa non manifestissimis rebus teneretur, tamen eum mores ipsius ac vita convinceret*', ancora una volta invitando infine i giudici a mettere a confronto la vita scellerata di Autropio con quella esemplare di Silla.⁴⁶

D'altronde, già nell'*oratio pro Sexto Roscio Amerino*, la prima causa di diritto penale assunta dall'oratore in difesa di Sesto Roscio, un cittadino di Armeria accusato nell'80 a.C. di parricidio in base alla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, Cicerone, rivolgendosi ad Erucio, che si era assunto l'onere dell'accusa, lo rimproverava di non aver saputo muovere alcun addebito alla vita di Sesto Roscio, sottolineando ancora una volta come questo avrebbe dovuto essere invece il compito preliminare dell'accusatore:

Cic., *pro S. Rosc.* 13.38: *In hac tanto, tam atroci, tam singulari maleficio, quod ita raro exstitit ut, si quandum auditum sit, portentis ac prodigi simile numeretur, quibus tandem tu, C. Eruci, argumentis accusatorem censes uti oportere? Nonne et audaciam eius, qui in crimen vocetur, singularem ostendere et mores feros immanemque naturam et vitam vitiis flagitiisque omnibus deditam, [et] denique omnia ad perniciem profligata atque perditam? Quorum tu nihil in Sext. Roscium ne obiciendi quidem causa contulisti.*

Al contrario, Cicerone si sofferma invece a lungo sui trascorsi di T. Roscio Magno,⁴⁷ T.

⁴¹ Non si dimentichi, infatti, che nel *de oratore* 2.43.182 Cicerone aveva sottolineato come il successo di una causa dipendesse dai buoni costumi, dalle azioni e dalla vita non solo delle parti processuali, ma anche dei difensori.

⁴² Cic., *pro Sull.* 8.25.

⁴³ Cic., *pro Sull.* 9.27 Qui Cicerone si riferisce a M. Manlio Torquato Capitolino, il console del 392 a.C. che fu poi accusato di aspirare alla tirannide e precipitato dalla rupe Tarpea (v. Liv. 4.18-20).

⁴⁴ Cic., *pro Sull.* 29.81 Cicerone allude in specie all'accusa di concussione rivolta nel 64 a Catilina, del quale appunto il padre di Torquato fu *advocatus*.

⁴⁵ Cic., *pro Sull.* 25.71 e 26.72.

⁴⁶ Cic., *pro Sull.* 26.72: *Agendum conferte nunc cum illius vita vitam P. Sullae vobis populoque Romano notissimam, iudices, et eam ante oculos vestros proponite.*

⁴⁷ Cic., *pro Sex. Rosc. Am.* 36.104: *Multa scelerate, multa audaciter, multa improbe facisti ...*

Roscio Capitone⁴⁸ e L. Cornelio Crisogono,⁴⁹ i veri artefici – secondo l'oratore – dell'accusa contro Sesto Roscio figlio e dell'uccisione del padre, sollecitando più volte i giudici a considerare la vita infamante di questi soggetti.⁵⁰

Anche nell'accorata difesa di Lucio Valerio Flacco, che nel 59 a.C. era stato accusato da Decimo Lelio di concussione durante l'anno trascorso in Asia come governatore, inoltre, Cicerone non omette di richiamare l'onore e l'onestà dell'imputato, sottolineando come alle accuse sul comportamento tenuto in Asia si dovessero contrapporre l'invio da parte della stessa provincia di delegati per farne le *laudationes*, le testimonianze di Publio Servilio Vatia e Quinto Cecilio Metello Celere '*huius pudoris integritatisque testes*', e, soprattutto, l'amministrazione della giustizia a Roma, e come a difenderlo dalle calunniuose accuse concernenti un solo anno ci fosse ininterrottamente tutta la vita di Flacco, in ogni periodo della sua esistenza. Si veda:

Cic., *pro Flacco* 40.100: *Etenim opponemus Asiae provinciae primum magnam partem eiusdem provinciae, quae pro huius periculi legatos laudatoresque misit, deinde provinciam Galliam, provinciam Ciliciam, provinciam Hispaniam, provinciam Cretam; Graecis autem, Lydis et Phrygiis et Mysis obsistent Massilienses, Rhodii, Lacedaemonii, Athenienses, cuncta Achaia, Thessalia, Boeotia; Septimo et Caelio testibus P. Servilius et Q. Metellus huius pudoris integritatisque testes repugnabunt; Asiaticae iuris dictioni urbana iuris dictio respondebit; annui temporis criminationem ominis aetas L. Flacci et perpetua vita defendet.*⁵¹

E sempre nella *pro Flacco*, secondo quanto almeno apprendiamo dal frammento di un palinsesto di Milano del V secolo scoperto e pubblicato dal Mai, che colma la prima grande lacuna dei principali codici,⁵² Cicerone, rivolto a Decimo Lelio, il primo accusatore di Flacco, gli contesta che era inverosimile accusare Flacco di un comportamento sgritolato all'estero quando erano ben note la sua vita a Roma e le sue inclinazioni naturali, avvertendolo che non avrebbe consentito che una tale legge ed una tale condizione si imponesse agli altri nel futuro e a loro nel presente.

Fr. Mediolanense ... externum, cum domestica vita naturaque constaret. Itaque non

⁴⁸ Cic., *pro Sex. Rosc. Am.* 38.109: *Venit in decem primis legatus in castra Capito. Totam vitam, naturam moresque hominis ex ipsa legatione cognoscite. Nisi intellexerit, iudices, nullum esse officium, nullum ius tam sanctum atque integrum, quod non eius scelus atque perfidia violarit et imminuerit, virum optimum esse eum iudicatote.*

⁴⁹ Cic., *pro Sex. Rosc. Am.* 46.133-134: *In hac vita, iudices, quos sumptus cotidianus, quas effusiones fieri putatis, quae vero convivia? Honesta, credo, in eius modi domo, si domus haec habenda est potius quam officina nequitiae ac deversorium flagitiorum omnium.*

⁵⁰ V., ad esempio, Cic., *pro Sex. Rosc. Am.* 40.118: *Etenim quaerere ita debetis: ubi multa avare, multa audaciter, multa improbe, multa perfidiose facta videbitis, ibi scelus quoque latere inter illa tot flagitia putatote.*

⁵¹ Ma già prima Cicerone aveva dedicato molto spazio alla *vita anteacta* di Flacco, anche qui evidenziando come su tutta la carriera da lui svolta al servizio della patria la stessa accusa non aveva potuto dire una sola parola di biasimo. Cfr. Cic., *pro Sex. Rosc. Am.* 3.6: *Hunc igitur virum, Laeli, quibus tandem rebus oppugnas? Fuit P. Servilio imperatore in Caecilia tribunus militum; ea res siletur. Suit M. Pisoni quaestor in Hispania; vox de quaestura missa nulla est. Bellum cretense ex magna parte gessit atque una cum sommo imperatore sustinuit; muta est huius temporis accusatio. Praeturae iuris dictio, res varia et multiplex ad suspiciones et simultates, non attingitur. At vero in summo et periculosissimo rei publicae tempore etiam ab inimicis eadem praetura laudatur.*

⁵² Cfr. *cod. Ambros. R. 57: frg. Mediolanense: A.*

patiat, D. Laeli, te tibi hoc sumere atque hanc ceteris in posterum, nobis in praesens, tempus legem condicionemque ...

Per finire questa breve panoramica sui richiami all'*anteacta vita* presenti nelle principali arringhe difensive di Cicerone nei processi penali, non si può omettere di considerare ovviamente la *oratio pro Cluentio*,⁵³ dove la vita scellerata di molti dei protagonisti della lunga vicenda umana e processuale che culminò nell'accusa di avvelenamento rivolta nel 66 a.C. a Cluenzio da Oppianico figlio ebbe un ruolo oserei dire determinante.⁵⁴

Gravava sul processo, come è noto, l'episodio della condanna per veneficio subita nel 74 a.C. da Oppianico padre, trascinato in tribunale da Cluenzio con l'accusa di avvelenamento ai suoi danni, condanna che L. Quinzio, il difensore di Oppianico, era riuscito poi ad invalidare accusando il presidente della giuria, G. Giunio, di essersi fatto corrompere da Cluenzio. Un'accusa – questa – che aveva pesato molto sulla reputazione e sulla vita di Cluenzio e che ora rischiava di compromettere l'esito della causa. È per questo, dunque, che è proprio al tentativo di smantellare quell'*invidia* che si era venuta a creare intorno a Cluenzio e che avrebbe potuto condizionare il giudizio della corte che si concentra appunto tutta la prima parte dell'intervento di Cicerone, nel quale l'oratore si sforza di dimostrare la piena legittimità della condanna subita nel 74 a.C. da Oppianico e, di conseguenza, l'infondatezza dell'accusa di corruzione giudiziaria rivolta a Cluenzio. E a tal fine essenziale diventa per l'oratore tratteggiare la vita pregressa di due dei più importanti attori di questa saga familiare, e cioè il patrigno Oppianico e la madre Sassia, la vera artefice delle accuse contro Cluenzio.⁵⁵

Agghiacciante il ritratto che Cicerone fa di Oppianico, un uomo che aveva ucciso la moglie Cluenzia, la cognata Auria incinta, il fratello, la suocera, il cognato, addirittura i

⁵³ Ma non prive di interesse ai nostri fini, sempre tra le altre, sono anche la *oratio pro Caelio*, dove Cicerone, dopo avere esordito controbattendo alle affermazioni degli accusatori volte a deformarne la figura morale, sminuire i meriti e spogliare dell'onore Celio (*in Cael.* §§ 3-17), si concentra a contestare soprattutto le accuse mosse al giovane da Clodia, la *Medea Palatina* (*in Cael.* 7. 18), dipingendone il ritratto di donna dalla vita lussuosa ed impudica, la cui vendetta per l'abbandono subito divenne l'occasione per nuocere al partito conservatore (*in Cael.* 33 ss.); e la *oratio pro Cn. Plancio*, nella quale l'oratore, pur riconoscendo l'aiuto offertogli da Plancio per il suo richiamo a Roma, rivolto ai giudici confessa di non avere però la presunzione o la pretesa di pensare che Plancio potesse guadagnarsi l'impunità solo per i meriti acquisiti nei suoi confronti, ma di sapere di dover dimostrare la piena integrità della sua vita, la morigeratezza dei suoi costumi, la straordinaria lealtà, la temperanza, la devozione, l'onestà, e tutte le qualità che sono proprie dei *boni vires*, solo in presenza delle quali avrebbe chiesto ai giudici di accordare all'accusato quella stessa compassione che egli aveva avuto per l'incolumità dell'oratore (*in Planc.* 1.3: *Quamquam mihi non sumo tantum neque adrogo, iudices, ut Cn. Plancium suis erga me meritis impunitatem consecutum putem. Nisi eius integerrimam vitam, modestissimos mores, summam fidem, continentiam, pietatem, innocentiam ostendero, nihil de poena recusabo. Sin omnia praestitero quae sunt a bonis viris expectanda, petam, iudices, a vobis ut, cuius misericordia salus mea custodia sit, ei vos vestram misericordiam me deprecante tribuatis*).

⁵⁴ Sull'orazione in difesa di Cluenzio rinvio in generale, per i molteplici aspetti di interesse, ai numerosi contributi confluiti negli *Atti del Convegno nazionale in Larino 4-5 dicembre 1992, 'Pro Cluentio' di Marco Tullio Cicerone* (raccolti da N. Stelluti), Larino 1992. Ma v. anche V. GIUFFRÈ, *Imputati, avvocati e giudici nella pro Cluentio ciceroniana*, Napoli 1993. Da ultimo, sulla strategia difensiva ciceroniana nella *pro Cluentio* si è soffermata anche N. DONADIO, *'Documentum supplicii' e 'Documentum criminis'* cit., 17 ss.

⁵⁵ Sui profili retorici dell'orazione fondamentali rimangono gli studi di E. NARDUCCI, *Relativismo dell'avvocato, probabilismo del filosofo. Interpretazione di alcuni aspetti dell'opera di Cicerone a partire dalla pro Cluentio*, in *Atti del Convegno nazionale in Larino* cit., 107 ss. e *Cicerone e l'eloquenza romana* cit., 95 ss.

suoi stessi figli e tanti altri ancora, e che aveva tentato di avvelenare il figliastro Cluenzio, spinto a ciò dall'ultima moglie Sassia, che aveva in odio il figlio che gli rimproverava la sua sfrenata libidine.⁵⁶

Ancora più agghiacciante, poi, il ritratto di Sassia, donna perversa, che per accettare di sposare Oppianico gli aveva posto la raccapricciante condizione di uccidere i figli che l'uomo aveva avuto in precedenza,⁵⁷ talmente snaturata da essere stata persino capace di mutare il nome dei rapporti di parentela, diventando *uxor generi, noverca filii, filiae pelex*, giungendo a tal punto che *'sibi praeter formam nihil ad similitudinem hominis reservavit'*,⁵⁸ che di rassomigliante ad un essere umano non ha conservato altro che la figura.

Di tutt'altra indole Cluenzio, vittima per tutta la vita delle losche macchinazioni di siffatta madre, Cluenzio per il quale tutti i cittadini di Larino e i più illustri esponenti dei municipi circostanti si erano recati a Roma per dare all'imputato il massimo conforto con la loro affettuosa e numerosa partecipazione, non accontentandosi di dare lettura in tribunale della *laudatio* che era stata formalmente predisposta per testimoniare la stima di tutte le città verso l'uomo e i suoi antenati, dei quali – sottolinea Cicerone – non era da meno per austerità, fermezza, autorità e liberalità.⁵⁹

Quindi, l'accorata nota preghiera rivolta ai giudici di allontanare dal capo del figlio la spietata crudeltà della madre:

Cic., *pro Cluent.* 69.195: *Vos, iudices, quos hiuc A. Cluentio quosdam alios deos ad omne vitae tempus fortuna esse voluit, huius importunitatem matris a fili capite debellite. Multi saepe in iudicando peccata liberum parentum misericordiae concesserunt; vos ne huius honestissime actam vitam matris crudelitati condonetis rogamus, praesertim cum ex altera parte totum municipium videre possitis.*

4. Conformemente con quanto più volte dichiarato nelle arringhe svolte da difensore nei processi penali, laddove rimproverava agli accusatori di turno di non aver dedicato alla *reprehensio vitae* degli accusati l'attenzione che questa prima parte della causa richiedeva e di non aver saputo provare dunque la loro natura scellerata, da accusatore Cicerone profonde invece un'estrema cura nel tratteggiare la vita anteatta degli imputati e nel dimostrare i delitti e le nefandezze di cui si erano macchiati nella loro vita pregressa.

Emblematica, in questo senso, è principalmente l'orazione contro Verre,⁶⁰ a cominciare

⁵⁶ Cic., *pro Cluent.* §§ 19 ss.

⁵⁷ Cic., *pro Cluent.* §§ 5 ss.

⁵⁸ Cic., *pro Cluent.* 70.199: *At quae mater! Quam caecam crudelitate et scelere ferri videtis, cuius cupiditatem nullam unquam turpido retardavit, quae vitii animi in deterrimas partis iura hominum convertit omnia cuius ea stultitia est ut eam nemo hominem, ea vis ut feminam, ea crudelitas ut nemo matrem appellare possit. Atque etiam nomina necessitudinum, non solum naturae nomen et iura mutavit, uxor generi, noverca filia, filiae pelex; eo iam denique adducta est, uti sibi praeter formam mihi ad similitudinem hominis reservavit.*

⁵⁹ Cic., *pro Cluent.* 69.196-198.

⁶⁰ Ma si tratta, come si è detto, solo di uno degli esempi più significativi, giacché tutte le arringhe tenute come accusatore ridondano in realtà di riferimenti all'*anteacta vita*. Tra le altre testimonianze, si veda, ad esempio, il famoso controinterrogatorio di Vatinius, testimone a carico nella causa *de vi* intentata nel 56 a.C. contro P. Sestio, verso il quale l'oratore si scaglia con inaudita ferocia verbale non solo per dimostrare l'inattendibilità della deposizione, ma soprattutto per evidenziare come tutta la vita passata del testimone fosse sempre stata finalizzata al raggiungimento dei suoi interessi personali e non a quelli dello Stato: v., in specie, Cic., *in Vat.* 1.1; §§ 11 ss.; 16.39. Altrettanto veemente l'attacco ai trascorsi di vita di

da quell'appello iniziale contenuto nell'*actio prima*, in cui l'oratore si chiede quale sia quell'uomo dotato di un ingegno tanto grande, di un'abilità oratoria o di una facondia così brillanti '*quae istius vitam tot vitiis flagitisque convictam, iam pride omnium voluntate iudicioque damnatam, aliqua ex parte possit defendere?*'⁶¹

Ma è soprattutto nell'*actio secunda* che il Nostro si sofferma lungamente sul passato di Verre.

Interessante già l'esordio, in cui premette che, per ragioni di tempo, trascurerà tutta la prima parte della vita di Verre, piena di azioni infamanti e disonorevoli, tacerà sulle sozzure della sua fanciullezza e sulla sua '*impura adulescentia, quae qualis fuerit aut meministis, aut ex eo, quem sui simillimum produxerit, recognoscere potestis*'.⁶² Nessuna parola, inoltre, sulle sue orge giovanili, sui mezzani, sui biscazzieri, sui ruffiani: è solo sul resto della vita di Verre – chiarisce Cicerone – che egli richiama tutti i furti, le scelleratezze, le crudeltà e le infamie compiute negli anni trascorsi prima come questore, poi come legato in Asia e infine come pretore a Roma.⁶³ gli stessi furti, le stesse scelleratezze, le stesse crudeltà e le stesse infamie di cui l'imputato si macchierà d'altronde nel governo della Sicilia e per i quali si trovava ora sotto processo, giacché – osserva il Nostro – '*non enim potest ea natura quae tantum facinus commiserit hoc uno scelere esse contenta: necesse est semper aliquid eius modi moliatur, necesse est in simili audacia perfidiaque versetur*'.⁶⁴

Ed è appunto a partire dalla carriera politica iniziata nell'83 a.C. che Cicerone si sofferma con dovizia di particolari a tratteggiare i trascorsi di vita di Verre, che, da questore del console mariano Gn. Domizio Carbone, si impadronì della cassa dell'esercito passando dalla parte di Silla.⁶⁵ Non dissimile il comportamento tenuto in Cilicia, dove si recò nell'80 a.C., prima come legato e poi come proquestore del console Gn. Cornelio Dolabella, compiendo furti (soprattutto di opere sacre e d'arte), immoralità di ogni genere e tradi-

L. Calpurnio Pisone, definito *bustum rei publicae* (in *Pis.* 4.9), in cui Cicerone, attraverso l'artificio della comparazione, mira ad evidenziare l'abissale differenza tra la propria esemplare condotta di vita al servizio dello stato (v. in *Pis.* 1.2-3; 2.4-5; 3.6-7) e quella miserabile di Pisone (in *Pis.* §§ 8 ss.), il cui stesso volto nero, tipico di uno schiavo – egli commenta nell'esordio –, era già come il linguaggio dell'anima (in *Pis.* 1.1: *Iamme vides, belua, iamme sentis, quae sit hominum quarela frontis tuae? Nemo queritur Syrum nescio quem de grege noviciorum factum esse consulem. Non enim nos coloriste servilis, non pilose genae, non dentes putridi deceperunt: oculi, supercilia, frons, vultus denique tutus, qui sermo quidam tacitus mentis est*).

⁶¹ Cic., *Verr.* 1.4.10. Ma anche nella *Divinatio in Caecilium* 8.27 non mancano i riferimenti alla necessità di richiamare tutta la vita degli imputati, laddove contesta a Cecilio la capacità di sostenere l'accusa, ricordandogli appunto che si tratta di *vitam alterius totam explicare atque eam non modo in animis iudicum, sed etiam in oculis conspectuque exponere, sociorum salutem, commoda provinciarum, vim legum, gravitatem iudiciorum defendere*.

⁶² Cic., *Verr.* 2.1.32: *Itaque primum illum actum istius vitae turpissimum flagitiosissimum praetermittam. Nihil a me de pueritiae suae flagitiis audiet, nihil ex illa impura adulescentia sua; quae qualis fuerit aut meministis, aut ex eo, quem sui simillimum produxit, recognoscere petitis*.

⁶³ Cic., *Verr.* 2.1.33-34: *Omne illud tempus quod fuit antequam iste ad magistratus remque publicam accessit, habeat per me solutum ac liberum. Sileatur de nocturnis eius bacchationibus ac vigiliis; lenonum, aleatorum, perductorum nulla mentio fiat; damna, dedecora, quae res patris eius, aetas ipsius pertulit, praetereantur; lucretur indicia veteris infamiae; patiaturs eius vita reliqua me hanc tantam iacturam criminum facere. Quaestor Cn. Papirio consuli fuisti abhinc annos quattuordecim. Ex ea die ad hanc diem quae fecisti in iudicium voco: hora nulla vacua furto, scelere, crudelitate, flagitio reperietur. Hi sunt anni consumpti in quaestura et legatione Asiatica et praetura urbana et praetura Siciliensi; quare haec eadem erit quadripartita distributio totius accusationis meae*.

⁶⁴ Cic., *Verr.* 2.15.40.

⁶⁵ Cic., *Verr.* 2.1.34-42.

menti.⁶⁶ Rientrato a Roma, pose poi nel 74 a.C. la candidatura per la pretura riuscendo a vincere per broglio elettorale ed ottenendo nel sorteggio la pretura urbana. Un fase della *vita anteacta* di Verre – quella dell'amministrazione della giustizia a Roma – alla quale Cicerone dedica buona parte del I libro dell'*actio secunda*,⁶⁷ riferendo ai giudici il losco mercimonio che, nella casa dell'amante Chelidone, dove si vendevano le sentenze e si gestivano gli appalti delle opere pubbliche, si faceva ormai dell'onore dello stato.⁶⁸

Altrettanto intenso è, d'altronde, il richiamo alla *vita anteacta* di Catilina che Cicerone fa innanzi tutto in Senato nella I Catilinaria, dove, dopo aver invitato l'imputato a lasciare Roma, gli chiede: '*quod te iam in hac urbe delectare possit, in qua nemo est extra istam coniurationem perditorum hominum, qui te non metuat, nemo quid non oderit? Quae nota domesticae turpitudinis non inusta vitae tuae est? Quod privatorum rerum dedecus non haeret infamiae? Quae libido ab oculis, quod facinus a manibus unquam tuis, quod flagitium a toto corpore adfuit? Cui tu adulescentulo, quem corruptelarum inlecebris irretisses, non aut ad audaciam ferrum aut ad libidinem facem praetulisti*',⁶⁹ ricordandogli poi – tra l'altro – l'uccisione del figlio, la cui presenza ostacolava, dopo la morte della moglie, le nuove nozze con Aurelia Orestilia, e la dissipazione del patrimonio.⁷⁰

Ma è ancor più nella II Catilinaria tenuta l'indomani davanti al popolo, con un intervento in cui – come è stato esattamente osservato – «con la parola crea un quadro potente di psicologia sociale»⁷¹, che Cicerone tratteggia il dipinto di Catilina come un uomo '*veneficus, gladiator, latro, sicarius, parricida, testamentorum subiecto, circumscriptor, ganeo, nepos, adulter, quae mulier infamis, corruptor iuventutis, corruptus, perditus*', un uomo che non poteva che essersi circondato dunque di persone della sua stessa indole,⁷² persone che l'oratore con maestria divide in sei note categorie (ricchi indebitati, nullatenenti bramosi di potere, coloni sillani rovinati, proprietari mariani rovinati, pezzenti, malviventi e giovani debosciati).⁷³

5. Anche nella prassi giudiziaria delle *cognitiones extra ordinem* dell'età imperiale, d'altronde, non mancano indizi nelle fonti nel senso della rilevanza che la vita anteacta dell'imputato, e soprattutto la presenza nel suo passato di precedenti reati, dello stesso o di altro genere, avevano nel processo penale.

Pur nella stringatezza dei resoconti storiografici, in questo senso può essere letta, ad esempio, la vicenda dell'oratore Cassio Severo, che era stato condannato sotto Augusto dal senato alla *relegatio* nell'isola di Creta per i libelli ingiuriosi con cui aveva diffamato molti esponenti della *nobilitas* senatoria e che nel 24 d.C., secondo quanto narra Tacito, venne nuovamente giudicato per avere reiterato la stessa condotta mentre era in esilio e condannato alla relegazione perpetua nell'isola di Serifo, all'*interdictio aqua et igni* e alla confisca dei beni.⁷⁴ Si veda:

⁶⁶ Cic., *Verr.* 2.1.44-102.

⁶⁷ Cfr. Cic., *Verr.* 2.1.103 ss.

⁶⁸ Cic., *Verr.* 2.1.120.

⁶⁹ Cic., *Cat.* 1.6.13.

⁷⁰ Cic., *Cat.* 1.6.14. Sulle argomentazioni utilizzate da Cicerone in riferimento a Catilina, nell'ottica da noi considerata, v. ora anche N. DONADIO, '*Documentum supplicii*' e '*Documentum criminis*' cit., 17 ss.

⁷¹ Così G. BELLARDI nell'*Introduzione* all'edizione Utet de *Le orazioni di M. Tullio Cicerone*, II cit., 47.

⁷² Cic., *Cat.* 2.4.7.

⁷³ Cic., *Cat.* 2. §§ 17-23.

⁷⁴ Sulla vicenda, che Tacito riferisce anche in *ann.* 1.72.3 e che è considerata peraltro il primo caso di

Tac., *ann.* 4.21.3: *Relatum et de Cassio Severo exule, qui sordidae originis, maleficae vitae, sed orandi validus, per immodicas inimicitias ut iudicio iurati senatus Cretam amoveretur effecerat, atque illi eadem acititando recentia veteraque odia advertit, bonisque exutus, interdicto igni aqua, saxo Seripho consenuit.*

Ebbene, credo anch'io sia del tutto condivisibile l'idea, già sostenuta dallo Schilling,⁷⁵ che alla più severa condanna nel secondo processo avesse contribuito la circostanza che Cassio, sebbene *orandi validus*, fosse però un uomo *sordidae originis* e *maleficae vitae*, come sottolinea espressamente Tacito, e, soprattutto, che fosse un recidivo (*eadem acititando*), trattandosi sostanzialmente della reiterazione dello stesso reato per il quale era stato già condannato a titolo di *maiestas* sotto Augusto nell'8 d.C. Una vita malefica ed una reiterazione che avevano con buona probabilità orientato i giudici verso un inasprimento della pena, che oltre alla *relegatio* perpetua nella più disagiata isola di Serifo, prevedeva ora anche la confisca del patrimonio e l'*interdictio aqua et igni*. E se si tiene conto che proprio l'avere già commesso in passato il reato di cui si era accusati era il fattore di maggior rilievo nell'ambito dell'*anteacta vita*, credo che l'interpretazione suggerita dalla Schilling sia senz'altro da accogliere.

Anche nel caso di Servilio Tusco e Cornelio Prisco, i due accusatori condannati dal tribunale senatorio nel 34 d.C. per avere accettato denaro *omittendae delationis*, per abbandonare cioè l'accusa contro Vario Ligure, d'altronde, non è da escludere che alla condanna e, ancor più, alla determinazione della pena particolarmente grave della *relegatio in insulam* e dell'*interdictio aqua et igni* avesse contribuito la circostanza, espressamente sottolineata da Tacito, che i due erano *perdito Scauro famosi*, erano noti cioè per avere già prima dolosamente accusato di adulterio e di pratiche magiche Mamercio Emilio Scauro, che, temendo la condanna, si era dato la morte.⁷⁶

Tac., *ann.* 6.30.1: *Ac tamen accusatores, si facultas incideret, poenis adficiabantur, ut Servilius Corneliusque perdita Scauro famosi, quia pecuniam a Vario Ligure omittendae delationis ceperant, in insulas interdicto igni atque aqua demoti sunt.*⁷⁷

Certo, è probabile che in questo caso non ci fosse stata alcuna condanna per la vicenda di Scauro, dato che la morte dell'accusato sicuramente prevenne la sentenza ed estinse il

repressione a titolo di *maiestas* della diffamazione attuata mediante *libelli famosi*, cfr., tra gli altri, R.A. BAUMAN, *The crimen maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg 1967, 264; ID., *Impietas in principem. A study of trason against the Roman emperor with special reference to the first century A.D.*, München 1974, 25 ss.; A.D. MANFREDINI, *La diffamazione verbale nel diritto romano*, I, *Età repubblicana*, Milano 1979, 182 s.

⁷⁵ Cfr. A. SCHILLING, *Poena extraordinaria. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, Berlin 2010, 159. L'opinione dello studioso è seguita da M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana*, Torino 2015, 48 ss.

⁷⁶ Tac., *ann.* 6.29.4: *Verum ab Servilio et Cornelio accusatoribus adulterium Liviae, magorum sacra obiectabantur. Scaurus, ut dignum veteribus Aemiliis, damnationem antiit, hortante Sextia uxore, quae incitamentum mortis et particeps fuit.* Scauro, peraltro, doveva difendersi anche dall'accusa di *maiestas* promossa da Macro per alcuni versi di un suo scritto allusivi a Tiberio: v. Tac., *ann.* 6.29.3 e Dio Ca. 58.24.4. Della vicenda si è interessata, da ultimo, anche N. DONADIO, *'Documentum supplicii' e 'Documentum criminis'* cit., 241 ss.

⁷⁷ Sull'episodio, nell'ottica qui considerata, cfr., tra i più recenti, A. SCHILLING, *Poena extraordinaria* cit., 178 s. e M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 54 ss.

reato.⁷⁸ Ciò non toglie, tuttavia, che la fama di calunniatori che comunque i due si erano procurati con le loro pregresse attività culminate con la morte di Scauro aveva presumibilmente influenzato, pur nell'ambito dell'*anteacta vita*, il giudizio discrezionale dei giurati, indirizzandoli verso una pena particolarmente severa.

Per finire, forse pure nel processo intentato a Publio Suillio Rufo nel 58 d.C.⁷⁹ e che si concluse con la condanna alla *relegatio* alle isole Baleari e alla confisca di una parte dei beni⁸⁰ un ruolo non irrilevante dovettero avere il suo torbido passato di delatore svolto durante il regno di Claudio⁸¹ e la presenza di precedenti penali, come la condanna per corruzione giudiziaria subita nel 24 d.C. ad opera del tribunale senatorio presieduto da Tiberio.⁸²

6. Se – come si è visto – nella repressione penale i trascorsi di vita dell'imputato rivestivano un ruolo determinante nell'ambito delle argomentazioni dell'accusa e della difesa, il richiamo alla *vita anteacta* non era assente né era irrilevante nei processi civili.

E ancora una volta ce ne fornisce una pregnante testimonianza innanzitutto Cicerone.

Possiamo verificarlo già nell'81 a.C. nella *pro Quintio*, la prima causa impegnativa affrontata da difensore, un'intricata e complessa causa di diritto privato che si trascinava da anni su dei crediti che Nevio vantava nei confronti di Gaio Quinzio, fratello defunto del convenuto P. Quinzio e suo socio in un'azienda agricola in Gallia, crediti per i quali era già stato disposto il sequestro del patrimonio di P. Quinzio successivamente sospeso. Una vertenza – questa – che fu poi riaperta da parte del pretore Dolabella davanti al giudice G. Aquilio Gallo.

Ebbene, anche in questo caso la difesa di Cicerone attinge a piene mani dalla *vita anteacta* dei protagonisti di questa complicata storia, dipingendo Nevio come un volgare farabutto che in vita sua non aveva mai tenuto una condotta fondata sul senso del dovere e sui principi dei *boni vires*,⁸³ e persino un assassino,⁸⁴ di fronte al quale stava P. Quinzio, con la sua onestà, la sua operosità, la sua parsimonia.⁸⁵ Segue il fiducioso appello finale

⁷⁸ Così in specie M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 55 s., che esclude infatti che l'episodio testimoni un caso di recidiva. Diversamente A. SCHILLING, *Poena extraordinaria* cit., 179.

⁷⁹ Suillio era stato accusato di *repetundae* nella sua qualità di governatore della provincia d'Asia e di vari crimini commessi nell'*Urbs*; ma, poiché per l'inchiesta per la corruzione era stato chiesto un anno, si procedette intanto per i delitti commessi a Roma, per i quali erano pronti molti testimoni (v. Tac., *ann.* 13.43).

⁸⁰ Sull'episodio v. Tac., *ann.* 13.42-43 e, per tutti, L. FANIZZA, *Delatori e accusatori. L'iniziativa nei processi di età imperiale*, Roma 1988, 25 ss.

⁸¹ V. Tac., *ann.* 13.43: *Hi (testes) ...iam equitum romanorum agnina damnata omnemque Claudii saevitiam Suillio obiectabant*, e, per il profilo qui richiamato, C. RUSSO RUGGERI, *Indices e Indicia. Contributo allo studio della collaborazione giudiziaria dei correi dissociati nell'esperienza criminale romana*, Torino 2011, 137.

⁸² Cfr. Tac., *ann.* 4.31.3. In tale direzione cfr. A. SCHILLING, *Poena extraordinaria* cit., 233 e M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit. 62 ss., per la quale tuttavia anche in questo caso alla commisurazione della pena, più che la recidiva, avrebbe concorso in generale la cattiva reputazione del reo.

⁸³ Cfr. Cic., *pro Quint.* 17.55-56.

⁸⁴ Cfr. Cic., *pro Quint.* 11.39.

⁸⁵ Cfr. in specie Cic., *pro Quint.* 30.93: *Non comparat se tecum gratia P. Quinctius, Sex. Naevi, non opibus, non facultate contendit; omnis tuas artis, quibus tu magnus es, tibi concedit; fatetur se non belle dicere, non ad voluntatem loqui posse, non ab afflictia amicitia transfugere atque ad florentem aliam devolare, non*

rivolto dal giovane oratore ad Aquilio Gallo, al quale ricorda come qui si tratti in realtà non tanto di *causa cum causa*, di una situazione giuridica cioè contrapposta ad un'altra, ma di *vitae ratio cum ratione vitae*, cioè della contrapposizione di due sistemi di vita:

Cic., *pro P. Quint.* 30.92: *Quo die ad te iudicem venimus, eodem die illorum minas, quas ante horrebamus, neglegere coepimus. Si causa cum causa contenderet, nos nostram perfacile quovis probaturos statuebamus; quod vitae ratio cum ratione vitae decerneret, idcirco nobis etiam magis te iudice opus esse arbitrati sumus. Ea res enim nunc in discrimine versatur, utrum possitne se contra luxuriam ac licentiam rusticana illa atque inculta parsimonia defendere an deformata atque ornamentis omnibus spoliata nuda cupiditatis petulantiaeque addicatur.*

Anche nel 76 a.C., difendendo l'attore Q. Roscio Comodeo in una tortuosa faccenda generata dall'affidamento al convenuto da parte di un certo Fannio dello schiavo Panurgo perché fosse istruito nel mestiere di attore e venissero poi divisi tra i due i guadagni derivanti dell'attività dello schiavo, faccenda complicata poi dall'uccisione di Panurgo,⁸⁶ c'è un costante confronto tra la vita malefica di Fannio e l'onestà di Q. Roscio e, soprattutto, la assai significativa affermazione per cui, al fine di stabilire quale dei due soci avesse davvero truffato ed ingannato l'altro, era la vita vissuta che avrebbe dato subito, senza bisogno di parole, una testimonianza precisa ed autorevole in un senso o nell'altro:

Cic., *pro Q. Rosc.* 6.17: *Quae cum ita sint, quis sit qui socium fraudarit et fefellerit consideremus; dabit enim nobis iam tacite vita acta in alterutram partem firmum et grave testimonium.*

Segue il richiamo alla vita purissima e castissima ed alle virtù ed all'onestà di Roscio, il quale possedeva più lealtà che arte, più sincerità che capacità professionali, tanto da essere apprezzato dal popolo più come uomo che come attore, altrettanto degno del senato per la sua integrità quanto lo era della scena per la sua bravura d'artista. Un uomo, Quinto Roscio, la cui onestà, prudenza, umanità, generosità erano ben note anche al giudice Pisone e che lo stesso Saturio, l'avvocato della parte avversa, aveva sempre definito un galantuomo.⁸⁷ Non così Fannio, il cui stesso aspetto fisico evidenziava *malitia* e *calliditas*, che *ex fraude, fallaciis, mendaciis constare tutus videtur*, che addirittura richiamava alla mente il ruffiano Ballione del teatro plautino, una *persona lutulenta, impura, invisa*, le cui caratteri-

profusis sumptibus vivere, non ornare magnifice splendideque convivium, non habere domum clausam pudori et santimoniae, patentem atque adeo expositam cupiditati et voluntatibus; contra sibi ait officium, fidem, diligentiam, vitam omnino semper horridam atque aridam cordi fuisse. Ista superiora esse ac plurimum posse his moribus sentit.

⁸⁶ Avvenuta per mano di un tale Q. Flavio di Tarquinia: v. Cic., *pro Q. Rosc.* 6.11.32.

⁸⁷ Cic., *pro Q. Rosc.* 6.17-18: *Q. Roscius? Quid ais? Nonne, ut ignis in aquam coniectus continuo restinguitur et refrigeratur, sic referens falsum crimen in purissimam et castissimam vitam conlactum statim concidit et extinguitur? Roscium socium fraudavit! Potest hac homini huic haerere peccatum? Qui me dius fidius – audacter dico – plus fidei quam artis, plus veritatis quam disciplinae possidet in se, quam populus Romanus meliorem virum quam histrionem esse arbitratur, qui ita dignissimus est scaena propter artificium aut dignissimus sit curia propter abinentiam. Sed quid ego ineptus de Roscio apud Pisonem dico? Ignotum hominem scilicet pluribus verbis commendo. Estne quisquam omnium mortalium de quo melius exstimes tu? Estne quisquam qui tibi purior, prudentior, humanior, officiosior liberaliorque videatur? Quid? Tu, Saturi, qui contra huc venis, existimas aliter? Nonne, quotienscumque in causa in nomen huius incidisti, totiens hunc et virum bonum esse dixisti et honoris causa appellasti? Quod nemo nisi aut honestissimo aut amicissimo facere consuevit.*

stiche si ritrovavano tutte *in huius moribus, natura vitae*.⁸⁸ E d'altronde è il confronto tra le personalità delle parti – conclude Cicerone – a rendere incredibile che un *probus* abbia frodato un *improbus*, un *pudens* un *impudens*, un *peruirus* un *castus*, un *callidus* un *imperitus*, un *liberalis* un *avidus*, così come è incredibile tanto che l'avidità abbia spinto Roscio a bramare qualcosa, quanto che la bontà abbia fatto subire una perdita a Fannio.⁸⁹

Ed anche questa parte dell'arringa si chiude, ancora una volta, con la preghiera rivolta ai giudici perché mettessero a confronto le vite dei contendenti:

Cic., *pro Q. Rosc.* 7.20: *Oro atque obsecro vos qui nostis, vitam inter se utriusque conferte, qui non nostis, faciem utriusque considerate*.⁹⁰

La fonte più considerevole sul ricorso strategico alle argomentazioni riguardanti l'*ante-acta vita* delle parti nelle cause civili è costituita però da una assai nota e studiata testimonianza di Aulo Gellio,⁹¹ e precisamente:

⁸⁸ Cfr. Cic., *pro Q. Rosc.* 7.20: *Verum tamen quem fraudarit videamus. C. Fannium Chaeream Roscius fraudavit! Oro atque obsecro vos qui nostis, vitam inter se utriusque conferte, qui non nostis, faciem utriusque considerate. Nonne ipsum caput et supercilia illa penitus abrasa olere malitiam et clamitare calliditatem videntur? Non ab imis unguibus usque ad verticem summum, si quam coniecturam adfert hominibus tacita corporis figura, ex fraude, fallaciis, mendaciis constare totus videtur? Qui idcirco capite et superciliis semper est rasis ne ullum pilum viri boni habere dicatur; cuius personam praeclare Roscius in scaena tractare consuevit, neque tamen pro beneficio ei par gratia refertur. Nam Ballionem illum improbissimum et periurissimum lenonem cum agi, agit Chaeream; persona illa lutulenta, impura, invisiva in huius moribus, natura vitae est expressa. Qui quam ob rem Roscium similem sui in fraude et malitia existimarit, mihi vix videtur, nisi forte quod praeclare hunc imitari se in persona lenonis animadvertit.*

⁸⁹ Cic., *pro Q. Rosc.* 7.21: *Quam ob rem etiam atque etiam considera, C. Piso, quis quem fraudasse dicatur. Roscius Fannium! Quid est hoc? Probus improbum, pudens impudentem, periurum castus, callidum imperitus, liberalis avidum? Incredibile est. Quem ad modum, si Fannius Roscium fraudasse diceretur, utramque ex utriusque persona veri simile videretur, et Fannium per malitiam fecisse et Roscium per imprudentiam deceptum esse, sic, cum Roscius Fannium fraudasse arguatur, utrumque incredibile est; et Roscium quicquam per avaritiam appetisse et Fannium quicquam per bonitatem amisisse.*

⁹⁰ Anche su questa testimonianza, sempre nell'ottica della qualificazione del *bonus vir*, cfr., da ultimo, G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana* cit., 64 s. e P. CERAMI, rec. a R. FIORI, *Bonus vir* cit., 350.

⁹¹ La lunga trattazione di Gell. 14.2 da tempo ha formato oggetto di attenzione da parte della dottrina sotto più profili. Tra i tanti contributi sul tema cfr., in specie, P. DE FRANCISCI, *La prova giudiziale (a proposito di Gell. N.A. 14.2)*, in *Helicon* 1, 1961, 591 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano. I. Le legis actiones*, Roma 1962, 411 ss.; C. ST. TOMULESCU, *An Aristocratic Roman Interpretation at Aulus Gellius*, in *RIDA* 17, 1970, 313 ss.; P. GARNSEY, *Social status and legal Privilege in the Roman Empire*, Oxford 1970, 210 s.; U. VINCENTI, *'Duo genera sunt testium'. Contributo allo studio della prova testimoniale nel processo romano*, Padova 1989, 99 ss.; V. GIUFFRÈ, *Necessitas probandi. Tecniche processuali e orientamenti teorici*, Napoli 1984, 135 ss.; J. PARICIO, *Iurare sibi non liquere*, in *Atti del III Seminario romanistico gardesano (22-25 ottobre 1985)*, Milano 1985, 418 ss.; B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus*, in *SDHI* 60, 1994, 135 ss. (ora in *Scritti giuridici*, III, Torino 2006, 207 ss.); D. NÖRR, *L'esperienza giuridica di Gellio (Noctes Atticae XIV 2)*, in *Filellenismo e tradizionalismo nei primi due secoli dell'impero (Atti Convegno accademia dei Lincei – 1995)*, Roma 1996, 33 ss.; G. POLARA, *Autonomia e indipendenza del giudice nell'evoluzione storica delle forme processuali: "iuravi mihi non liquere"*, in *Scritti in ricordo di Barbara Bonfiglio*, Milano 2004, 335 ss.; A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 292 ss.; A. RUELE, *Aulu-Gelle sur les banc des juges et la 'sponsio ni vir melior esset': enquête sur un silence*, in *Libellus ad Thomastium. Essays in Roman Law, Roman-Dutch Law and Legal History in Honour of Ph.J. Thomas*,

Gell. 4.2.4-9: *Petabatur apud me pecunia, quae dicebatur data numerataque; sed qui petebat, neque tabulis neque testibus id factum docebat et argumentis admodum exilibus nitebatur. Sed eum constabat virum esse firme bonum notaeque et expertae fidei et vitae inculpatisimae, multaque et inlustria exempla probitatis sinceritatisque eius expromebantur; Illum autem, unde petebatur, hominem esse non bonae rei vitaeque turpi et sordita convictumque volga in mendaciis plenumque esse perfidiarum et fraudum ostendebatur. Is tamen cum cum suis multis patronis clamitabat probari apud me debere pecuniam datam consuetis modis: expensi latrone, mensae rationibus, chirographi exhibitione, tabularum obsignatione, testium intercessionem. Ex quibus omnibus si nulla re probaretur, dimitti iam se oportere et adversarium de calumnia damnari; quod de utriusque autem vita atque factis diceretur, frustra id fieri atque dici; rem enim de petenda pecunia apud iudicem privatum agi, non apud censores de moribus. Tunc ibi amici mei, quos rogaveram in consilium, viri exercitati atque in patrociniis et in operis fori celebres semperque se circumdique distrahentibus causis festinantes, non sedendum diutius ac nihil esse dubium dicebant, quin absolendus foret, quem accepisse pecuniam nulla probatione solemniter docebatur.*

In qualità di giudice Gellio si trovava dunque a dover decidere una delicata controversia avente ad oggetto la restituzione di un credito che però il creditore non poteva provare *neque tabulis neque testis* e per il quale si appellava invece alla sua irrepreensibile vita passata, evidenziata peraltro da molti esempi di probità e sincerità, ed alla vita torpida e sordida del convenuto, notoriamente considerato un mentitore pieno di perfidie e di frodi.

Il convenuto, assistito da molti avvocati, reclamava però l'assoluzione, adducendo che il credito non era provato nei modi consueti e, soprattutto, che la vita e le azioni dei contendenti non potevano avere alcun rilievo trattandosi di una controversia di credito di fronte ad un giudice privato e non di una questione *de moribus* davanti ai censori; e chiedeva, per di più, che l'attore fosse condannato per calunnia. Il *consilium* di Gellio sembrava favorevole all'assoluzione del convenuto.

Gellio però si mostrava alquanto perplesso all'idea di assolvere un uomo dalla vita turpe e sordida e decise di consultare il filosofo Favorino di Arles, il quale fornì a Gellio – e indirettamente a noi – una particolarmente interessante informazione. Si legga:

Gell. 14.2.20-26: *“Sed de his” inquit “et ceteris huiusmodi iudicialis officii tractatibus et nos posthac, cum erit otium, dicere, quid sentiamus, conabimur et praecepta Aelii Tuberonis super officio iudicis, quae nuperrime legi, recensere. Quod autem ad pecuniam pertinet, quam apud iudicem peti dixisti, suadeo hercle tibi, utare M. Catonis, prudentissimi viri, consilio, qui in oratione, quam pro L. Turio contra Cn. Gellium dixit, ita esse a maioribus traditum observatumque ait, ut si, quod inter duos actum est, neque tabulis neque testibus planum*

Praetoria 2010, 366 ss.; T.A.G. MCGINN, *Communication and the capability Problem in Roman law: Aulus Gellius as Iudex and the Jurist on Child-Custody*, in RIDA 57, 2010, 265 ss.; G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana* cit., 57 ss.; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011 108 s.; L. MANNA, *La facoltà del giudice di 'iurare rem sibi non liquere'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova 2012, 493 ss.; C. CASCIONE, *Vir malus*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica. Incontro di studio Trani, 28-29 ottobre 2011*, Bari 2013, 94 ss.; C. MASI DORIA, *Linee per una ricerca sulla veritas nell'esperienza giuridica romana*, in *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, 35 ss.; P. GIUNTI, *Iudex e iurisperitus. Alcune considerazioni sul diritto giurisprudenziale romano e la sua narrazione*, in IVRA 61, 2013, 57 s. nt. 28.

fieri possit, tum apud iudicem, qui de ea re cognosceret, uter ex his vir melior esset, quaereretur et, si pares essent seu boni pariter seu mali, tum illi, unde petitur, crederetur ac secundum eum iudicaretur. In hac autem causa, de qua tu ambigis, optimus est qui petit, unde petitur determinimus, et res est inter duos acta sine testibus. Eas igitur et credas ei qui petit, condemnesque eum de quo petitur, quoniam, sicut dicis, duo pares non sunt et qui petit melior est". Hoc quidem mihi, tum Favorinus, ut virum philosophum decuit, suasit. Sed maius ego altiusque id esse existimaui, quam quod meae aetati et medicritati conveniret, ut cognovisse et condemnasse de moribus, non de probationibus rei gestae videre; ut absolvem tamen, inducere in animum non quivi et propterea iuravi mihi non liquere atque ita iudicatu illo solutus sum. Verba ex oratione M. Catonis, cuius commemoravit Favorinus, haec sunt: Atque ego a maioribus memoria sic accepi: si quis quid alter ab altero peterent, si ambo pares essent, sive boni sive mali essent, quod duo res gessissent, uti testes non interessent, illi, unde petitur, ei potius credendum esse. Nunc si sponsionem fecisset Gellio cum Turio, ni vir melior esset Gellius quam Turius, nemo, opinor, tam insanus esset, qui iudicaret meliorem esse Gellium quam Turium: si non melior Gellius est Turio, potius oportet credi, unde petitur.

Ebbene, si tratta di una fonte che assume ai nostri fini estremo valore, e sotto più profili.

Essa attesta infatti, innanzi tutto, che nel II secolo d.C. il richiamo alla *vita anteacta* dei contendenti era una prassi abituale nei tribunali pretori, se è vero che un creditore che non poteva dimostrare *signis* o *tabulis* il proprio credito non esitò a servirsi proprio di quell'argomento artificiale da tempo teorizzato nei trattati retorici costituito appunto dalla propria vita specchiata e dalla contrapposta vita immorale del convenuto; così come quest'ultimo e i suoi molti avvocati non esitarono a servirsi di quegli stessi insegnamenti retorici che – come si è visto – suggerivano al difensore di un uomo del quale non si poteva in alcun modo negare il passato malefico di sminuirne il valore obiettando che nelle cause civili si trattava dei crediti e non dei costumi di vita e delle azioni delle persone, di cui si occupavano i censori.

La parte più interessante del racconto di Gellio è costituito tuttavia da quella notizia che Favorino di Arles, consultato dal giudice incerto sul da farsi, gli fornì circa i *verba* pronunciati da Catone in occasione di una *oratio* in difesa L. Turio in una causa privata intentata da Cn. Gellio e relativa ad una *sponsio* contenente la condizione negativa '*ni vir melior esset Gellius quam Turius*'.⁹² Secondo Catone, infatti, i *maiores* avrebbero stabilito una regola, che si era tramandata ed era stata regolarmente osservata, in base alla quale, qualora non ci fosse stata la possibilità di decidere la controversia *testibus*, si dovesse dare ragione al *vir melior* o, se entrambi erano uomini dalla vita parimenti onesta o disonesta, al convenuto.

Ora, mi sembra risulti di tutta evidenza il particolare pregio ai fini dell'indagine che stiamo conducendo dell'informazione qui fornitaci da Gellio, che attesta senza ombra di dubbio come già al tempo di Catone il ricorso all'*argumentum* costituito dalla *vita anteacta* dei contendenti non solo fosse abituale nella pratica quotidiana dei tribunali civili, ma addirittura si fondasse su una *regula iuris* risalente ai *maiores* e nel tempo normalmente rispettata.⁹³ Una regola che, almeno nei casi in cui la controversia non poteva essere prova-

⁹² Cfr. *or. Frg.* 186 Sblend(orio)= 206 Malc(ovati). Sulla probabile datazione della causa alla metà del II secolo a.C., cfr. B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus* cit., 136 s.

⁹³ Sulla certa risalenza della regola almeno a partire dagli inizi del III secolo a.C. v., in specie, B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus* cit., 144 s., che sottolinea l'esplicito richiamo al *memoria accipere*, che sembra evocare «una lunga tradizione di trasmissione orale della regola addotta», ed

ta *consuetis modis*, cioè attraverso le c.d. prove inartificiali, imponeva al giudice di giudicare appunto sulla base della vita passata delle parti, dando ragione al *vis melior*.

Quanto poi alla questione di chi fosse il *vir melior* richiamato da Catone e da Gellio, o, meglio, dei parametri in base ai quali andava fatta la comparazione tra le parti, sembra anche a me decisamente da preferire l'idea che il confronto riguardasse unicamente le qualità morali dei contendenti e non dipendesse invece dalla loro posizione economica e sociale:⁹⁴ come dimostrano, d'altronde, i fatti evocati a loro favore dalle parti nella rappresentazione gelliana, che fa riferimento appunto ai loro costumi di vita, una vita *inculpatissima*, comprovata da molti e illustri esempi di probità e sincerità, per l'uno, e *turpis et sordida*, notoriamente dedida alla menzogna e piena di perfidie e frodi, per l'altro. E come conferma, inoltre, anche l'esplicito accenno ai *mores* fatto sia dal convenuto, che contestava trattarsi di una questione *de pecunia petenda* e non *de moribus*, sia, e soprattutto, dal giovane Gellio, che scelse alla fine di *non liquere* proprio per l'imbarazzo che gli provocava l'idea di dover decidere *de moribus* e non *de probationibus rei gestae*.

7. Per concludere sulla diffusione del richiamo ai trascorsi di vita dell'imputato nella pratica forense, sia penale che civile, non possiamo omettere di accennare alle *Declamationes*, una fonte che, soprattutto per la conoscenza dell'esperienza processuale romana, non può e non deve essere a mio avviso trascurata.⁹⁵ Come è noto, infatti, benché le declamazioni avessero ad oggetto cause congetturali proposte nelle scuole di retorica per lo più a scopo di esercitazione scolastica,⁹⁶ benché attingessero in buona misura al repertorio greco⁹⁷ e benché sovente non solo il caso prospettato, ma anche le norme richiamate fossero fittizi, rappresentassero cioè quello che il Bonner incisivamente chiamava 'il diritto dei retori' al quale non corrispondeva nessun ordinamento positivo,⁹⁸ non si può non considerare che proprio i retori, e non i giuristi, erano i veri «protagonisti del processo»⁹⁹ e che, pur possedendo solo un'infarinatura di diritto, erano tuttavia quelli che giornalmente lo praticavano nei tribunali del tempo. Non c'è dubbio, perciò, che soprattutto i retori «possono darci, per quanto mediate da esigenze espositive o teoriche e distorte in esempi scolastici, informazioni 'di prima mano' su 'come andavano effettiva-

il riferimento ai soli *testes*, che riporta ad una realtà giuridica nella quale il ricorso ai documenti come mezzi di prova non era ancora praticato.

⁹⁴ Così, da ultimo, G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana* cit., 56 ss. e P. CERAMI, rec. a R. FIORI, *Bonus vir* cit., 349 s. (ma, già prima, in questa direzione, la dottrina tradizionale, per la quale v., per tutti, G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, I cit., 411 e V. GIUFFRÈ, *Necessitas probendi* cit., 140 nt. 1). In senso contrario cfr. P. GARNSEY, *Social status and legal Privilege in the Roman Empire* cit., 211 nt. 1; U. VINCENTI, *Dua genera sunt testium* cit., 100 nt. 19; B. ALBANESE, *La sponsio processuale sulla qualifica di vir bonus* cit., 139 nt. 17 e, più recentemente, R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato romano*, 3, Napoli 2009, 242 s.; ID., *Bonus vir* cit., 109.

⁹⁵ In tal senso v., in specie, V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana*, Napoli 1998, 135.

⁹⁶ V., per tutti, F. LANFRANCHI, *Il diritto dei retori romani. Contributo alla storia dello sviluppo del diritto romano*, Milano 1938, 29 ss.

⁹⁷ Su ciò fondamentale resta U. E. PAOLI, *Droit attique et droit romain dans le rhéteurs Latins*, in RHD 31, 1953, 175 ss. (ora in *Altri studi di diritto greco e romano*, Milano 1976, 79 ss.).

⁹⁸ Cfr. S.F. BONNER, *Roman Declamation in the Late Republic and Early Empire*, Liverpool 1949 (rist. 1969), 84 s.

⁹⁹ Così V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana* cit., 136.

mente le cose', non a tavolino, ma nell'agone del foro». ¹⁰⁰

Ciò premesso, non mancano appunto nelle *Controversiae* e nelle *Declamationes* esplicite attestazioni del richiamo, nelle varie cause trattate, ai trascorsi di vita, richiamo che, seppure fatto in riferimento ad un caso fittizio, non poteva non derivare, come si è detto, se non dall'abitudine con cui esso veniva effettivamente praticato nella realtà forense. ¹⁰¹

Così in Seneca, ad esempio, nella *Controversia* 7, relativa al caso di un padre che era stato accusato dal figlio morente di tradimento per essersi appropriato dell'oro inviato per il riscatto del giovane caduto prigioniero del nemico e crocifisso, ¹⁰² l'accusatore ricorda che il padre lo aveva invitato a trovare un qualche crimine nella sua vita passata che potesse confermare l'accusa e che aveva chiesto di quali precedenti delitti fosse accusato, concludendo di non essere in grado di rispondere, poiché il figlio era un uomo riservato che taceva molto e non aveva mai voluto accusare il padre.

Sen., *contr.* 7.7.3: "Obice", inquit "aliqua ante actae vitae crimina". Non possum: verecundum competitorem habuisti; multum tacebat. 7.7.6 Nolite omnia expectare ab accusatore et occupato et verecundo: reum intellegite; crimina audistis. Quaeris ante actae vitae crimina? non habeo: nihil tibi unquam filium obicere voluit. ¹⁰³

E sempre in Seneca, *contr.* 9.6.1, il padre di una bambina accusata dalla matrigna imputata per veneficio di complicità nell'avvelenamento del fratellastro, nel difenderla – dice il retore – stava quasi accingendosi a chiedere: *anteactam vitam eius excutiamus*, esploriamo cioè nel passato di lei! Non lo ha poi fatto, plausibilmente perché una bambina non aveva passato, ma l'attestata esitazione del padre dimostra comunque, come è stato esattamente osservato, che nelle *quaestiones* era usuale appunto indagare sul passato del reo. ¹⁰⁴

Sen., *contr.* 9.6.1: Non est, quod putetis has lacrimas aut filiae esse reae: fratrem flet. Non prodesset tibi, puella, ne hoc quidem, quod te frater amavit, nisi mater odisset. Hoc me occidisti, noverca, quod scisti consciam eligere. Paene dixi: ante actam vitam excutiamus.

¹⁰⁰ In tal senso esattamente si esprime V. GIUFFRÈ, *La repressione criminale nell'esperienza romana* cit., 136. La rilevanza delle *Declamationes* per la storia del diritto è, d'altronde, oggi generalmente riconosciuta: per tutti, tra gli ultimi, v. D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api. Ius controversum e natura della Declamatio maior XIII*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 323 ss.; A. CORBINO, *Actio in factum adversus confitentem. Quint. Decl. Maior XIII*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano 2009, 511 ss.; C. MASI DORIA, *Principi e regole. Valori e razionalità come forme del discorso giuridico*, in A. LOVATO (a cura di), *Tra retorica e diritto. Linguaggio e forme argomentative nella tradizione giuridica. Incontro di Studio*. Trani, 22-23 maggio 2009, Bari 2011, 37 s.; M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 13 ss.

¹⁰¹ D'altra parte, come è stato esattamente osservato (v. D. MANTOVANI, *I giuristi, il retore e le api* cit., 327), l'importanza delle *Declamationes* per la storia del diritto non risiede tanto nel caso trattato o nella norma richiamata, che possono anche essere inventati, quanto «negli argomenti a cui si ricorre nella parte dimostrativa», che non possono appunto non derivare dall'esperienza acquisita sul campo.

¹⁰² Questo il *Thema*: *Pater et filius imperium petierunt; praelatus est patri filius. Bellum commisit cum hoste; captus est. Missi sunt decem legati ad redimendum imperatorem. Euntibus illis occurrit pater cum auro; dixit filium suum crucifixum esse et sero se aurum ad redemptionem tulisse. Illi pervenerunt ad crucifixum imperatorem; quibus ille dixit: 'cavete proditorem'. Accusatur pater proditoris.*

¹⁰³ Su questa testimonianza v., per tutti, A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 291.

¹⁰⁴ Cfr. A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 291.

Altri casi sono poi testimoniati nelle *Declamationes* dello Pseudo-Quintiliano.

In *decl. min.* 310, ad esempio, in riferimento ad un uomo condannato per adulterio, il quale, comportatosi poi eroicamente, aveva chiesto a titolo di premio di essere nuovamente giudicato,¹⁰⁵ il retore sottolinea come il condannato avesse fondato la richiesta proprio sui suoi *mores* e sulla sua vita passata, che rendevano incredibile il compimento di un tale crimine:

decl. min. 310: *Damnatus est adulterii. Sed postea fortiter pugnando ostenderit, non eos mores suos, non eam vitam, ut in illo credibilia haec crimina forent.*¹⁰⁶

Anche nella *decl. min.* 314, inoltre, a proposito di un giudice accusato di omicidio per avere condannato un uomo che, dopo essere stato assolto per parricidio, andava dicendo di essere stato lui ad uccidere il padre,¹⁰⁷ si fa espresso riferimento alla *dignitas* della persona e alla sua *vita anteacta*:

decl. min. 314: *Est autem commune <huic> cum aliis controversiis huius materiae ullud, quod reus magistratus, de cuius personae dignitate haec ipsa res satis pronuntiat. Videtur etiam de ante acta vita probari, eo modo, quo creatus est.*¹⁰⁸

Non meno interessante è poi quanto sempre lo Pseudo-Quintiliano fa dire ad un personaggio ricco accusato di omicidio da un povero parassita: 'che cosa si dice contro di me? Atteggiamenti offensivi, disonestà, frode? Anche il povero non mi ha accusato di tali cose. E la mia vita passata non potrebbe essere tenuta nascosta, con un avversario così cattivo'.¹⁰⁹

decl. min. 379: *Reo caedis quid obicitur? Petulantia, improbitas, circumscriptio? Ista ne pauper quidem obiecit: nec potuit latere ante acta vita sub eiusmodi inimico, quem usque eo vehementem dicitis, ut mea manu esset iugulandus.*¹¹⁰

Si consideri, infine, la *decl. min.* 380, dove uno schiavo liberato nel testamento ma per il quale il testatore aveva disposto poi la crocifissione, si appella ai tribuni contro l'*iniustum supplicium*. Ebbene, anche qui il retore osserva:

decl. min. 380: *Testamento, inquit, cautum est. Ideo tribuni cognoscunt non utrum scriptum, sed quare scriptum sit. Crux scripta est: quare? Quid commisit? Ante actam vitam scrutemur: video illi prius libertatem fuisse scriptam. Quid igitur tam subito peccavit? Numquid*

¹⁰⁵ L'uomo venne però poi nuovamente condannato. Questo il *Thema*: *Bis adulterii notatus ignominiosus sit. Notatus adulterii fortiter fecit. Petit praemii nomine, ut iterum accuseretur. Impetravit. Accusatus est iterum et damnatus. Dicitur ignominiosus.*

¹⁰⁶ Cfr. p. 221 dell'edizione taubneriana curata dal Ritter, da cui i testi sono qui citati. Su questa testimonianza, cfr., tra gli ultimi, M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 17 ss. e 131 nt. 67.

¹⁰⁷ *Thema*: *Parricidii reus paribus sententiis absolutus furere coepit et dicere per furorem frequenter: ego te, pater, occidi. Magistratus tamquam de confesso supplicium sumpsit. Reus est caedis.*

¹⁰⁸ Pag. 232 s. (ed. RITTER).

¹⁰⁹ Cfr. A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 291.

¹¹⁰ Pag. 423 (ed. RITTER). Cfr. A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 291.

venenum dare domino voluit, quo citius libertate frueretur? In contrarium incidit, non periclitaretur, si dedisset. 'Petenti, inquit, domino non dedit'.¹¹¹

8. Considerati gli insegnamenti impartiti nei trattati retorici e, soprattutto, la risalente ed ampia diffusione che le argomentazioni basate sull'*anteacta vita* ebbero nella prassi giudiziaria, non può destare sorpresa il fatto che i trascorsi di vita finissero per attirare anche l'interesse dei giuristi e degli imperatori,¹¹² divenendo oggetto di attenzione giurisprudenziale e di considerazione normativa, sia in riferimento al processo penale che alla giustizia civile.¹¹³

Cominciando dalla repressione penale, una testimonianza di speciale rilievo in questo senso appare:

D. 48.4.7.3 (Mod. 12 *pand.*): *Hoc tamen crimen iudicibus non in occasione ob principalis maiestatis venerationem habendum est, sed in veritate: nam et personam spectandam esse, an potuerit facere, et an ante quid fecerit et an cogitaverit et an sanae mentis fuerit. Nec lubricum linguae ad poenam facile trahendum est: quamquam enim temerarii digni poena sint, tamen ut insanis illis parcendum est, si non tale sit delictum, quod vel ex scriptura legis descendit vel ad exemplum legis vindicandum est.*

Modestino si stava qui occupando del fine al quale doveva tendere l'azione dei giudici nella repressione del *crimen maiestatis*, e cioè l'accertamento della *veritas*, per arrivare alla quale '*et personam spectandam est*', si doveva prendere in considerazione cioè – dice il giurista – anche la persona del reo e verificare quindi cosa avesse potuto fare, cosa avesse fatto nella sua vita anteriore, cosa '*cogitaverit* e se *sanae mentis fuerit*'.

Come si vede, la persona dell'imputato e, più in specie, i suoi precedenti di vita ('*ante quid fecerit*') rappresentavano dunque per Modestino uno dei parametri attraverso i quali i giudici dovevano perseguire la verità processuale, nel senso – io credo si debba intendere – che una vita infamante e già macchiata da precedenti delitti o, viceversa, una vita onesta e specchiata fossero da considerare indici rilevatori della capacità o incapacità a delinquere e del grado di pericolosità sociale dell'accusato: e, dunque, in ultima analisi, della probabilità o improbabilità che avesse commesso anche il reato di cui era ora sospettato.¹¹⁴

¹¹¹ V. p. 424 s. (ed. RITTER) e sul passo, nella prospettiva qui considerata, per tutti, A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 291.

¹¹² Sulla *communis opinio*, secondo la quale i giuristi specie repubblicani si sarebbero disinteressati delle prove giudiziarie, considerate materia propria della retorica, cfr., per tutti, J.-PH. LEVY, *La formation de la théorie romaine des preuves* cit., 420 ss.; ID., *Cicéron et la preuve judiciaire* cit., 187 ss.; G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico* cit., 391 ss. (ma, sul punto, cfr. le interessanti notazioni di M. MICELI, *La prova retorica tra esperienza romanistica e moderno processo penale* cit., 287 s. nt. 59 e G. DI CHIARA, *Ad faciendam fidem: i contributi narrativi nel processo penale tra ars rethorica, esperienza forense ciceroniana e diritto probatorio vigente*, in IVRA 48, 1997, 96 ss.). Gli stessi autori riconoscono tuttavia che, in età imperiale, pur se in maniera sporadica e senza alcuna pretesa di teorizzazione, anche i giuristi iniziarono ad occuparsi sovente di problematiche relative alla materia probatoria: per ciò rimando a G. PUGLIESE, *op. ult. cit.*, 400 ss.

¹¹³ Sul punto specificamente v. A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 295 ss.; ma, più in generale, sull'apporto fornito specie dai giuristi della fine del II e dei primi decenni del III secolo d.C. all'enucleazione ed alla fissazione di numerose regole attinenti alla materia probatoria, cfr. le pagine sempre valide di G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico* cit., 391 ss.

¹¹⁴ Sul brano v. M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 128, che lo esamina

Si legga poi:

D. 48.19.28.16 (Call. 6 *de cogn.*): *Maiores nostri in omni supplicio severius servos quam liberos, famosos quam integrae fama homines punierunt.*

Il frammento in questione, tratto da libro sesto *de cognitionibus* di Callistrato, conclude un lungo brano in cui il giurista si stava occupando delle pene della *cognitio extra ordinem*. Dopo avere distinto tra pene capitali e '*ceterae poenae ad extimationem pertinentes*',¹¹⁵ ed avere esaminato una serie di casi in cui esse trovavano applicazione,¹¹⁶ tra cui ultimo, nel § 15, quello dei *famosi latrones*, il giurista conclude dunque ricordando come *in omni supplicio* i *maiores* punissero più severamente gli schiavi rispetto ai liberi e gli uomini *famosi* rispetto a quelli *integrae fama*.

Ebbene, sul significato da attribuire alla voce *famosi* sono state formulate varie ipotesi in dottrina:¹¹⁷ ma io credo nel complesso più ragionevole l'opinione dominante secondo la quale con questa espressione Callistrato non intendesse alludere agli *infames* in senso tecnico, cioè a coloro che avevano subito una condanna in un giudizio pubblico infamante, ma piuttosto a coloro che godevano di una cattiva fama.¹¹⁸ Senz'altro da condividere, semmai, è l'idea per cui la *fama* di cui qui si trattava non fosse però solo la cattiva reputazione sociale, ma si riferisse soprattutto alle attività delinquenziali in cui tali soggetti si erano da tempo distinti: come sembrerebbe doversi desumere peraltro proprio dal paragone con quei *famosi latrones* di cui il giurista si era occupato nel paragrafo immediatamente precedente,¹¹⁹ che altro non erano appunto se non i *latrones* notoriamente dediti al *latrocinium*.¹²⁰

Ma, se così è, ciò significa allora che, nella repressione penale, per una prassi risalente ai *maiores* ma ancora condivisa e seguita al tempo del giurista severiano, la cattiva reputazione del reo e, soprattutto, un passato caratterizzato da una *consuetudo delinquendi* implicassero una maggiore severità nella punizione dei crimini; così come, viceversa, la sua *integra fama*, cioè una vita passata irreprensibile, giustificasse un minor rigore.

Il campo in cui l'*anteacta vita* del reo ha avuto maggiore considerazione nella riflessione giurisprudenziale è però certamente quello dei reati militari, la cui repressione è stata sem-

in rapporto alla problematica della recidiva, escludendo, però, che esso attestasse un caso di rilevanza della c.d. recidiva generica. Per altri profili cfr., tra gli ultimi, L. SOLIDORO MARUOTTI, *Profili storici del delitto politico*, Napoli 2002, 16 s. e M. SCOGNAMIGLIO, *Nullum crimen sine lege. Origini storiche del divieto di analogia in materia criminale*, Salerno 2009, 115 ss.; EAD., *Die Zulässigkeit der Analogie im Strafrecht der späten Republik und des Prinzipats*, in ZSS 129, 2012, 286 ss.

¹¹⁵ D. 48.19.28. pr-1 (Call. 6 *de cogn.*).

¹¹⁶ D. 48.19.28.2-14 (Call. 6 *de cogn.*).

¹¹⁷ Per la considerazione delle quali rinvio a M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 133 ss. ed ivi i riferimenti bibliografici.

¹¹⁸ Così, da ultimo, M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 135 s. ed ivi precedente letteratura.

¹¹⁹ Cfr. D. 48.19.28.15 (Call. 6 *de cogn.*). Ma v. pure D. 49.1.16 (Mod. 6 *diff.*), dove anche Modestino parla con analogo significato di *insignes latroni*. Su questi passi rinvio, da ultimo, a M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 137 ss. e nt. 438.

¹²⁰ Così esattamente M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 136 ss.

pre caratterizzata, come è noto, da una particolare discezionalità che poteva portare ad estrema severità o ad estrema indulgenza.¹²¹

Lo testimonia, innanzi tutto, un frammento di Modestino, che fa parte di un lungo brano dedicato in specie ai reati commessi dal disertore. Si legga:

D. 49.16.3.12 (Mod. 4 *de poenis*): *Sed si ex improvviso, dum iter quis facit, capitur ab hostibus, inspecto vitae eius praecedentis actu venia ei dabitur, et, si exemplo tempore militiae redeat, ut veteranus restituetur et emerita accipiet.*

Dopo avere chiarito, nel *principium* del frammento, che l'organo di norma competente a giudicare dei reati commessi dal disertore era il *dux* sotto il cui comando il *miles* prestava servizio, al quale il *praeses* doveva rinviarlo dopo averlo interrogato,¹²² Modestino passa nel § 1 ad elencare le *poenae militum*¹²³ e, nei §§ 2 e 3, a distinguere tra *emansor* e *defensor*,¹²⁴ fornendo, nei paragrafi successivi, vari esempi di fattispecie dell'uno e dell'altro.¹²⁵ Da tali esempi emerge molto chiaramente appunto l'ampia discrezionalità concessa al giudice nel valutare la gravità del reato concretamente tenuto dal militare e le qualità personali del reo, fatti che potevano portare ad un inasprimento o ad una mitigazione (o, addirittura, all'eliminazione) della pena.¹²⁶

Ora, tra le circostanze che certamente influivano sulla decisione del giudice, un particolare valore assumeva proprio la vita precedente del milite, come attesta appunto il fr. 12, relativo al caso di un militare che, mentre era in viaggio, veniva all'improvviso catturato dai nemici.¹²⁷

Ebbene: se dalla *inspectio* della sua vita precedente risultava che avesse sempre tenuto un comportamento irreprensibile, il *miles* catturato all'improvviso *dum iter quis faciat* non

¹²¹ Così A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 295.

¹²² Cfr. D. 48.16.3 pr. (Mod. 4 *de poen.*): *Desertorum auditum ad suum ducem cum elogio praeses mittet, praeterquam si quid gravius ille desertor in ea provincia, in qua repertus est, admiserit: ibi enim eum plecti poena debere, ubi facinus admissum est, divi Severus et Antoninus rescripserunt.* Come si vede, però, un rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla aveva disposto un'eccezione per l'ipotesi in cui il milite avesse commesso un delitto più grave nella provincia dove era stato trovato, nel qual caso prevaleva il criterio del luogo dove era stato consumato tale delitto: per tutti v. M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 112 s.

¹²³ D. 48.16.3.1 (Mod. 4 *de poen.*).

¹²⁴ D. 48.16.3.2 (Mod. 4 *de poen.*): *Emansor est, qui diu vagatus ad castra regreditur*; D. 48.16.3.3 (Mod. 4 *de poen.*): *Desertor est, qui per prolixum tempus vagatus reducitur.* Sulla distinzione cfr., per tutti, V. ARANGIO-RUIZ, *Sul reato di diserzione in diritto romano*, in Rivista di diritto e procedura penale 10, 1919, 141 s. (= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli, 1974, 6 s.); A. MASI, v. 'Diserzione (dir. rom.)', in Enc. dir. 13, Milano 1964, 105; V. GIUFFRÈ, *Arrio Menandro e la letteratura de re militari*, in Labeo 20, 1974, 40 s.; ID., *La letteratura de re militari. Appunti per una storia degli ordinamenti militari*, Napoli 1974, 69 s.; A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 296.

¹²⁵ V. D. 48.16.3.4-7 (Mod. 4 *de poen.*) su cui v., da ultimo, A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 296 s.

¹²⁶ Per A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 296, peraltro, il largo numero di circostanze attenuanti previste in materia derivava plausibilmente da rescritti imperiali e dall'interpretazione giurisprudenziale.

¹²⁷ Sul brano, tra gli ultimi, v. A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 295 e M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 112.

era considerato dunque un *transfuga*¹²⁸ ed era perciò perdonato,¹²⁹ conservando in più, in caso di ritorno, i congedi ed i premi maturati.

Si veda ora:

D. 49.16.5 pr. (Arr. Men. 2 *de re mil.*): *Non omnes desertores similiter puniendi sunt, sed habetur et ordinis stipendiorum ratio, gradus militiae vel loci, numeris deserti et anteactae vitae: sed et numerus, si solus vel cum altero vel cum pluribus deseruit, aliudve quid crimen desertioni adiunxerit: item temporis, quo in desertione fuerit: et eorum, quae postea gesta fuerint. Sed et si fuerit ultro reversus, non cum necessitudine, non erit eiusdem sortis.*

Con molta puntualità qui Arrio Menandro, dopo avere affermato che non tutti i disertori erano puniti allo stesso modo, elenca le circostanze che dovevano guidare il giudice nella determinazione della pena, quali innanzi tutto l'ordine degli stipendi, il grado, il luogo della milizia, l'incarico abbandonato e l'*anteacta vita* del reo. Dovevano inoltre essere considerati il numero dei disertori, se cioè il *miles* aveva disertato da solo o con un altro o con più, i crimini eventualmente commessi durante la diserzione, la durata della stessa, le azioni compiute nel frattempo e, in caso di ritorno, se esso fosse avvenuto spontaneamente o *cum necessitudine*.¹³⁰

Anche Arrio Menandro, dunque, conferma l'importanza che, tra le altre circostanze, anche la vita *anteacta* del militare aveva ai fini della determinazione della pena da infliggere al colpevole, da intendere appunto nel senso che una vita specchiata giustificava certamente una mitigazione (o addirittura l'esclusione) della pena, laddove un passato riprovevole meritava invece il suo aggravamento.

Particolare attenzione merita poi:

D. 49.16.5.6 (Arr. Men. 2 *de re mil.*): *A barbaris remissos milites ita restitui oportere Hadrianus rescripsit, si probabunt se captos evasisse, non transfugisse. Sed hoc licet liquido constare non possit, argumentis tamen cognoscendum est. Et si bonus miles antea aestimatus fuit, prope est, ut adfirmationi eius credatur: si remansor aut negligens suorum aut segnus aut extra contubernium agens, non credetur ei.*

Il frammento ricorda un rescritto dell'imperatore Adriano riguardante il trattamento da riservare ai militari catturati dai barbari e poi ritornati.

Come si vede, Adriano dispose che i *milites* che riuscivano a provare di essere stati catturati e di essere evasi, e di non essere dunque dei disertori, dovevano essere reintegrati. E se non era possibile dimostrare ciò con prove oggettive, si poteva allora ricorrere agli *argu-*

¹²⁸ Come lo era invece colui che veniva catturato *in praesidio*: v. D. 49.16.3.5.5 (Arr. Men. 2 *de re mil.*).

¹²⁹ La regola è confermata anche da Arrio Menandro in D. 49.16.5.5 (Arr. Men. 2 *de re mil.*): *Qui captus, cum poterat redire, non rediit, pro transfuga habetur. Item eum, qui in praesidio captus est, in eadem condicione esse certum est: si tamen ex improvviso, dum iter facit aut epistulam fert, capiatur quis, veniam meretur.* La *ratio* del diverso trattamento riservato al soldato catturato *ex improvviso* mentre era in viaggio o portava una lettera rispetto a quello catturato *in praesidio* sarebbe da ricercare nel fatto che il soldato catturato all'improvviso per la sorpresa non poteva difendersi o fuggire (così V. GIUFFRÈ, *La letteratura de re militari* cit., 93).

¹³⁰ Cfr., per tutti, V. GIUFFRÈ, *La letteratura de re militari* cit., 92; A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 297 s.; M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 124 ss.

menta. Di conseguenza, bisognava credere alle affermazioni di chi era stato considerato fino ad allora un *bonus miles*, mentre nessun credito meritava colui che era sempre stato un vile, un negligente rispetto ai suoi doveri, un pigro che passava il suo tempo fuori dall'accampamento.¹³¹

Cominciamo a dire che, nel passo, in realtà, non si parla di *anteacta vita*, ma è indiscutibile comunque che chi *bonus miles antea aestimatus fuit* altri non era se non il *miles* che aveva avuto un passato irreprensibile, durante il quale aveva assolto fedelmente e diligentemente ai propri doveri di soldato: come può desumersi peraltro dalla contrapposizione con colui che, per il comportamento vile e trascurato tenuto in precedenza, *bonus miles* non poteva essere considerato.

Ciò posto, il brano in oggetto credo assuma ai fini della nostra indagine uno speciale valore, sotto molti e differenti profili. Innanzi tutto perché non solo conferma ancora una volta ed ancora di più la considerazione e la rilevanza che la vita passata del reo ebbero nella procedura penale romana, ma soprattutto perché attesta che questa considerazione e questa rilevanza ricevettero un esplicito riconoscimento normativo da parte di Adriano.

D'altronde, non si può non ricordare che Adriano fu anche il primo imperatore ad avere legislativamente attribuito valore giuridico alla recidiva, alla circostanza cioè che il reo si fosse già macchiato in passato dello stesso reato, circostanza che costituiva peraltro, come si è visto, sia nei trattati retorici che nella prassi giudiziaria, il primo e più importante parametro su cui commisurare l'*anteacta vita* dell'imputato. Ce ne fornisce testimonianza Ulpiano, in un frammento relativo all'abigeato tratto dall'ottavo libro *de officio proconsulis* e pervenutoci nella *Collatio*, in cui il giurista severiano ricorda appunto un articolato rescritto adrianeo rivolto al *concilium* della Betica nel quale l'imperatore, dopo avere ricordato che l'abigeato era di norma punito *durissime* con la pena *ad gladium*, prescrisse tuttavia che tale pena non andava applicata *ubique, sed ubi frequentius est hoc genus maleficii*, mentre era sufficiente la pena dell'*opus* anche temporaneo laddove il furto di bestiame fosse stato più raramente consumato. Ciò posto, Adriano dispose che, per il caso della Betica, era sufficiente dunque il '*genus poenae quod maximum huic maleficio inrogari solet*', cioè la pena del *gladium*, precisando tuttavia che '*si quis tam notus et tam gravis in abigeando fuit, ut prius ex hoc crimine aliqua poena affectus sit, hunc in metallum dari oportere*', e cioè che, qualora il reo avesse però riportato altre condanne per lo stesso reato, tanto da essere già *notus* e *gravis in abigeando*, doveva essere punito con la pena *ad metallum*.¹³² Una precisazione – quest'ultima – nella quale non può non vedersi l'esplicita attribuzione di valore normativo alla nostra c.d. recidiva, al fatto cioè che nel passato del reo ci fossero già state altre condanne

¹³¹ Secondo V. GIUFFRÈ, *La letteratura de re militari* cit., 93 s., la paternità della specificazione finale contenuta in D. 49.16.5.6, introdotta con un et esplicativo, andrebbe attribuita al giurista, che avrebbe qui tenuto presente una casistica già documentata o una prassi sperimentata e forse da lui stesso influenzata.

¹³² Cfr. Coll. 11.7.1-3 (Ulp. 8 *de off. procons.*): *De abigeis puniendis ita divus Hadrianus rescripsit concilio Baeticae: "Abigei cum durissime puniuntur, ad gladium damnari solent. Puniuntur autem durissime non ubique, se dubi frequentius est hoc genus maleficii: alioquin et in opus et nonnumquam temporarium damnatur". "Ideoque puto apud vos quoque sufficere genus poenae, quod maximum huic maleficio inrogare solet, ut ad gladium abigei dentur: aut si quis tam notus et tam gravis in abigeando fuit, ut prius ex hoc crimine aliqua poena affectus sit, hunc in metallum dari oportere". Rescriptum divus Hadrianus sic loquitur, quasi gravior poena sit metalli: nisi forte hoc sensit divus Hadrianus gladii poenam* Sui dubbi ulpiane esposti nel § 3 in ordine alla circostanza che il rescritto adrianeo *sic loquitur quasi gravior poena sit metalli* e sulla congettura del giurista secondo cui Adriano avrebbe inteso la *poena gladii* nel senso di *ludi damnatio*, rimando alle osservazioni di M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 71 ss.

per lo stesso reato, tanto da essere ormai nota la pericolosità sociale dell'agente.¹³³ Un'evenienza che, come si è detto, da sempre era la prima cosa che gli accusatori, nel soffermarsi nelle loro arringhe sull'*anteacta vita* del reo, in aderenza d'altronde con quanto appreso nei trattati retorici, tentavano di dimostrare; e la prima cosa che i difensori si preoccupavano invece di confutare. E un'evenienza, peraltro, che lo stesso Arrio Menandro mostra di tenere in considerazione anche per la diserzione, ad esempio in D. 49.16.5.3, laddove ricorda che il disertore catturato fuori dall'Urbe *ex prima disertione restitui potest, iterum deserendo capite puniendum est*;¹³⁴ e della quale anche altri giuristi severiani, come Ulpiano, Paolo e Callistrato, riconoscono la rilevanza anche al di fuori del campo militare in riferimento ad una serie di reati perseguiti *extra ordinem*, come l'ingratitude dei liberi,¹³⁵ la partecipazione a tumulti popolari di giovani facinorosi,¹³⁶ il brigantaggio,¹³⁷ l'abigeato aggrava-

¹³³ In questa prospettiva v., da ultimo, M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 66 ss.; ma, già prima, cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, Roma 1976, 225; F. M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena «pro modo admissi»*, Bari 1942, 575 nt. 638; S. PIETRINI, *A proposito della sanzione nel reato di abigeato*, in Studi Senesi 102, 1990, 457 ss.; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'Impero*, II, *Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli 2004, 17 nt. 114; B. SANTALUCIA, *Adriano e il rango sociale dei rei*, in *Studi in onore di Remo Martini*, III, Milano 2010, 477.

¹³⁴ Cfr. D. 49.16.5.3 (Arr. Men. de re mil.): *Desertor si in urbe inveniatur, capite puniri solet, alibi adprehensus ex prima desertione restitui potest, iterum deserendo capite puniendum est*. Sul brano, nella prospettiva segnalata, v. V. GIUFFRÈ, *La letteratura de re militari* cit., 93 e M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 119 ss. Circa la maggiore gravità della diserzione in Urbe, che meritava sempre la *poena capitis*, rispetto alla diserzione avvenuta fuori dall'Urbe, credo anch'io che essa dipendesse dai pericoli per l'ordine pubblico che la fuga in città poteva comportare (in tal senso cfr. V. GIUFFRÈ, *Testimonianze sul trattamento penale dei milites*, Napoli 1989, 44 nt. 24).

¹³⁵ Cfr. D. 37.14.1 (Ulp. 9 de off. procons.). Nel brano, che ha ad oggetto i criteri che il *praeses* doveva seguire nell'esercizio del potere punitivo contro il *libertus ingratus*, graduando le pene dalla *castigatio* all'*exilium* e alla *damnatio in metallum* a seconda della gravità dell'offesa, si prevede espressamente, infatti, una maggiore severità *si rursum causam querellae praeberit*, per il caso in cui cioè il liberto si fosse comportato nuovamente in modo da indurre il patrono a riproporre l'accusa. Su questa testimonianza, ai fini qui considerati, v. in specie M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 76 ss.

¹³⁶ D. 48.19.28.3 (Call. 6 de cogn.). Nel frammento, relativo alla punizione dei *iuvenes* che partecipavano a tumulti popolari in occasione di *adclamaciones* in spettacoli pubblici [così V. MAROTTA, *Conflitti politici e governo provinciale*, in F. AMARELLI (a cura di), *Politica e partecipazione nelle città dell'impero romano*, Roma 2005, 145], Callistrato distingue tra i giovani che non erano stati precedentemente ammoniti, ai quali il *praeses* poteva limitarsi a comminare la fustigazione, e quelli già *'correcti in eisdem deprehendantur'*, che rischiavano invece l'esilio e la *poena capitis*. Sul passo quale testimonianza di recidiva cfr., tra gli altri, C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione* cit., 132; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena «pro modo admissi»* cit., 575; A. PALMA, *Humanior interpretatio. 'Humanitas' nell'interpretazione e nella normazione da Adriano ai Severi*, Torino 1992, 186; M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 81 ss. Contra S. RANDAZZO, *Note sulla recidiva nel diritto penale romano*, in ZSS 130, 2013, 205 ss.

¹³⁷ D. 48.19.28.10 (Call. 6 de cogn.). Callistrato si occupa qui dei *grassatores*, equiparati ai *latrones*, i quali – normalmente sanzionati con la *damnatio in metallum* – andavano puniti invece con la pena capitale *'si cum ferro adgredi et spoliare instituerunt et si saepius atque in itiniribus hoc admiserunt'*, qualora cioè avessero ripetuto nel tempo la loro condotta nella pubblica strada. Nega che qui si tratti di recidiva, ritenendo che il *saepius* indichi «nient'altro che una specifica attività criminosa ripetuta nel tempo», M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 96 s. Ai nostri fini, comunque, è indubbio che era in ogni caso un passato già macchiato dalla stessa azione criminosa a giustificare l'aggravamento sanzionatorio qui testimoniato da Callistrato.

to,¹³⁸ il caso dei *vacinatores* che, approfittando della *humana credulitas*, corrompevano i *publici mores* e turbavano i *populares animi*.¹³⁹

Tornando comunque a D. 49.16.5.6, va osservato inoltre come qui Adriano non si fosse limitato a riconoscere alla *vita anteacta* del reo il valore di circostanza utile ad orientare il convincimento del giudice o di aggravante o attenuante della pena, come da prassi risalente, ma, andando ancora oltre, avesse introdotto una vera e propria presunzione di innocenza o di colpevolezza, come a mio avviso esattamente ha puntualizzato da ultimo Diego Manfredini.¹⁴⁰ In mancanza di prove oggettive, infatti, era appunto dal passato del reo che – secondo quanto disposto dall'imperatore – dovevano appunto presumersi la veridicità o la mendacità delle affermazioni rilasciate e, dunque, in ultima analisi, la sua innocenza o la sua colpevolezza in relazione al reato di diserzione di cui era sospettato.

Per finire su questo passo, assai interessanti sono anche quei riferimenti alle prove che potevano essere constatate *liquido* ed agli *argumenta* cui ricorrere in mancanza di queste ultime: una distinzione che, come ha osservato sempre Manfredini, non può non far tornare alla mente la contrapposizione tra prove inartificiali e artificiali, tra cui gli *argumenta ex persona*, da tempo teorizzata nelle opere filosofiche e nei trattati di retorica.¹⁴¹ Ma, da parte di un imperatore intellettuale e filosofo come Adriano, la conoscenza e l'utilizzazione di queste risalenti nozioni filosofiche può davvero meravigliarci?

Si leggano ora:

Aug., *de adult. coniug.* 7.7.2 ...*legant quid imperator Antoninus, non utique Christianus, de hac re constituerit ubi maritus uxorem de adulterii crimine accusare non sinitur, cui moribus suis non praebeuit castitatis exemplum, ita ut ambo damnentur si ambos pariter impudicos conflictus ille convicerit. Nam supra dicti imperatoris haec verba sunt, quae apud Gregorianum leguntur: "Sane, inquit, meae litterae nulla parte causae praeiudicabunt. Neque enim si penes te culpa fuit ut matrimonium solveretur et secundum legem Iuliam Eupasia uxor tua nuberet, propter hoc rescriptum meum adulterii damnata erit nisi constet esse commissum. Habebunt*

¹³⁸ Cfr. Paul. Sent. 5.18.2 (= Coll. 11.2). Anche in riferimento agli *atroces abactores*, cioè 'qui equos et greges ovium de stabulo vel de pascuis abigunt, vel si is id saepius aut ferro conducta mano faciunt' (per i quali erano previste pene molto severe, che andavano dalla pena *ad gaudium* alla *damnatio in metallum* o in *opus publicum*), tra le circostanze da cui dipendeva la qualificazione di *atroces* vi era dunque la reiterazione nel tempo della stessa condotta criminosa, cioè, in buona sostanza, la considerazione di un passato già contrassegnato da una *consuetudo delinquenti*. Su questo brano v., tra i tanti, R. BONINI, *I libri de cognitionibus di Callistrato. Ricerche sull'elaborazione giurisprudenziale della cognitio extra ordinem*, I, Milano 1964, 103 e nt. 71; F.M. DE ROBERTIS, *La variazione della pena «pro modo admissi»* cit., 575 s.; S. PIETRINI, *A proposito della sanzione nel reato di abigeato* cit., 469; M. L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 99 ss. e, da ultimo, L. MINIERI-F. LUCREZI, *Atroces abactores*, in SDHI 81, 2015, 97 ss.

¹³⁹ Cfr. Paul. Sent. 5.21.1. Essi, alla prima violazione, erano puniti con la fustigazione; se perseveravano, però, erano poi puniti con la reclusione nei *vincula publica* o con la *deportatio in insulam* o la *relegatio*. Cfr., tra gli altri, L. DESANTI, *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas*, Milano 1990, 114 ss.; A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994, 116 nt. 100; M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 102 ss.

¹⁴⁰ Così A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 299.

¹⁴¹ A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 298. D'altronde, Adriano non è il solo imperatore ad aver esplicitato l'efficacia probatoria degli *argumenta*. Anche i *Divi Fratres* e Alessandro Severo, infatti, ne prescissero il ricorso: v. D. 48.18.1.4 (Ulp. 8 *de off. proc.*), Paul. Sent. 5.14.1 e C. 4.20.2. Su queste fonti, che evidenzerebbero tuttavia il ruolo integrativo e subordinato comunque assegnato agli *argumenta* rispetto alle altre prove, cfr. soprattutto G. PUGLIESE, *La prova nel processo romano classico* cit., 424.

autem ante oculos hoc inquirere, an cum tu pudice viveres, illi quoque bonos mores colendi auctor fuisti. Periniquum enim mihi videtur esse ut pudicitiam vir ab uxore exigit quam ipse non exibat: quae res potest et virum damnare, non ob compensationem mutui criminis rem inter utrumque componere, vel causam facti tollere”;

D. 48.5.14(13).5 (Ulp. 2 ad leg. Iul.): *Iudex adulterii ante oculos habere debet et inquirere, an maritus pudice vivens mulieri quoque bonos mores colendi auctor fuerit: periniquum enim videtur esse, ut pudicitiam vir ab uxore exigit, quam ipse non exhibeat: quae res potest et virum damnare, non rem ob compensationem mutui criminis inter utrosque communicare.*

Il primo brano, tratto dal *de adulteriniis coniugis* di Sant'Agostino, riporta testualmente un rescritto dell'imperatore Antonino Caracalla. Lo stesso rescritto è riferito anche da Ulpiano in forma di regola generale nel suo commento alla *lex Iulia de adulteriis*.¹⁴²

Ebbene, in riferimento all'accusa di adulterio mossa da un marito alla moglie Eupasia nell'ambito di una causa di divorzio volta ad individuare la '*culpa ...ut matrimonium solvetur*', l'imperatore, senza entrare nel merito della causa,¹⁴³ dispose che il giudice dell'adulterio dovesse effettuare una *comparatio morum*, dovesse cioè indagare se il marito vivendo pudicamente fosse stato di buon esempio alla moglie nel coltivare buoni costumi, giacché sarebbe stato estremamente iniquo consentire che un marito pretendesse dalla moglie quella pudicizia che egli non aveva dimostrato di avere. La qual cosa – conclude l'imperatore – poteva portare però ad una condanna del marito, non ad una compensazione dei reciproci crimini.

Secondo quanto qui disposto da Caracalla, dunque, anche in riferimento al *crimen adulterii* il comportamento pregresso tenuto dal marito accusatore durante il matrimonio e, in specie, i suoi *boni mores* dovevano formare oggetto di apposita verifica da parte del *iudex adulterii*. Tuttavia, qualora dall'indagine effettuata fossero emersi nel passato dell'uomo fatti qualificabili come *crimina* (il pensiero va, ad esempio, soprattutto ad un adulterio, ad un lenocinio o a *stupra*),¹⁴⁴ ciò non avrebbe impedito l'eventuale condanna della donna ritenuta colpevole di adulterio, ma avrebbe potuto portare ad una condanna anche

¹⁴² Su queste testimonianze cfr., tra gli altri, J. DE CHURRUCHA, *Un rescrit de Caracalla utilisé par Ulpian et interprété par Saint Augustin*, in *Collatio iuris romani (Étude dédiées à H. Ankum)*, I, Amsterdam 1995, 71 ss.; G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, 97 s.; ID., *Agostino, Ulpiano e Antonino*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli 2001, 69 ss.; C. VENTURINI, *Legislazione tardoantica romana dopo Costantino in materia di stuprum, adulterium e divortium*, in AA.VV., *Comportamenti e immaginario della sessualità nell'Alto Medioevo. Spoleto, 31 marzo-5 aprile 2005*, Spoleto 2006, ora in A. PALMA (a cura di), *Studi di diritto delle persone e di vita sociale in Roma antica, Raccolta di Scritti*, Napoli 2014, 339 ss. Dello stesso Autore, v. anche '*Accusatio adulterii*' e politica costantiniana (per un riesame di CTh. 9.7.2), in SDHI 54, 1988 (= *Studi di diritto delle persone cit.*, 52) e *Innovazioni postclassiche in materia di 'accusatio adulteri'*, in F. LUCREZI, G. MANCINI (a cura di), *Crimina e delicta nel tardo antico. Atti del Seminario di Studi. Teramo, 19-20 gennaio 2001*, Milano 2003 (= *Studi di diritto delle persone cit.*, 279 s. e 289).

¹⁴³ Come si evince dalle parole iniziali del rescritto, quali riportate da S. Agostino ('*sane...meae litterae nulla parte causa praeiudicabunt*'), infatti, l'imperatore non intendeva risolvere nel merito la controversia, ma solo indicare al giudice come comportarsi: v. in specie C. VENTURINI, *Legislazione tardoantica romana dopo Costantino in materia di stuprum, adulterium e divortium*, in *Studi di diritto delle persone cit.*, 340.

¹⁴⁴ In tal senso v. C. VENTURINI, *Legislazione tardoantica romana dopo Costantino in materia di stuprum, adulterium e divortium*, in *Studi di diritto delle persone cit.*, 341, che precisa però non trattarsi di ipotesi esaustive.

del marito in un nuovo autonomo procedimento, avendo l'imperatore escluso – come si è detto – qualunque *compensatio mutui criminis*.¹⁴⁵ Inoltre, l'accertamento dei cattivi costumi del marito e la conseguenziale esclusione della *culpa divortii* a carico della ex moglie certamente influivano anche sugli aspetti economici del divorzio, impedendo al marito di effettuare quelle *retensiones* sulla dote giustificate dall'esistenza di figli e, soprattutto, quelle dipendenti dal conclamato adulterio o dai cattivi *mores* della moglie.¹⁴⁶

Per finire, merita considerazione anche:

D. 48.2.7.2-3 (Ulp. 7 *de off. procons.*): *Hisdem criminibus, quibus quis liberatus est, non debet praeses pati eundem accusari: et ita Divus Pius Salvio Valenti rescripsit. Sed hoc utrum ab eodem, an nec ab alio accusari possit, videndum est. Et putem, quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant, si is, qui nunc accusator exstitit, suum dolorem persequatur, doceatque ignorasse se accusationem ab alio institutam: magna ex causa admitti eum ad accusationem debere. Si tamen ab alio crimine postuletur ab eodem, qui in alio crimine eum calumniatus est, puto non facile admittendum eum, qui semel calumniatus sit; quamvis filium accusatoris admitti oportere, aliam accusationem instituentem adversus eum, quem pater accusaverat, divus Pius Iulio Candido rescripsit.*

Nei brani surriportati, tratti dal settimo libro *de officio proconsulis*, Ulpiano ricorda un rescritto dell'imperatore Antonino Pio, in base al quale il *praeses* non doveva permettere che una persona fosse accusata per lo stesso delitto per il quale era stato assolto. Il giurista si chiede tuttavia se il divieto riguardasse solo colui che lo aveva in precedenza accusato o avesse valore generale, concludendo che, '*quoniam res inter alios iudicatae alii non praeiudicant*', se uno accusava per un proprio torto o dimostrava di avere ignorato l'accusa precedentemente rivolta da un altro, *magna ex causa* poteva essere ammesso cionondimeno all'accusa.

Ciò posto, il giurista passa a considerare il caso in cui l'accusa contro un soggetto fosse intentata da quello stesso accusatore che in passato lo aveva calunniato per un altro delitto, ipotesi per la quale confessa di non credere che potesse facilmente ammettersi che chi *semel* si era rivelato calunniatore potesse poi tornare ad accusare.

Non credo sia necessario spendere molte parole per evidenziare il rilievo che anche questa testimonianza ulpiana assume ai fini dell'indagine che stiamo conducendo.¹⁴⁷ L'aver già in passato accusato infondatamente un soggetto dello stesso crimine e, ancor più, l'aver già proposto nei confronti di una persona l'accusa per un altro delitto rivelatasi poi una calunnia erano infatti alcune delle circostanze in presenza delle quali il *praeses* non doveva ammettere l'accusa: il che significa, in altri termini, che i trascorsi di vita dell'accusatore, ed in particolare il suo pregresso comportamento processuale, dovevano essere concretamente verificati dal magistrato e potevano divenire appunto cause di esclusione dall'accusa.

9. Venendo ora al rilievo che alla *vita anteacta* era riservato nella considerazione dei

¹⁴⁵ C. VENTURINI, *Legislazione tardoantica romana dopo Costantino in materia di stuprum, adulterium e divortium*, in *Studi di diritto delle persone* cit., 341.

¹⁴⁶ V. Tit. Ulp. 6.9 e, per questo aspetto, ancora C. VENTURINI, *Legislazione tardoantica romana dopo Costantino in materia di stuprum, adulterium e divortium*, in *Studi di diritto delle persone* cit., 340.

¹⁴⁷ In tal senso v. già A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 299.

giuristi e degli imperatori in riguardo al processo privato, si legga innanzi tutto:

D. 2.15.8.11 (Ulp. 5 *de omn. trib.*) *Sed et personarum contemplatio habenda est, hoc est cuius vitae sint hi, quibus alimenta relicta sunt: utrum frugi vitae hi sint, qui alias sufficere sibi possint, an sequioris, qui de alimentis pendeant. In persona eius, a quo alimenta relicta sunt, haec erunt specienda: in quibus sunt facultatibus, cuius propositi, cuius opinionis, tunc enim apparebit, numquid circumvenire velit eum, cum quo transigit.*

Il brano fa parte di un lungo frammento tratto dal libro quinto *de omnibus tribunalibus* di Ulpiano, in cui il giurista si stava occupando delle transazioni intercorrenti con coloro ai quali erano stati lasciati gli alimenti. Nel *principium* del frammento il giurista ricorda che, poiché coloro a cui erano stati lasciati gli alimenti erano in genere propensi a transigere e ad accontentarsi di poco ma subito, Marco Aurelio emanò una costituzione con cui stabilì che *'ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta'*, vietò cioè qualunque transazione sugli alimenti che non fosse stata fatta *'causa cognita auctoritate praetoris'*.¹⁴⁸

Nel § 8, inoltre, Ulpiano chiarisce che sempre il rescritto di Marco Aurelio aveva disposto che il pretore indagasse in specie su tre aspetti: *'in primis de causa transactionis, dein de modo, tertio de persona'*.¹⁴⁹

In base a queste prescrizioni dovevano essere considerati, dunque, innanzitutto i motivi della transazione, giacché *'sine causa neminem transigentem audiet praetor'*;¹⁵⁰ quindi l'entità del denaro oggetto della transazione, che andava calcolata in base all'età e alla salute di colui che transigeva;¹⁵¹ e, da ultimo, per quanto più da vicino ci interessa, la *contemplatio personarum*, e innanzitutto la condotta di vita di coloro a cui erano stati lasciati gli alimenti, se fossero cioè persone frugali sufficienti a se stesse o dissipatori che *de alimentis pendeant*. Ma non bastava: occorreva tenere conto, infatti, anche delle persone a carico delle quali gli alimenti erano stati disposti, indagando in particolare sulla loro condizione economica, sui loro propositi, sulle loro opinioni, poiché solo così facendo – osserva infine Ulpiano – si poteva realmente verificare se essi volessero ingannare coloro con i quali transigevano.

Ebbene, come si vede, anche Marco Aurelio, in riferimento all'*alimentorum transactio*, aveva normativamente previsto dunque il ricorso alla *personarum contemplatio* come ad uno dei fattori sui quali doveva basarsi la *cognitio* del pretore volta a verificare la bontà e la convenienza della transazione e l'assenza di eventuali *circumventiones*.¹⁵² *Personarum contemplatio* che prevedeva la valutazione delle *vitae* sia di coloro a cui gli alimenti erano stati lasciati, sia di coloro a carico dei quali erano stati disposti, e, dunque, in definitiva, dei loro costumi pregressi, delle loro *facultates*, dei proponimenti e delle *opiniones* manifestate: fatti

¹⁴⁸ D. 2.15.8 pr. (Ulp. 3 *de omn. trib.*): *Cum hi, quibus aliena relicta erant, facile transigerent, contenti modico praesenti; Divus Marcus oratione in senato recitata effecit. Ne aliter alimentorum transactio rata esset, quam si auctore praetore facta. Solet igitur praetor intervenire, et inter consentientes arbitrari, an transactio, vel quae admitti debeat.*

¹⁴⁹ D. 2.15.8.8 (Ulp. 3 *de omn. trib.*): *Vult igitur oratio apud praetorem de istis quaeri: in primis de causa transactionis: dein de modo, tertio de persona transigentium.*

¹⁵⁰ V. D. 2.15.8.9 (Ulp. 3 *de omn. trib.*).

¹⁵¹ D. 2.15.8.10 (Ulp. 3 *de omn. trib.*).

¹⁵² Sul brano, per quanto a noi interessa, v. A.D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 299 s.

– anche questi – che, insieme ai motivi ed al *modus pecuniae* della transazione, potevano aiutare il pretore nel suo compito di arbitro *inter consentientes* in vista della sua necessaria autorizzazione all'atto.

Non meno interessante è poi:

D. 43.30.3.4 (Ulp. 7 *ad ed.*) *Iulianus ait, quotiens id interdictum movetur de filio ducendo vel cognitio et is de quo agitur impubes est, alias differri oportere rem in tempus pubertatis, alias repraesentari: idque ex persona eorum, inter quos controversia erit, et ex genere causae constituendum est. Nam si is, qui se patrem dicit., auctoritatis prudentiae fidei exploratae esset, usque in diem litis impuberem apud se habebit: is vero, qui controversiam facit., humilis calumniator notae nequitiae, repraesentanda cognitio est. Item si is, qui impuberem negat in aliena potestate esse, vir omnibus modis probatus, tutor vel testamento vel a praetore datus, pupillum, quem in diem litis apud se habuit, tuetur, is vero, qui patrem se dicit suspectus est quasi caluniator, differri item non oportebit. Si vero utraque persona suspecta est aut tamquam infirma aut tamquam turpis, non erit alienum, inquit, disponi, apud quem interim puer educeretur et controversiam in tempus pubertatis differri, ne per collusionem vel imperitiam alterutrius contendendum aut alienae potestati pater familias addicatur aut filius alienus patris familiae loco constituatur.*

Nel brano, riguardante l'*interdictum de filio ducendo* e la relativa *cognitio*,¹⁵³ Ulpiano richiama un parere di Giuliano, secondo il quale, qualora il figlio conteso fosse un impubere, vi erano casi in cui conveniva aspettare il raggiungimento della pubertà e casi in cui era opportuno invece decidere subito la causa. L'alternativa dipendeva – dice il giurista – soprattutto *ex persona eorum inter quos controversia erit*, cioè dalle persone delle parti in lite. Infatti, se colui che si dichiarava padre era una persona autorevole, prudente, di provata fede, si poteva consentirgli di tenere con sé il giovane fino alla fine della lite; invece, se colui che aveva promosso la lite era un uomo umile, calunniatore e di nota iniquità, la causa non poteva essere differita. Similmente – prosegue Giuliano –, se colui che negava essere il figlio in potestà di un altro era un noto galantuomo, un tutore testamentario o nominato dal pretore, egli poteva tenere il pupillo fino al giorno del processo; se invece colui che si diceva padre era sospettato di essere un calunniatore, non era conveniente differire la causa. Se poi entrambe le parti erano sospette di essere inferme o turpi, Giuliano riteneva che fosse necessario in tal caso nominare una persona presso la quale collocare il bambino e rinviare la causa al tempo della pubertà, affinché, per la collusione o l'imperizia di uno dei contendenti, un *pater familias* non fosse sottoposto all'altrui potestà o un altrui figlio non fosse costituito in luogo di *pater familias*.

Secondo l'opinione qui espressa da Giuliano, dunque, anche alcune deliberazioni da adottare in riguardo alle controversie sullo *status familiae* di un impubere, e cioè in specie la scelta tra decidere subito la causa o differirla al raggiungimento della pubertà, discendevano soprattutto dalla considerazione delle persone in lite e, in specie, delle loro qualità personali, quali desumibili dai trascorsi di vita e dalla considerazione sociale.¹⁵⁴ Un pregresso comportamento da galantuomo *fidei exploratae*, la prudenza, l'autorevolezza, il fatto di essere stato nominato tutore testamentario o dativo erano infatti sufficienti garanzie per affidare l'impubere alle cure dell'uomo fino al giorno del processo; mentre il basso rango

¹⁵³ Sulla quale v. R. MARTINI, *La cognitio pretoria in tema di tutela della patria potestas*, in SDHI 39, 1973, 523.

¹⁵⁴ Così cfr. già A. D. MANFREDINI, *De ante acta vita* cit., 300.

sociale, la nota malvagità ed un passato da calunniatore imponevano un immediato svolgimento della causa.

Pure in questo caso, dunque, ancora una volta era la *vita anteacta* dei contendenti che irrompeva nel processo privato influenzando sulle sue sorti; *vita anteacta* che, anche a giudizio di un giurista della levatura e della sensibilità di Giuliano, costituiva dunque il parametro più attendibile al quale affidarsi al fine di permettere al pretore di giungere alla decisione migliore nell'interesse del minore.

10. Per concludere, resta da chiarire un'ultima questione.

Si è finora parlato genericamente di 'rilevanza' dell'*anteacta vita* nell'esperienza processuale romana: ma – c'è ancora da chiedersi –, in cosa consisteva concretamente questa rilevanza e, soprattutto, essa fu uguale nel tempo e nei diversi sistemi processuali susseguiti?

Il problema non riguarda tanto il processo civile ordinario,¹⁵⁵ dove il giudice era posto di norma nell'alternativa tra assolvere o condannare il convenuto, con la conseguenza che il richiamo ai trascorsi di vita delle parti poteva contribuire ad orientare la scelta del giudice verso l'una o l'altra delle possibili decisioni: come attesta Gellio ricordando le parole di Catone secondo cui, in base ad una norma risalente ai *maiores* e costantemente applicata, nell'impossibilità di decidere *tabulis* o *testibus* una controversia *de pecunia petenda*, doveva prevalere il *vir melior* (il che significa in buona sostanza che, se il *vir melior* era l'attore, si doveva condannare il convenuto, se era il convenuto, quest'ultimo andava invece assolto); e, se entrambi i contendenti erano parimenti onesti o disonesti, prevaleva comunque il convenuto, che doveva perciò essere assolto.

Ci si potrebbe chiedere, semmai, se, in caso di condanna, la *vita anteacta* delle parti potesse avere un peso in sede di determinazione della *summa condemnationis*. E la risposta non può a mio avviso che essere negativa in riguardo ai *iudicia* nei quali il giudice era invitato a condannare al *quantum ea res erit*, cioè alla somma richiesta nell'*intentio*, in caso di prestazioni pecuniarie, o all'*aestimatio rei*, cioè al valore oggettivo della cosa, se si trattava appunto della restituzione di una *res*. Ma anche nei *iudicia* nei quali la condanna era al *quidquid dare facere oportet* e, soprattutto, al *quantum ex fide bona dare facere oportet*, alla quantificazione della condanna, per la quale era concessa ai giudici un'ampia libertà di integrare il contenuto del contratto tenendo conto della posizione e dell'equilibrio delle parti,¹⁵⁶ potevano contribuire sì diversi fattori, come eventuali interessi moratori maturati a favore dell'attore, mancati guadagni, patti accessori, spese sostenute dal convenuto, preesistenti controcrediti verso l'attore, etc., ma dubito fortemente che potessero invece genericamente concorrere – e comunque non ho trovato riscontri in tal senso – il passato delle parti o la loro considerazione sociale.

Certo, non mancavano – come si è visto – anche altri possibili tipi di interferenze nel processo privato, come ad esempio nel caso delle transazioni sugli alimenti, dove la *contemplatio personarum* costituiva uno dei tre fattori che dovevano guidare il pretore nel valutare ed eventualmente autorizzare la transazione; o nelle controversie sullo *status familiariae* degli impuberi, ed in specie nella *cognitio* susseguente all'esperimento dell'*interdictum*

¹⁵⁵ Mi riferisco in specie al processo formulare, ma il discorso vale sostanzialmente anche in riferimento alle *legis actiones* e al sistema cognitorio.

¹⁵⁶ Cfr. R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino 2004, 52 ss., che esattamente evidenzia però il ruolo guida svolto dalla giurisprudenza «nella concretizzazione giudiziale della buona fede come fonte di integrazione del contratto».

de filio ducendo, nelle quali la decisione del pretore se differire la causa al tempo del raggiungimento della pubertà o deciderla subito dipendeva fondamentalmente dalla qualità delle persone coinvolte; o, infine, nelle cause di divorzio, in riguardo alle quali la *comparatio morum* che il giudice dell'adulterio era tenuto ad effettuare poteva impedire al marito rivelatosi impudico di avvalersi di quelle *retensiones* sulla dote di norma discendenti dal riconoscimento della *culpa divortii* a carico della donna.

È tuttavia soprattutto in relazione alla repressione penale che il problema del tipo di incidenza che l'*anteacta vita* poteva avere sugli esiti processuali si pone in maniera preponderante, giacché, come è noto, nell'esperienza romana si sono susseguiti sistemi repressivi con caratteristiche assai diverse tra loro.

Ora, come si è visto, le testimonianze più risalenti e più corpose sull'utilizzo dei trascorsi di vita nelle aule giudiziarie, cioè le orazioni ciceroniane, risalgono all'ultimo secolo dell'età repubblicana, caratterizzato dal sistema accusatorio proprio delle *quaestiones perpetuae* quali definitivamente riorganizzate ed istituzionalizzate a seguito della riforma sillana. Un sistema in cui, come è noto, almeno secondo l'opinione dominante, la sentenza del tribunale permanente doveva di norma limitarsi ad affermare la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato (*fecisse o non fecisse videtur*, dice Cicerone),¹⁵⁷ al quale veniva applicata, nel primo caso, la pena predeterminata in misura fissa dalla legge istitutiva della *quaestio*.¹⁵⁸

Ebbene, proprio partendo da quest'assunto si è anche di recente sostenuto che, in un regime siffatto in cui i giurati non avrebbero potuto in alcun modo modificare né la specie né l'entità della pena prefissata dalla legge, gli argomenti basati sull'*anteacta vita* dell'imputato (e in specie l'eventuale ricaduta nel reato) non potevano avere avuto altra rilevanza se non quella di contribuire al convincimento dei giudici circa la colpevolezza o l'innocenza dell'accusato.¹⁵⁹ Essi erano cioè sostanzialmente solo strumenti di persuasione, di cui gli avvocati si servivano abbondantemente nell'agone giudiziario al fine di indirizzare le decisioni delle corti in un senso o nell'altro. Strumenti importanti, però, come si è visto, perché volti fondamentalmente a tratteggiare la personalità del reo e dei suoi accusatori, e dunque, in ultima analisi, ad evidenziare la potenziale capacità del primo a compiere il delitto che gli veniva imputato o la probabile infondatezza dell'accusa rivoltagli dai secondi. La presenza di precedenti condanne per lo stesso o per altri reati e di una vita pubblica e privata improntata a scorrettezze, macchinazioni e sgretolatezze e piena di azioni infamanti non potevano infatti non finire per condizionare il giudizio dei giurati circa la pericolosità sociale del personaggio e, dunque, sulla sua probabile colpevolezza anche in relazione al crimine in cui era da ultimo coinvolto; così come il fatto di non avere mai subito condanne penali, per lo stesso o diverso reato, e di avere sempre tenuto una condotta esemplare ed onesta, sia nel pubblico che nel privato, certamente era un fattore che giocava in favore dell'imputato, soprattutto in mancanza di prove schiaccianti della sua colpevolezza.

Ma anche la vita anteacta degli accusatori o di coloro che avevano nella realtà ispirato l'accusa pur formalmente presentata da altri non era ininfluente ai fini della decisione dei giudici: come prova soprattutto l'orazione ciceroniana in difesa di Cluenzio, tutta incentrata, come si visto, proprio sulle atrocità compiute da Oppianico padre e Sassia.¹⁶⁰ E si capisce, giacché un'esistenza carica di azioni delittuose ed infamanti non poteva non minare la

¹⁵⁷ V. Cic., *Verr.* 2.5.14.

¹⁵⁸ Cfr. Cic., *pro Sull.* 63: *damnatio enim est iudicium...poena legis*.

¹⁵⁹ Così, tra gli ultimi, M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 190.

¹⁶⁰ Cfr. *retro*, 131 s.

credibilità dell'accusa rivolta, contribuendo ad indirizzare la corte verso l'assoluzione dell'accusato, come avvenne appunto per Cluenzio.

Senonché, se è certamente condivisibile l'affermazione per cui nel sistema delle *quaestiones perpetuae* il richiamo all'*anteacta vita* fosse fondamentalmente indirizzato a convincere i giudici della colpevolezza o dell'innocenza dell'imputato, non è vero tuttavia che esso non potesse in alcun modo influire sull'entità (e forse anche sulla specie) della pena. O, almeno, non è vero in assoluto.

Non si dimentichi, infatti, che, accanto ai *crimina* per i quali la pena era effettivamente determinata dalla legge e non poteva dunque essere modificata dai giudici in funzione né della gravità del reato né dei trascorsi di vita del reo, esistevano altri crimini per i quali la pena consisteva invece nell'*aestimatio litis*, con la conseguenza che la giuria, una volta pronunciata la condanna, doveva poi in un giudizio accessorio quantificare il danno arrecato dal condannato e stabilire in concreto la pena da infliggergli. Mi riferisco soprattutto al *crimen repetundarum* ed al peculato (ma ciò vale, forse, anche per l'*iniuria*),¹⁶¹ reati per i quali era lasciata ai giudici una certa discrezionalità nella fissazione delle pena,¹⁶² e nell'ambito della quale anche il passato del reo, e soprattutto eventuali condanne o accuse penali in precedenza subite, potevano giocare un ruolo determinante.

E in questo senso una conferma credo ci provenga da una chiara testimonianza cicero-niana contenuta nella *pro Cluentio*. Si tratta di:

Cic., *pro Cluent.* 41.115-116: *Deinde, si tanta vis fuit istius criminis ut, qua quisque lege ex illis iudicibus reus factus esset, tamen hac plaga periret, cur in tanta multitudo accusatorum, tantis praemiis, ceteri rei facti non sunt? Hic profertur id quod iudicium appellari non oportet. P. Septimio Scaevolae litem eo nomine esse aestimatam. Cuius rei quae consuetudo sit, quoniam apud homines peritissimos dico, pluribus verbis docere non debeo. Numquam enim ea diligentia, quae solet adhiberi in ceteris iudiciis, eadem reo damnato adhibita est. In litibus aestimandis fere iudices aut, quod sibi eum quem semel condemnarunt inimicum putant esse, si qua in eum lis capitis inlata est, non admittunt aut, quod se perfunctos iam esse arbitrantur cum de reo iudicarunt, neglegentius attendunt cetera. Itaque et maiestatis absoluti sunt permulti, quibus damnatis de pecuniis repetundis lites maiestatis essent aestimatae, et hoc cotidie fieri videmus ut, reo damnato de pecuniis repetundis, ad quos pervenisse pecunias in litibus aestimandis statutum sit, eos idem iudices absolvant; quod cum fit, non iudicia rescinduntur sed hoc statuitur, aestimationem litium non esse iudicium. Scaevola condemnatus est aliis criminibus frequentissimis Apuliae testibus. Omni contentione pugnatum est uti lis haec capitis aestimaretur. Quae res si rei iudicatae pondus habuisset, ille postea vel isdem vel aliis inimicis reus hac lege ipsa factus esset.*

Il brano si inserisce in quella parte dell'arringa ciceroniana volta a confutare l'accusa rivolta a Cluenzio di avere corrotto i giudici della *quaestio de veneficiis* presieduta da C. Iunio che nel 74 a.C. aveva condannato Oppianico padre, accusa che – come si è detto – rischiava di compromettere l'esito di tutto il processo ed a contestare la quale si concentra-

¹⁶¹ Pur in mancanza di esplicite attestazioni, credo infatti si possa ragionevolmente ipotizzare che anche in caso di *iniuria* repressa ex lege *Cornelia* la commisurazione della pena pecuniaria (che andava versata – come è noto – all'accusatore-destinatario dell'ingiuria: v. G. PUGLIESE, *Studi sull'iniuria*, I, Milano 1940, 123 ss. e 141 ss.) potesse risentire della *vita anteacta* del reo e dei suoi eventuali precedenti penali.

¹⁶² Per tutti v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 178 s.

rono dunque buona parte degli sforzi di Cicerone.¹⁶³ Ed in quest'ottica l'oratore si sofferma, tra l'altro, a svalutare il peso che alcune decisioni riguardanti i giudici del *iudicium iunianum* – richiamate dall'accusa – sembravano avere al riguardo¹⁶⁴ e in specie, per quanto qui interessa, sulla condanna subita da P. Settimio Scevola nel 72 a.C. per alcuni illeciti commessi in Apuleia in un processo per *repetundae* nel corso del quale gli era stata contestata però anche la corruzione giudiziaria nel *iudicium iunianum*.¹⁶⁵

Ora, il discorso ciceroniano contiene delle informazioni assai significative ai nostri fini, a cominciare da quella per cui nel 72 a.C., dopo la condanna per *repetundae* di Scevola, nella definizione della *aestimatio litis* si tenne conto anche del reato di corruzione giudiziaria contestato all'imputato (*'Hic profert id quod iudicium appellari non oportet, P. Septimio Scaevola litem eo nomine esse aestimatum'*).¹⁶⁶ Inoltre, dopo aver rimproverato ai giudici il fatto che, decisa la condanna, di solito in sede di *aestimatio litis* essi mettevano da parte quella scrupolosa diligenza adottata nelle altre fasi del processo e vi dedicavano un'attenzione molto scarsa, Cicerone riporta alcuni esempi delle conseguenze che tale *negligentia* aveva prodotto, tra cui quello dei *permulti* che, condannati *de pecuniis repetundis*, si erano visti aumentare la pena per un reato di lesa maestà dal quale però sarebbero stati poi assolti. Tornando a Scevola, l'oratore ci informa per finire che, nel separato giudizio volto alla determinazione dell'*aestimatio litis* che seguì alla condanna per *repetundae*, si sarebbe svolto addirittura un acceso dibattito perché si considerasse appunto anche l'accusa capitale di corruzione giudiziaria (*'Omni contentione pugnatum est uti lis haec capitis aestimaretur'*). Una circostanza – questa riguardante Scevola – della quale il Nostro tentò ovviamente di sminuire l'importanza, negando all'*aestimatio litis* il valore di giudicato ed osservando che, se il supplemento di pena stabilito in considerazione dell'accusa di corruzione avesse avuto tale valore, Scevola sarebbe stato poi incriminato in forza della *lex de sicariis et veneficiis*, che era appunto la legge competente a giudicare del reato di corruzione giudiziaria contestatogli.¹⁶⁷

Ebbene, come si vede, se quanto attesta qui Cicerone è vero, nei processi per *repetundae* i giudici potevano dunque, in caso di condanna, discezionalmente aumentare l'ammontare della pena qualora nel passato del reo fossero emersi fatti costituenti reato, come la corruzione giudiziaria contestata a Scevola o la *maiestas* imputata ai *permulti* citati dall'oratore.¹⁶⁸ Fatti presumibilmente richiamati dall'accusa nell'ambito della *reprehensio vitae* dell'imputato¹⁶⁹ e che dunque pure nella procedura delle *quaestiones perpetuae*, sia pure limita-

¹⁶³ Cfr. *retro*, 131.

¹⁶⁴ Cfr. Cic., *Verr.* 1.13.38-39, su cui rimando a C. RUSSO RUGGERI, *Iudicium Iunianum e corruzione giudiziaria: a proposito di una vecchia opinione*, in *Fides Humanitas Ius, Studii in onore di Luigi Labruna*, VII, Napoli 2007, 4837 ss. ed ivi precedente bibliografia.

¹⁶⁵ Sul brano fondamentale resta C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»* cit., 428 ss.; ma v. anche C. RUSSO RUGGERI, *Iudicium Iunianum e corruzione giudiziaria* cit., 4842 ss.

¹⁶⁶ La notizia trova conferma, peraltro, anche in *Verr.* 1.13.38: *...quid sit quod, P. Septimio senatore damnato Q. Ortensio praetore de pecuniis repetundis, litis aestimata sit eo nomine quod ille ob rem iudicandam pecuniam accepisset.*

¹⁶⁷ Sulle ipotesi di corruzione giudiziaria represses *ex lege Cornelia de sicariis et veneficiis* e sulle motivazioni politico sociali che giustificarono l'inclusione delle stesse nella legge sull'omnidio, cfr. C. RUSSO RUGGERI, *Indices e indicia* cit., 62 ss. ed ivi ulteriori riferimenti bibliografici.

¹⁶⁸ Cfr. C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»* cit., 431 ss.

¹⁶⁹ Riconducono le accuse formulate contro i giudici del *iudicium iunianum* di cui riferisce Cicerone ai riferimenti all'*anteacta vita* fatti dagli accusatori G. PUGLIESE, *Aspetti giuridici della pro Cluentio* di

tamente ai crimini per i quali era prevista l'*aestimatio litis*,¹⁷⁰ potevano influire non solo sulla decisione della corte in ordine all'innocenza o alla colpevolezza dell'imputato, ma anche nel giudizio accessorio volto alla determinazione dell'*aestimatio*, della pena cioè concretamente da infliggere al reo. E non è da escludere (ma è anzi, direi, assai probabile), peraltro, l'ipotesi a mio avviso esattamente sostenuta dal compianto amico Carlo Venturini proprio sulla base del passo ciceroniano che stiamo qui considerando, e cioè che la corte *de repetundis* godesse in realtà di un potere discrezionale non solo in riguardo al computo della pena pecuniaria, ma anche sulla possibilità di irrogare anche condanne capitali, come sembrerebbe doversi dedurre proprio da quella *contentio* relativa alla *lis capitis* che Cicerone ricorda essere avvenuta in riguardo a Scevola e che attesta il tentativo operato da alcuni giurati di pervenire appunto, sulla base di essa, ad una condanna capitale dell'imputato:¹⁷¹ tentativo fallito nel caso in specie, ma che «indica con chiarezza – sostiene a ben ragione l'autore – che la *lex repetundarum* lasciava, in pratica, i giudici liberi di decidere sul carattere capitale o meno dell'illecito in questione».¹⁷²

A parte la discrezionalità riservata almeno alle corti *de repetundis* e *de peculatu* di decidere l'entità e forse anche la specie della pena in considerazione di pregresse azioni criminose contestate all'imputato, non si può non considerare poi che il sistema procedurale delle *quaestiones perpetuae* riguardava soltanto alcuni dei più gravi e diffusi crimini, mentre la repressione di tutti gli altri illeciti che non rientravano nella competenza dei tribunali permanenti restava affidata alla *animadversio* del magistrato, che esercitava discrezionalmente il suo potere punitivo in funzione del caso concreto.¹⁷³ Con la conseguenza che, nell'ambito di questa sfera repressiva al limite tra la *coercitio* e la *iudicatio*,¹⁷⁴ l'*anteacta vita*

Cicerone, in IVRA 21, 1970, 170 nt. 26 e B. SANTALUCIA, *Cicerone e la nominis delatio*, in Labeo 43, 1997, 407. Diversamente C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»* cit., 416 s., per il quale si tratterebbe invece di un autonomo capo d'accusa, che, pur rientrando nella competenza di un'altra corte, poteva formare oggetto di verifica e dar vita poi ad ulteriori giudizi. Nello stesso senso l'A. si è espresso anche in *La responsabilità del giudice nell'età classica, tra negligenza e corruzione*, in Index 41, 2013 (= *Scritti di diritto penale romano*, I cit., 668 ss.). Circa la diatriba intercorsa in dottrina sulla possibilità che capi d'accusa diversi venissero presi in considerazione dalla medesima *quaestio* anche se non strettamente correlati con il *crimen* di competenza del tribunale adito cfr., in senso positivo, V. GIUFFRÈ, «*Nominis delatio*» e «*nominis receptio*», in Labeo 40, 1994, 359 ss. e *De 'Vita anteacta'*, in Labeo 44, 1998, 98 ss. *Contra* G. PUGLIESE, *Un nuovo esame della ciceroniana «pro Cluentio»*, in Labeo 40, 1994, 254 ss. e B. SANTALUCIA, *Cicerone e la nominis delatio* cit., 404 ss.; ID., *Ancora in tema di «nominis delatio»*, in Labeo 44, 1998, 462 ss.

¹⁷⁰ Ma sul punto cfr. C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»* cit., 454 s. nt. 111, il quale ha sostenuto che, pure al di fuori delle *repetundae* e del peculato, «nel sistema delle *quaestiones perpetuae* sillane, la meccanica applicabilità di pene fisse non rappresentava una regola costante ma una circostanza configurabile come sicura solo con riferimento a casi nei quali, verosimilmente, il legislatore aveva inteso, in presenza di ipotesi criminose particolari, precostituire l'entità della condanna e vincolare, in tal modo, il collegio giudicante». Sull'opportunità di non generalizzare ed assolutizzare la portata del principio *damnatio... est iudicium, poena legis* di cui a Cic., *pro Sull.* 63, l'A. si è espresso anche in *Nota introduttiva: la giurisdizione criminale in Italia e nelle province nel primo secolo*, in F. AMARELLI, F. LUCREZI (a cura di), *Il processo contro Gesù*, Napoli, 1999, ora in F. PROCCHI, C. TERRENI (a cura di), *Scritti di diritto penale romano*, I, Padova 2015, 169.

¹⁷¹ V. C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»* cit., 449 ss.

¹⁷² Così C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»* cit., 456; ma v. anche C. RUSSO RUGGERI, *Iudicium Iunianum e corruzione giudiziaria* cit., 4858 s.

¹⁷³ Sottolinea esattamente questa circostanza, in rapporto alla tematica qui considerata, M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 194 s.

¹⁷⁴ Un confine da sempre «ambiguo», come sottolinea in specie C. VENTURINI, *Nota introduttiva: la giurisdizione criminale in Italia e nelle province nel primo secolo*, in *Scritti di diritto penale romano*, I cit.,

del reo e, soprattutto, le sue eventuali pregresse condotte illecite potevano finire per condizionare le decisioni del magistrato, orientandolo anche verso una maggiore o minore severità della pena.¹⁷⁵ Ma anche prima, in realtà, come è noto, la repressione criminale era fondamentalmente rimessa alla *coercitio* dei magistrati, che esercitavano liberamente il loro potere punitivo con il solo limite della *provocatio ad populum*.¹⁷⁶ Il che potrebbe ragionevolmente indurre a credere che pure nella prima e nella media repubblica il passato del reo non avesse mancato di influenzare le scelte dei magistrati in ordine alla determinazione della pena da infliggere. E un indizio in questo senso potrebbe forse intravedersi nel passo di Callistrato pervenutoci in D. 48.19.28.16, laddove il giurista – come si è visto – ricorda che *maiores nostri in omni supplicio severius famosos quam integrae famae homines punierunt*.¹⁷⁷ Un'affermazione – questa – che sembrerebbe testimoniare appunto l'orientamento di fondo che già *ab antiquo* ispirava gli organi giudicanti nell'esercizio della repressione penale, portandoli a graduare la pena anche in considerazione della *fama* dell'imputato, e cioè della sua reputazione sociale quale gli proveniva da un passato 'integro' da azioni infamanti e delittuose o, viceversa, già macchiato da una condotta delinquenziale notoriamente abituale.

Certamente di maggior ampiezza appare, però, la rilevanza che la considerazione dell'*anteacta vita* ebbe nelle *cognitiones extra ordinem*, il sistema di repressione penale che già dalla prima età imperiale andò affiancandosi e poi sostituendosi alle *quaestiones perpetuae*.¹⁷⁸ Un sistema caratterizzato, come è noto, da un'ampia discrezionalità lasciata agli organi giudicanti¹⁷⁹ e in cui tanto la tipologia che l'entità della pena non erano più predeterminate dalla legge, ma erano rimesse appunto alla piena valutazione dei giudici di adattarle al caso concreto.¹⁸⁰ Con la importante conseguenza che il richiamo ai trascorsi di vita dell'imputato non solo era adesso sempre utile ad orientare il giudice verso la colpevolezza o l'innocenza dell'imputato, ma influiva concretamente anche sulle determinazioni in ordine alla specie e alla commisurazione della pena da infliggergli, comportando un aggravamento o un alleggerimento sanzionatorio. Non a caso, d'altronde, è proprio nell'ambito dei *crimina repressi extra ordinem* che iniziò ad acquistare esplicita rilevanza giuridica, sul piano normativo e nella riflessione giurisprudenziale, la recidiva, sia specifica che generica, cioè la ricaduta nello stesso o in altro reato, come ha ben messo in evidenza da ultimo la Navar-

182. L'A. esattamente ricorda, infatti, come solo in parte l'attività repressiva fosse occupata dai collegi giudicanti, dal sistema accusatorio e da una giurisdizione criminale disciplinata da norme incriminatrici e da vincolanti regole procedurali, mentre al di fuori «di questo recinto giurisdizionale, restava l'esplicarsi di una giustizia affidata ad iniziative di intrinseco carattere repressivo e discezionale, condotte in chiave di tutela dell'ordine pubblico» (*op. cit.*, 173).

¹⁷⁵ Così M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana cit.*, 194 s.

¹⁷⁶ Per ciò rimando a C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex homine libero. La tortura degli uomini liberi nella repressione criminale romana dell'età repubblicana e del I secolo dell'impero*, Milano 2002, 12 ss. e 19.

¹⁷⁷ Cfr. *retro*, 145.

¹⁷⁸ Sul quale, per tutti, v. G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in *ANRW*, 14.2, Berlin-New York 1982, 739 (= *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli 1985, 738); ma v. anche C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex homine libero cit.*, 132 ss. ed ivi precedente letteratura.

¹⁷⁹ Sulla «flessibilità» (così G. PUGLIESE, *Linee generali cit.*, 759) che caratterizzava il sistema cognitorio e che riguardava sia la definizione delle fattispecie criminose, sia la conduzione del processo, sia la determinazione della pena, v. quanto già osservato in C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex homine libero cit.*, 133.

¹⁸⁰ V. C. RUSSO RUGGERI, *Quaestiones ex homine libero cit.*, 133.

ra.¹⁸¹ Ricaduta nel reato che – non si dimentichi – da sempre aveva costituito comunque il più importante fattore su cui dovevano basarsi gli *argumenta ex persona* ed il primo che gli accusatori e i difensori, in quella parte delle loro arringhe dedicate alla *reprehensio vitae* dell'imputato, si preoccupavano infatti di dimostrare o di smentire: come teorizzato peraltro già nei trattati di retorica.

Ora, le fonti ci hanno lasciato, come si è visto, numerose tracce dell'incidenza che i trascorsi di vita dell'imputato avevano non solo ai fini dell'esito del giudizio, ma anche della definizione e della quantificazione della pena, già a partire dall'età tiberiana e nei secoli a seguire, e del ruolo che, sia nella riflessione giurisprudenziale che nella normazione imperiale, si andò sempre più riconoscendo all'*anteacta vita* quale fattore in grado di influire sul regime sanzionatorio graduandolo appunto in funzione del passato del reo.¹⁸² Un ruolo che appare peraltro determinante soprattutto in riferimento alla repressione penale militare, per sua natura da sempre improntata a speciale severità ed a speciale indulgenza, e nell'ambito della quale Adriano giunse addirittura – come si è visto – ad ammettere una vera e propria presunzione di innocenza nei confronti di chi, sospettato di diserzione e non in grado di provare *liquido* le proprie affermazioni, fosse stato tuttavia fino a quel momento un *bonus miles* ed una presunzione di colpevolezza, invece, per colui che aveva tenuto nel passato un comportamento vile e negligente rispetto ai suoi doveri di soldato.¹⁸³

¹⁸¹ M.L. NAVARRA, *La recidiva nell'esperienza giuridica romana* cit., 190 ss.

¹⁸² V. *retro*, 144 ss.

¹⁸³ V. *retro*, 147 ss.

AGATINA STEFANIA SCARCELLA
(Università di Messina)

Adnotatiunculae su una costituzione greca
indirizzata da Giustiniano ai professori di diritto

ABSTRACT

The research moves from a Lokin's recent hypothesis, that has questioned the *communis opinio* about the reference of the constitutions *Tanta* and Δέδωκεν (§ 22) to a Greek version of the *const. Omnem*. By means of chronological and formal surveys about references to the Greek text and of considerations on times and recipients of Justinian's reform of law studies, the investigation supports the hypothesis of a temporary measure and suggests some new explanation regarding the specific needs for which it should be issued 'in answer' to the teachers. Further confirmations seem to come from some peculiar terminology and the use of transitional solutions in other particular moments of the Justinian's compilation.

PAROLE CHIAVE

Const. Omnem; misteriosa costituzione greca; riforma degli studi.

ADNOTATIUNCULAE SU UNA COSTITUZIONE GRECA INDIRIZZATA DA GIUSTINIANO AI PROFESSORI DI DIRITTO

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Confutazione dell'asserita identificazione di una costituzione indirizzata ai professori di diritto con una versione greca della *Omnem*: rilievi di ordine temporale e formali. – 3. La costituzione greca che non è stata trasmessa: un provvedimento provvisorio 'in risposta' ai professori per rendere proficuo e agevole l'apprendimento degli studenti dell'intero percorso di studi, nel primo anno accademico di applicazione della riforma. – 4. Segue: una conferma del carattere contingente della disposizione nell'uso di una specifica terminologia per richiamarla. – 5. Segue: riflessioni finali fra rilievi terminologici ed emersione della necessità di ricorrere ad interventi normativi transitori in particolari momenti della realizzazione del disegno politico-legislativo di Giustiniano.

1. PREMESSA.

Le 'costituzioni programmatiche'¹ emanate da Giustiniano '*De confirmatione Digestorum*', vale a dire la *Tanta*, indirizzata '*ad Senatū et omnes populos*', e la Δέδωκεν,² rivolta al Senato, al popolo e a tutte le città dell'impero, al § 22, nel disporre il divieto di utilizzare

¹ Così vengono qualificate da M. CAMPOLUNGH (Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano, II.1, Città di Castello 2001, 7 ss., dove viene spiegata la scelta del termine) le costituzioni che accompagnavano le diverse parti del *Corpus iuris*, che più frequentemente vengono dette 'introduttive'. Su di esse si è fermata negli ultimi tempi l'attenzione di più studiosi che le hanno viste come punto di riferimento per una più attenta valutazione della personalità di Giustiniano e del suo operato giuridico compilatorio, oltre che per l'individuazione dei propositi, della mentalità e dell'ideologia che sottendono al concepimento dell'opera. Cfr., per tutti, M. BIANCHINI, Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana, in *Studi in memoria di G. Donatuti*, I, Milano 1973, 121 ss.; EAD., *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, I, Torino 1983, in cui la trattazione della compilazione giustiniana è accompagnata dal testo delle costituzioni latine introduttive, corredato di traduzione in italiano, e dalle parti ritenute più significative della Δέδωκεν; F. GALLO, La codificazione giustiniana, in *Index* 14, 1986, 33 ss.; G. FALCONE, Giustiniano, i giuristi classici e i professori di diritto, in P. DI LUCIA, F. MERCOGLIANO (a cura di), *Lezioni Emilio Betti. Camerino 2001-2005*, Napoli 2006, 71 ss.; ID., 'Legum cunabula' e 'antiquae fabulae' (const. Imperatoriam 3), in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010, 283 ss. e M. CAMPOLUNGH, Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano, II.2, Città di Castello 2007, soprattutto 59 ss. Tra gli autori che si sono frequentemente rapportati, sotto vari profili, nel corso dei propri studi, con le costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana si veda, per tutti, G.G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, che, nell'introduzione (5 ss.) ai plurimi contributi contenuti in 'Giustiniano legislatore', sottolinea proprio l'importanza di un'adeguata esegesi delle costituzioni introduttive alla Compilazione.

² In cui manca però l'intitolazione: v. M. CAMPOLUNGH, *Tanta. Analisi di una nuova costituzione programmatica*, in SDHI 71, 2005, 35 nt. 2.

sigle e abbreviazioni, fanno riferimento ad una costituzione greca destinata ai professori di diritto che non ci è pervenuta.³

Const. Tanta § 22: *Eandem autem poenam falsitatis constituimus et adversus eos, qui in posterum leges nostras per siglorum obscuritates ausi fuerint conscribere. Omnia enim, id est et nomina prudentium et titulos et librorum numeros, per consequentias litterarum volumus, non per sigla manifestari ... quod et antea a nobis dispositum est et in Latina constitutione et in Graeca, quam ad legum professores dimisimus.*

Const. Δέδωκεν § 22: Αὐτῆς ταύτης ἐπικειμένης τῆς ποινῆς καὶ κατὰ τῶν σημείοις τισὶν ἐν τῇ γραφῇ χρωμένων, ἅπερ σίγλας καλοῦσιν, καὶ δι' αὐτῶν συνταράττειν τὴν γραφὴν ἐπιχειροῦντων, ἀλλὰ μὴ δι' ὅλου τοὺς τε ἀριθμοὺς τὰ τε ὀνόματα τῶν πάλαι σοφῶν τὴν τε ὅλην νομοθεσίαν γραφόντων ... τοῦτο γὰρ δὴ καὶ ταῖς ἄλλαις διατάξεσιν ταῖς περὶ τούτων τεθείσαις ἐνεγράψαμεν, ταῖς τε τῇ 'Ρωμαίων προελθοῦσαις φωνῇ, τῇ τε τῶν 'Ελλήνων γλώττῃ, ἣν πρὸς τοὺς τῶν νόμων καθηγητὰς ἀντεγράψαμεν. (Trad.: 'Questa stessa pena è comminata anche a coloro che nella scrittura usano simboli, chiamati sigle, e attraverso queste si mettono a sconvolgere la grafia, invece di scrivere per esteso i numeri e i nomi degli antichi saggi e l'intero testo delle disposizioni di diritto ... Ciò, infatti, noi lo abbiamo scritto anche nelle altre costituzioni emanate a tale riguardo, sia in quelle che originano dalla lingua dei Romani, sia in quella che nell'idioma dei Greci abbiamo inviato 'in risposta' ai professori di diritto').

Pur consapevoli che sui contenuti di questa costituzione non è possibile fare congetture supportate da elementi testuali, in questo scritto tenteremo di proporre qualche considerazione per riflettere sul perché non ci è stata tramandata e sulla veridicità dell'ipotesi di trovarci di fronte ad una redazione in greco della *const. Omnem*, come si è generalmente ritenuto.⁴

Le nostre valutazioni, sollecitate da un ragionamento di recente «azzardato» da Lokin,⁵

³ L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 632 nt. 397, e M. CAMPOLUNGH, *Tanta* cit., 182.

⁴ Cfr. per tutti, M. BIANCHINI (*Osservazioni* cit., 121 ss.; EAD., *Appunti su Giustiniano* cit., 30 s.) che ha spiegato l'attestazione di una doppia stesura della *Omnem*, latina e greca, affermando che, come per la *Tanta-Δέδωκεν*, la versione latina avrebbe riflettuto «l'impostazione generale» giustiniana che per «tutte» le costituzioni introduttive avrebbe privilegiato «la lingua ufficiale dell'impero», mentre la scelta del greco sarebbe servita a facilitare la comprensione del testo ad un pubblico prevalentemente grecolloquente. Questa opinione è stata seguita, dopo la rilevazione di «qualche forzatura» nel parallelo configurato con la *Tanta-Δέδωκεν*, da M. CAMPOLUNGH, *Tanta* cit., 181 s. Ad essa hanno aderito, pur senza farne oggetto di apposita considerazione, A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico*, Soveria Mannelli 2011, 65 nt. 1; P. PASQUINO, *La fortuna della 'Omnem' in età medievale: i luoghi di insegnamento del diritto*, in TSDP 7, 2014, 1 s. nt. 2. Limitandosi a considerazioni formali del testo delle costituzioni che fanno riferimento ad una costituzione greca indirizzata ai professori ha sostenuto che questa fosse «l'omologa perduta di *Omnem*» G. DI MARIA, *Tanta/Δέδωκεν. Quando la retorica assume forma e vigore di legge*, in *Mediaevalsophia* 12, luglio – dicembre 2012, 117 ss. Brevi cenni sul riferimento in *Tanta-Δέδωκεν* (§ 22) alla redazione in lingua greca della *Omnem* anche in S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino*³, trad. it. P. BUONGIORNO (a cura di), Torino 2015, 64 nt. 60.

⁵ J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo nella legislazione romana*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA, G.D. MEROLA (a cura di), *Modelli di un multiculturalismo giuridico. Il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, Prassi, Insegnamento*, 2, Napoli 2013, 565, che riprende il pensiero espresso in *Een verduwenen inlei-*

crediamo possano confermare l'idea dell'autorevole bizantinista che si sia trattato «di una sorta di provvedimento temporaneo che non ebbe validità 'eterna'» emanato all'inizio dell'anno accademico, o comunque nelle settimane che precedettero la promulgazione ufficiale di *Tanta*, Δέδωκεν e *Omnem*, non però, come egli ritiene, efficace «solo fino all'entrata in vigore della const. *Omnem*» e limitato a prescrivere «agli studenti le Istituzioni, terminate o meno, e il resto del piano di studi», bensì anche e soprattutto con lo scopo di dettare, su richiesta dei professori, un regime transitorio di raccordo tra il vecchio e il nuovo piano di studi, come diremmo oggi, da utilizzare per gli studenti che al momento dell'entrata in vigore della riforma dell'intero percorso didattico frequentavano gli anni successivi al primo.

Al fine di prospettare queste conclusioni la ricerca prenderà il via dall'attenta considerazione di precisi riferimenti incrociati contenuti nelle costituzioni *Tanta*-Δέδωκεν e *Omnem*, da cui sembra emergere un rapporto temporale tra di esse che colloca come 'successiva' la const. *Omnem*. Si procederà, di seguito, alla valutazione delle espressioni usate in *Tanta* e in Δέδωκεν per richiamare 'al passato' la costituzione greca in considerazione, nel tentativo di evidenziare che, per ragioni cronologiche e formali, sarebbe una forzatura pensare a questa come ad una diversa stesura della *Omnem*. L'attenzione verrà quindi rivolta alla questione, che non mi pare sia stata espressamente affrontata in letteratura, circa i tempi di applicazione e i destinatari della complessiva riforma introdotta dalla *Omnem*. È infatti interessante valutare se essa ebbe attuazione immediatamente solo per gli studenti di primo anno o anche per coloro che al momento dell'emanazione della costituzione già frequentavano gli anni successivi. Sarà inoltre utile osservare che l'uso di una 'specific terminologia' nel § 22 della const. Δέδωκεν sembrerebbe palesare che l'emanazione della costituzione greca, a cui il testo fa riferimento, avvenne come risposta 'a termine' ad una precisa esigenza manifestata dai professori. Infine, qualche riflessione più generale sarà rivolta a dimostrare come il ricorso a un regime transitorio negli anni dell'opera compilatoria giustiniana non fosse una soluzione isolata, avvalorando il nostro ragionamento.

2. CONFUTAZIONE DELL'ASSERTITA IDENTIFICAZIONE DI UNA COSTITUZIONE INDIRIZZATA AI PROFESSORI DI DIRITTO CON UNA VERSIONE GRECA DELLA *OMNEM*: RILIEVI DI ORDINE TEMPORALE E FORMALI.

Al divieto di usare *sigla* e abbreviazioni e alle sanzioni previste in caso di violazione di esso, in collegamento ai quali abbiamo notizia della costituzione greca indirizzata ai professori, fanno riferimento oltre alle sopra citate costituzioni *Tanta* e Δέδωκεν, il § 13 della const. *Deo auctore*, in cui però manca il richiamo al profilo sanzionatorio,⁶ e il § 8 della const. *Omnem*⁷ in cui viene stabilito:

Illud autem, quod iam cum ab initio hoc opus mandantes in nostra oratione et post comple-

dingsconstitutie, in R. VAN DEN BERGH (a cura di), *Ex iusta causa traditum. Essays in honour of Eric H. Pool*, Pretoria 2005, 229 ss.

⁶ Il passo si limita a disporre il divieto di trascrizioni che alterano il testo attraverso l'uso di sigle e abbreviazioni, senza però porsi il problema della configurabilità del reato di falso e delle sanzioni applicabili. Per il testo cfr. *infra*, nt. 30.

⁷ Un riferimento sfumato all'attenzione che doveva essere rivolta, all'atto della scrittura, all'inalterabilità della forma dei testi è presente, più tardi, anche in const. *Cordi* § 5: '... hoc tantummodo in omnibus rebus et iudiciis et obtineat et recitetur, cuius scripturam ad similitudinem nostrarum institutionum et digestorum sine ulla signorum dubietate conscribi iussimus ...'.

*tum in alia nostri numinis constitutione scripsimus, et nunc utiliter ponimus, ut nemo audeat eorum qui libros conscribunt sigla in his ponere et per compendium ipsi legum interpretationi vel compositioni maximum adferre discrimen ...*⁸

Il testo, prima di ribadire ‘*nunc*’ le disposizioni sanzionatorie, fa riferimento, usando il passato (‘*scripsimus*’) alle costituzioni *Deo auctore* e *Tanta*, ma non alla Δέδωκεν, che risulta però citata nelle parole analoghe usate nella *praef.* della *Omnem*⁹ con allusione, ancora una volta al ‘passato’, a tutte e tre le costituzioni.¹⁰

*Const. Omnem praef.: Et omnia quidem, quae oportuerat et ab initio mandare et post omnium consummationem, factum libenter admittentes, definire, iam per nostras orationes tam Graeca lingua quam Romanorum, quas aeternas fieri optamus, explicata sunt.*¹¹

Della *Tanta* e della Δέδωκεν viene inoltre sottolineato che erano state emanate ad opera completata (si legge nella *const. Omnem*: ‘*post completum*’, nel § 8, con riferimento alla *Tanta*, e ‘*post omnium consummationem*’, nella prefazione, riferito a *Tanta* e a Δέδωκεν)¹² e che con esse e la *Deo auctore*, a cui «senza alcun dubbio l'imperatore si riferisce con le parole *ab initio mandare*»,¹³ erano già state esplicitate (‘*Et omnia quidem ... explicata sunt*’) le cose che occorreva definire. Viene anche espressamente sottolineato che le costituzioni richiamate erano sia in lingua greca sia in latino, quelle che si desiderava avessero valore eterno. Solo la *Deo auctore* e la *Tanta* saranno infatti inserite nel *Codex* (in C. 1.17.1 e 2) e acquisteranno validità eterna: dunque non è improbabile che la frase ‘*quas aeternas fieri optamus*’, che segue immediatamente il riferimento alle costituzioni in lingua latina, si riferisse al plurale solo a queste¹⁴ e non invece alla Δέδωκεν.¹⁵ Un costrutto analogo peraltro ricorre nelle costituzioni *Tanta* e Δέδωκεν § 22, dove il pronome relativo, rispettivamente, ‘*quam*’ ed ‘*ἣν*’, è collegato all’espressione immediatamente precedente. Se non si

⁸ Trad.: ‘Ma anche ora utilmente ribadiamo ciò che già dall’inizio scrivemmo nella nostra orazione, quando abbiamo dato l’incarico di compiere una tale opera, e, in un’altra costituzione della nostra maestà, dopo il completamento della stessa, che nessuno di coloro che trascrivono libri osi porre sigle in questi e con abbreviazioni esporre a grandissimo rischio l’interpretazione o la redazione stessa delle leggi ...’.

⁹ Sottolinea che nel § 8 della *Omnem* sono adoperate ‘quasi le medesime parole’ dell’*incipit* della stessa J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 561.

¹⁰ Nello stesso senso ha opportunamente osservato J.H.A. LOKIN (*op. e loc. ult. cit.*, 561): «Senza alcun dubbio l'imperatore si riferisce con le parole *ab initio mandare* alla *const. Deo Auctore* ... e con le parole *post omnium consummationem definire* alle costituzioni *Tanta* e Δέδωκεν».

¹¹ Trad.: ‘E tutto ciò che occorreva all’inizio disporre e tutto quello che occorreva definire, dopo il compimento di tutte le attività, la cui realizzazione accogliamo compiaciuti, è già stato esplicitato mediante le nostre orazioni sia nella lingua greca sia in quella dei Romani, che desideriamo durino eterne ...’.

¹² Nello stesso senso J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 561.

¹³ Non solo in questo luogo (cfr. *supra*, nt. 10), bensì anche in *const. Tanta* § 21 (‘*Hoc autem, quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire ...*’). Si veda inoltre il citato § 8 della *const. Omnem*.

¹⁴ Che quindi dovevano essere almeno due.

¹⁵ Alla luce di queste riflessioni non mi pare che si possa accogliere l’idea espressa a proposito da G. DI MARIA (*Tanta/Δέδωκεν* cit., 119) che parla di aperta allusione della *Omnem* alle costituzioni *Tanta* e Δέδωκεν con conferma della «duplicità del testo ufficiale di queste» e solo di «indiretta allusione alla c. *Deo auctore*».

fosse voluto fare questo collegamento, poiché la *Deo auctore* è la disposizione a cui la *Omnem* allude in apertura, forse il riferimento alle costituzioni in latino avrebbe (più correttamente) preceduto quello alla costituzione greca.

A questo punto dell'indagine, sulla base del testo della *Omnem* ci interessa evidenziare che sia la *Tanta* che la Δέδωκεν furono verosimilmente ad essa anteriori. Certo, la data ufficiale fu per tutte e tre le disposizioni il 16 dicembre 533, tuttavia nella fase di redazione è plausibile che la *Omnem* abbia seguito la *Tanta*-Δέδωκεν.¹⁶ Peraltro è proprio questa fase che va tenuta presente per valutare alcuni profili delle citate disposizioni imperiali dal momento che l'aspetto dell'ufficialità delle stesse fu certamente condizionato da precisi indirizzi giustiniani.¹⁷ Dal punto di vista logico poi l'ordine ipotizzato è certamente il più convincente: di «riforma degli studi giuridici che si basa sulla compilazione in tanto è possibile parlare in quanto la compilazione sia ormai una realtà, ma soprattutto in quanto essa sia ormai nota a tutti: dunque soltanto dopo la presentazione che di essa ha fatto a ben vedere *Tanta*».¹⁸

Ebbene, se si tengono presenti queste puntualizzazioni cronologiche e si torna a considerare il § 22 della *Tanta*, appare di più facile soluzione il problema di stabilire a quali costituzioni precedenti si stesse facendo riferimento. È inequivocabile il richiamo alla costituzione in greco indirizzata ai professori, *sub iudice* nella nostra ricerca: «il pronome relati-

¹⁶ Né il rapporto temporale delle costituzioni che stiamo considerando si può ritenere condizionato dalla circostanza che esse sono state trasmesse nel seguente ordine: *const. Δέδωκεν*; *Index auctorum*, in greco; *Index titulorum*; *const. Deo auctore*; *const. Omnem*; *const. Tanta*, in testa ai *Digesta*, nelle premesse, attraverso il manoscritto del *Codex Florentinus* (del VI secolo, conservato in due tomi nella 'Biblioteca Medicea Laurenziana' di Firenze e in due successive edizioni facsimilari: *Iustiniani Augusti Digestorum seu Pandectarum codex Florentinus olim Pisanus phototypice expressus*, a cura della Commissione ministeriale per la riproduzione delle *Pandette*, Roma 1902-1910; *Iustiniani augusti pandectarum codex florentinus*, I e II, a cura di A. CORBINO, B. SANTALUCIA, Firenze 1988). I testi sono infatti giunti in un *quinio*, un *binio* e un *ternio*, privi di numerazione ma tra loro conformi, e comunque diversi dagli elementi numerati (98) che riportano i *Digesta*. Questa successione è stata giudicata priva di congruenza ed è stata attribuita a questioni di rilegatura da TH. MOMMSEN (*Praefatio*, in *Digesta Iustiniani Augusti*, I, Berolini 1870), che ha spostato alla fine la *const. Δέδωκεν* e l'*Index auctorum*. Si veda nello stesso senso, di recente, D. BALDI, *Il Codex Florentinus del Digesto e il 'Fondo Pandette' della Biblioteca Laurenziana (con un'appendice di documenti inediti)*, in *Segno e testo: International Journal of Manuscript and Text Transmission*, 8, 2010, 104 ss. Quanto alla posizione della *const. Omnem*, W. KAISER (*Schreiber und Korrektoren des Codex Florentinus*, in ZSS 180, 2001, 137, 168 e 216 ss.) la colloca dopo la *const. Tanta*.

¹⁷ Il misticismo dei numeri sembra avere indirizzato in modo determinante Giustiniano: in tre anni fu portato a termine il progetto dei *Digesta*; il *Codex*, le Istituzioni e i *Digesta* (tre opere giuridiche) acquistano forza di legge l'anno del suo terzo consolato, lo stesso anno della riconquista della Libia (terzo continente), il 30 dicembre (terzo giorno prima delle Calende di Gennaio). Così, per tutti, H.J. SCHELTEMA, *Sur le sens de certains nombres mentionnés dans le CJC.*, in *Vrijheid en Recht. Mélanges E.H. s'Jacob*, Zwolle 1975, 228 s. = *Over getallen in het Corpus Iuris Civilis*, in N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, R. MEIJERING (a cura di), *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningen 2004, 396 s., e J. CAIMI, *Numeri simbolici cristiani per Digesto 50,17*, in M. BIANCHINI, G. VIARENGO (a cura di), *Studi in onore di F. De Marini Avonzo*, Torino 1999, 71 ss.

¹⁸ M. CAMPOLUNGH, *Tanta* cit., 183. È interessante notare che dalle parole dell'Autrice emerge la necessità avvertita dalla stessa non solo di una posteriorità della riforma in fase di elaborazione ma anche nel momento rituale: approvazione, ad esempio, nello stesso giorno ma in udienze successive o nella stessa udienza ma solo alla fine. Nello stesso senso osserva J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 564: «l'imperatore voleva conferire forza di legge al nuovo programma di studi solo dopo che il Digesto, comunque investito di una posizione preminente nell'ambito dell'insegnamento, avesse a sua volta acquisito validità giuridica, di per sé già un motivo perché la *const. Tanta*-Δέδωκεν precedesse la *const. Omnem*».

vo *quam* si riferisce in linea di principio solo alla costituzione greca». ¹⁹ Riguardo a quella latina due sono le vie percorribili per una possibile identificazione e sono state entrambe suggerite innanzitutto da Mommsen e Krüger nella loro edizione critica del *Corpus iuris*, ²⁰ dove si invita al confronto di *Deo auctore* § 13 e *Omnem* § 8 che, come abbiamo già detto, si occupano entrambe del divieto di sigle e abbreviazioni. ²¹

Si potrebbe allora pensare ad un'unica costituzione, in duplice redazione latina e greca, a cui si riferisce il '*quam*' e dunque congetturare l'identificazione della versione latina con *Omnem* § 8. ²² *Contra* però depone la circostanza, più sopra segnalata, che la *Omnem* seguì la *Tanta* ²³ e che pertanto ad una duplice stesura della *Omnem* non poteva fare riferimento il perfetto '*dimisimus*'. ²⁴ Dell'ipotetica stesura greca della *Omnem* avremmo inoltre solo una notizia indiretta e nessun appiglio testuale, avendo scelto Giustiniano di non introdurla nella compilazione. ²⁵ Quanto al rinvio alla *Omnem* da parte di Mommsen-Krüger, esso fu probabilmente condizionato dalla seconda copia del *Codex Florentinus* e dal presunto manoscritto *Littera Vulgata*, entrambi privi dell'espressione '*in Latina et in Graeca*', come suggerisce la segnalazione degli stessi, «*dispositum est in constitutione (reliquis delatis)* F² S», che precede il rinvio. Né è da escludere che essi possano essere stati influenzati anche dal testo della *Tanta*, più tardi riportato emendato in C. 1.17.2.22 (Iust., a. 533), il quale con l'espressione '*quod antea a nobis dispositum est in constitutione quam ad legum professores dimisimus*' «rimanda senz'altro alla *const. Omnem*», ²⁶ evidentemente perché nel 534 la situazione fronteggiata dal testo greco era stata superata e non aveva senso parlare di una costituzione che non avrebbe più trovato applicazione. Invece alla *const. Omnem* ci si poteva ormai riferire al passato. ²⁷

¹⁹ Così J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 562.

²⁰ *Corpus iuris*,¹⁶ TH. MOMMSEN, P. KRÜGER (a cura di), Berolini 1954, nt. 3 a *const. Tanta* § 22.

²¹ In argomento, più di recente, cfr. M. CAMPOLUNGH, *Tanta* cit., 179 ss., e J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 565.

²² M. CAMPOLUNGH, *Tanta* cit., 180 s., e più in generale M. BIANCHINI, *Osservazioni* cit., 121 ss.; EAD., *Appunti su Giustiniano* cit., 30 s. A proposito si veda anche *supra*, nt. 4.

²³ Nello stesso senso si veda J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 562.

²⁴ Invece lo ritiene possibile G. DI MARIA, *Tanta/Ἐδωκεν* cit., 119 s. nt. 8, che richiama l'attenzione su questo verbo per criticare Lokin (*Een verdwenen inleidingsconstitutie* cit., 231), affermando che per lo studioso olandese: «*Omnem* sarebbe posteriore a *Tanta* ... e pertanto non potrebbero riferirsi a quella le parole del § 22 ..., con il perfetto ... *dimisimus*». In verità Lokin, quando parla di tempo passato, richiama il rinvio che nel § 8 della *Omnem* viene fatto alla *const. Tanta*. Rinvio già da noi, più sopra, segnalato insieme al risalto dato alla contrapposizione tra presente e passato dal '*nunc*' che introduce quanto sta disponendo la *Omnem*. In ogni caso, non convince il generale rilievo di Di Maria circa lo scarso valore probatorio dell'uso del passato. Per l'Autore (*op. cit.*, 120 nt. 8), poiché l'ordine di approvazione delle costituzioni che venivano emanate nello stesso giorno non era prevedibile dall'estensore dei testi, c'era un unico rimedio «e deponeva a favore della ritualità dei testi e della loro validità: porre tutti i riferimenti incrociati al passato».

²⁵ M. CAMPOLUNGH, *Tanta* cit., 181 s. Il testo non si trova infatti in testa ai *Digesta* (cfr. *supra*, nt. 13) diversamente dalla versione greca della *Tanta*.

²⁶ J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 566.

²⁷ «A questo punto non occorre osservare alcuna sequenza protocollare e nei manoscritti fu possibile collocare il programma di studi della *const. Omnem* all'inizio della compilazione» (così J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 566). Per una più efficace comprensione di questa affermazione, si veda quanto detto *supra*, nt. 16, riguardo, in particolare, alle incertezze sulla posizione della *Omnem* nel *Codex Florentinus*.

Più probabile mi sembra il rimando alla *Deo auctore* § 13 e quindi a due diverse costituzioni, una in latino e l'altra in greco. Né depone in senso contrario²⁸ la più stringata previsione del divieto di usare *sigla* e abbreviazioni nella scrittura del citato § 13 rispetto al modo più articolato in cui esso è disciplinato in *Tanta* 22, con la disposizione, questa volta, in premessa, dell'imputazione di falso e della relativa pena per chi violasse il divieto, seguito dalla considerazione di alcune questioni non esaminate dalla *Deo auctore*.²⁹ Una lettura congiunta di *Tanta* §§ 21 e 22 e rispettivamente *Deo auctore* §§ 12 e 13³⁰ rende poco convincente quanto affermato dalla Campolunghi:³¹ «... dalla menzione di *Deo* parte *Tanta* 21: nell'affrontare il tema ... Giustiniano ha rinviato ... a essa. Tornare a menzionarla qui sarebbe dunque ripetitivo. A ciò si aggiunga che delle questioni più puntuali sulle trascrizioni infedeli del testo che emergono in *Tanta* 22, in effetti *Deo* non tratta. Tornare a menzionarla e proprio su questo punto sarebbe non solo ripetitivo, ma poco sensato». Il richiamo a conclusione del § 22 non credo infatti che riguardasse specifiche questioni in esso trattate, bensì il divieto già normato nelle linee generali nel § 13 della *Deo* su cui si voleva attirare l'attenzione proprio sottolineando che c'era stata una precedente trattazione;³² perciò esso piuttosto che «ripetitivo» diventava opportuno, così come era stato quello all'inizio di *Tanta* § 21, con una formulazione in questo caso che non lascia spazio a dubbi,³³ a *Deo auctore* § 12, in cui, analogamente al § 13, l'esposizione non è particolareggiata e non si parla di falso. Alla *Deo auctore*, oltre che alla *Tanta*, fa peraltro chiaramente riferimento anche il dettato del § 22 della Δέδοκεν.³⁴

²⁸ Come sostiene M. CAMPOLUNGI, *Tanta* cit., 180.

²⁹ E invece contenute nella *Omniem* § 8, come ha sottolineato M. CAMPOLUNGI (*Tanta* cit., 179), nell'ambito di una serie di riflessioni sul § 22 della *Tanta* da cui ha dedotto, però, uno «scarto tra i dati in nostro possesso e l'indicazione del testo» (*op. cit.*, 180).

³⁰ *Deo auctore* § 12: '... nullis iuris peritis in posterum audentibus commentarios illi applicare et verborum sua supra dicti codicis compendium confundere. Quemadmodum et in antiquioribus temporibus factum est, cum per contrarias interpretantium sententias totum ius paene conturbatum est: sed sufficiat ... nullo ex interpretatione eorum vitio oriundo'. *Tanta* § 21: 'Hoc autem, quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adnuente mandabamus, tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare ... Alias autem legum interpretationes, immo magis perversiones eos iactare non concedimus, ne verborum eorum aliquid legibus nostris adferat ex confusione dedecus ... Si quid autem tale facere ausi fuerint, ipsi quidem falsitatis rei constituentur, volumina autem eorum omnimodo corrumpentur. Si quid vero, ut supra dictum est, ambiguum fuerit visum, hoc ab imperiale culmen per iudices referatur ...'. *Deo auctore* § 13: 'Ne autem per scripturam aliqua fiat in posterum dubitatio, iubemus non per siglorum captiones et compendiosa aenigmata, quae multas per se et per suum vitium antinomias induxerunt, eiusdem codicis textum conscribi: etiam si numerus librorum significatur aut aliud quicquam: nec haec etenim per specialia sigla numerorum manifestari, sed per litterarum consequentiam explanari concedimus'. *Tanta* § 22: (per la parte iniziale del testo cfr. *supra*, § 1) '... ita ut, qui talem librum sibi paraverit, in quo sigla posita sunt in qualemcumque locum libri vel voluminis, sciat inutilis se esse codicis dominum: neque enim licentiam aperimus ex tali codice in iudicium aliquid recitare, qui in quacumque sua parte siglorum habet malitias. Ipse autem librarius, qui eas inscribere ausus fuerit, non solum criminali poena (secundum quod dictum est) plectetur, sed etiam libri aestimationem in duplum domino reddat, si et ipse dominus ignorans talem librum vel comparavit vel confici curaverit, quod et antea a nobis dispositum est ...'.

³¹ M. CAMPOLUNGI, *Tanta* cit., 180.

³² Se si tiene presente la frequenza con cui questo divieto venne ripetuto nelle costituzioni introdotte, non può non dedursi la grande attenzione che l'imperatore mostrava per la salvaguardia del testo.

³³ M. CAMPOLUNGI, *Tanta* cit., 179.

³⁴ Sulla Δέδοκεν e i suoi rapporti con la *const. Tanta* si è spesso soffermata l'attenzione della dottrina

Ora, mentre il citato rinvio nella Δέδωκεν alla *Deo auctore* appare pacifico, suscita perplessità che, come è stato congetturato,³⁵ accanto alla *Deo auctore* si pensasse alla *Omnem*, successiva alla Δέδωκεν.³⁶ È chiaro invece in Δέδωκεν § 22 il richiamo, al singolare e al passato,³⁷ ad una costituzione in greco spedita ai professori di diritto. Si tratta di un richiamo che, per la maggiore precisione³⁸ con cui è stato fatto rispetto a quello corrispondente della *const. Tanta*,³⁹ si rivela particolarmente interessante per la nostra ricerca. Sotto il profilo formale, infatti, esso consente di escludere che chi scriveva stesse alludendo alla versione greca di una delle costituzioni precedentemente considerate tra quelle in latino.⁴⁰ Nella frase in cui il pronome relativo ἥν, secondo la corretta puntualizzazione di Lokin, fa riferimento ad una singola costituzione in greco, ciò che a mio avviso viene sottolineato non è «l'opposizione più alta ... di tipo plurale singolare», bensì quella tra costituzioni che originano dalla lingua dei romani (ταῖς τε τῇ Ῥωμαίων προελθούσαις φωνῇ), la *Deo auctore* e la *Tanta*, e un'unica costituzione in greco, contrapposta alle prime (τῇ τε τῶν Ἑλλήνων γλώττῃ), che non è una versione in un'altra lingua di una di quelle,⁴¹ bensì una specifica risposta scritta ai professori di diritto (ἥν πρὸς τοὺς τῶν νόμων καθηγητὰς ἀντεγράψαμεν). Così letto, il testo cessa anche di avere quella «asperità sintattica», segnalata nel proporre una diversa lettura da Di Maria.⁴² La concordanza di ἥν nel numero con il termine più vicino, grammaticalmente corretta, non mira dunque ad escludere il riferimento di quanto di seguito affermato anche alle costituzioni in latino, ma più semplicemente ad indicare, ripetiamo, l'accenno ad una e specifica disposizione in greco emanata 'in risposta' ai professori di diritto.

che, oltre a sottolineare la diversità della lingua e a spiegarne le ragioni, ha notato come si tratti di due diversi testi e non della traduzione l'uno dell'altro (così, per tutti, M. BIANCHINI, *Appunti su Giustiniano* cit., 30 e in senso analogo T. WALLINGA, *Das Verhältnis der Konstitutionen Tanta und Δέδωκεν*, in *Orbis Iuris Romani* 4, 1998, 232, che ha parlato di «weitere Ausarbeitung in anderer Sprache». Dello stesso Autore cfr. anche *Tanta/Δέδωκεν: Two introductory constitutions to Justinian's Digest*, Groningen 1989). Non è mancato, anche di recente, il tentativo di stabilire quale fosse il rapporto cronologico tra le due. Su questo profilo, e più in generale, da ultimo G. DI MARIA, *Tanta/Δέδωκεν* cit., 116 ss.

³⁵ G. DI MARIA, *Tanta/Δέδωκεν* cit., 119.

³⁶ Così J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 563, dopo aver osservato che il riferimento a più costituzioni in latino risulta grammaticalmente possibile.

³⁷ Ad essa si riferisce infatti l'aoristo ἀντεγράψαμεν.

³⁸ Nello stesso senso G. DI MARIA, *op. e loc. ult. cit.*

³⁹ G. DI MARIA, *Tanta/Δέδωκεν* cit., 119.

⁴⁰ Dunque, anche volendo accogliere l'idea che tra quelle in latino vi fosse un riferimento alla *Omnem*, la costituzione in greco non potrebbe comunque essere considerata un'omologa della *Omnem*.

⁴¹ Come cerca di sostenere G. DI MARIA, *Tanta/Δέδωκεν* cit., 119 s. nt. 8.

⁴² G. DI MARIA, *Tanta/Δέδωκεν* cit., 119 s. ntt. 7 e 8. Per l'Autore «Tanto i correlativi ταῖς τε ... τῇ τε sottolineano abbastanza che l'opposizione più alta è di tipo plurale-singolare: (due) costituzioni – una costituzione, mentre γλώττῃ può appagarsi di sfruttare τῇ come proprio articolo solo subordinatamente ...». Più avanti, riprendendo il discorso, aggiunge: «... l'opposizione plurale singolare sottolineava la duplicità sul versante latino (*Deo auctore* + *Omnem*) a fronte della singolarità sul versante greco (la sola costituzione greca che faceva coppia con *Omnem*): ebbene un pronome relativo al plurale in quel punto rischiava di lasciar intendere falsamente che anche la *Deo auctore* fosse stata diretta ai professori di diritto».

3. LA COSTITUZIONE GRECA CHE NON È STATA TRASMESSA: UN PROVVEDIMENTO PROVVISORIO 'IN RISPOSTA' AI PROFESSORI PER RENDERE PROFICUO E AGEVOLE L'APPRENDIMENTO DEGLI STUDENTI DELL'INTERO PERCORSO DI STUDI, NEL PRIMO ANNO ACCADEMICO DI APPLICAZIONE DELLA RIFORMA.

Ma perché prima (e comunque poco prima!) della *Tanta-Δέδωκεν* e della *Omnem* fu spedita una costituzione in greco ai Professori di diritto? Di cosa si sarebbe dovuta occupare? È andata perduta o non è stata volontariamente tramandata?

Per tentare di rispondere a queste domande dobbiamo preliminarmente riflettere sui programmi di studio che in concreto furono svolti a cavallo tra il 533 e il 534, tenendo presente l'intero percorso didattico e valutando anche la questione dell'inizio dell'anno accademico.⁴³

Nel 533 vengono confezionate le Istituzioni, forse progettate già sul finire del 530,⁴⁴

⁴³ Sull'insegnamento del diritto in epoca giustiniana cfr., per tutti, H.J. SCHELTEMA, *L'insegnement de droit des antecessors* cit., 7 ss. (= *Opera minora* cit., 64 ss.); G.G. ARCHI, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, in AA.VV., *L'imperatore Giustiniano. Storia e mito, Giornate di studio a Ravenna, 14-16 ottobre 1976*, Milano 1978, 97 ss. (= *Scritti di diritto romano*, 3, Milano 1981, 1903 ss.); N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio*², *Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, 22 ss. e 38 ss.; J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 118 ss. e altra lett. cit., nt. 36; A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto* cit., 49 ss.; F. GALGANO, *Diritto greco-romano bizantino. Dodici lezioni*, Città del Vaticano 2011, 97 ss.; P. PASQUINO, Rec. ad A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto* cit., in TSDP 5, 2012; S. TROIANOS, *Le fonti del diritto bizantino* cit., 54 s. Su specifici profili, anche G. FALCONE, *'Legum cunabula' e 'antiquae fabulae'* cit., 289 s. e nt. 13; ID., *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino* cit., 147 ss.

⁴⁴ In tal senso, è sembrata deporre la menzione delle *Institutiones* in *Deo auctore* § 11 (*'Ideoque iubemus duobus istis codicibus omnia gubernari, uno constitutionum, altero iuris enucleati et in futurum codicem compositi: vel si quid aliud a nobis fuerit promulgatum institutionum vicem optinens, ut rudis animus studiosi simplicibus enutritus facilius ad altioris prudentiae redigatur scientiam'*), ad esempio, a M. BIANCHINI (*Apuntti su Giustiniano* cit., 48) che ha ipotizzato la progettazione del manuale insieme ai *Digesta* e il differimento della sua realizzazione, per volontà imperiale, al compimento della raccolta di *iura*. Anche G. LUCHETTI (*La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 588 ss. e nt. 38; ID., *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 2004, 34 nt. 55) ha dato credito alla testimonianza della *Deo auctore* e ha sostenuto sulla base di altri elementi «pur con tutte le necessarie cautele ... che l'elaborazione del manuale istituzionale, almeno a livello di una prima redazione ... possa forse già collocarsi tra la fine del 531 e la prima metà del 532». Cfr. anche A.M. GIOMARO (*Sulla presenza delle scuole di diritto* cit., 52), che riportando l'ipotesi della Bianchini sembra condividerla. L'attendibilità del testo non è però pacifica in dottrina. Tradizionalmente (F. SCHULZ, *History of Roman Legal Science*, Oxford 1946, 304 nt. 5; G.G. ARCHI, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto* cit., 102 s. nt. 13 = *Scritti* cit., 1909 nt. 13) si è ritenuto che alla stesura originaria della *Deo auctore* fosse stato aggiunto solo successivamente il riferimento alla composizione eventuale di *'quid aliud ... institutionum vicem optinens'*. Un tentativo di «ipotizzare nel testo un rimaneggiamento» va attribuito alle considerazioni di M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza*, II.1 cit., 237 ss. Del valore probatorio del passo è stato inoltre immaginato un possibile ridimensionamento, anche in connessione con la valutazione della *Deo auctore* come il risultato della fusione di precedenti testi normativi, da A.M. GIOMARO, *Ipotesi sulla datazione della Deo auctore*, in Studi Urbinati 53, 1984-1985, 205 s., 213 s.; G. FALCONE (*'Legum cunabula' e 'antiquae fabulae'* cit., 302 ss.) ha inoltre evidenziato che l'anticipazione del progetto delle *Institutiones* in una fase anteriore al 533 – data a cui risale l'affermazione di *const. Imperat.* §§ 3 e 4 (testo, *infra*, nt. seguente), secondo cui Giusti-

ma certamente commissionate formalmente una volta ultimata la compilazione del Digesto.⁴⁵ Esse, indirizzate alla *cupida legum iuventus* il 21 novembre del 533, acquisteranno quel pieno valore di legge già conferito loro nel § 6 dell'*Imperatoriam* il 30 dicembre del 533, insieme al *Codex* e ai *Digesta*,⁴⁶ che erano stati ufficialmente introdotti il 16 dicembre dello stesso anno. Erano, dunque, ormai pronte le raccolte normative su cui da tempo si pensava di riorganizzare i programmi di insegnamento già vigenti nelle scuole di diritto⁴⁷ e pertanto nella stessa data con la *Omnem* fu resa nota la riforma degli studi giuridici.

Ciò posto, è verosimile che nella seconda metà del 533 agli interventi collegati all'insegnamento fosse rivolta particolare attenzione dall'imperatore e dai docenti che avrebbero dovuto applicare i nuovi programmi in vista dell'avvio del nuovo anno accademico.

A proposito, peraltro, «dell'arco temporale di svolgimento» di questo, dopo la *Omnem*, come osservato da Sciortino,⁴⁸ le fonti non offrono indicazioni testuali e gli studiosi, senza occuparsi specificamente dell'argomento, fanno riferimento solo ai singoli anni: primo, secondo e così via, parlando o di inizio dell'anno accademico, dopo l'estate, negli ultimi mesi dell'anno solare,⁴⁹ o di coincidente avvio di esso con l'anno solare, a gennaio per concludersi a dicembre.⁵⁰

Ebbene, l'Autore,⁵¹ nel propendere per quest'ultima ipotesi, osserva che se gli anni accademici iniziavano dopo l'estate la *Omnem* avrebbe dovuto contenere un «regime transitorio da applicare agli studenti» che avevano già svolto qualche mese di lezione, ma non è

niano ordinò la composizione delle *Institutiones* a *Digesta* ultimati – oltre a potersi eventualmente desumere da *Deo auctore* § 11, potrebbe considerarsi attestata da C. 7.25.1 (Iust., a. 530-531) in cui è manifestato un apposito interesse per le modalità di insegnamento.

⁴⁵ *Const. Imperatoriam* § 3: 'Cumque hoc deo propitio peractum est, Triboniano ... nec non Theophilo et Dorotheo ..., convocatis specialiter mandavimus, ut nostra auctoritate nostrisque suasionibus componant institutiones ...'; § 4: 'Igitur post libros quinquaginta digestorum seu pandectarum, in quos omne ius antiquum collatum est ... in hos quattuor libros easdem institutiones partiri iussimus ...'.

⁴⁶ Cfr. *const. Tanta* e Δέδωκεν § 23.

⁴⁷ Interessante, per confermare l'idea dell'esistenza di un sia pur breve scarto temporale tra la definitiva realizzazione delle opere compilatorie e la loro pubblicazione, è l'opinione di chi sostiene che il periodo prossimo alla pubblicazione dei *Digesta* fu utilizzato solo per la realizzazione delle copie del testo già completato. Cfr., per tutti, R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustinianea*⁴, Bologna 1985, 47 s. (= in AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano*², Milano 1989, 653 s.).

⁴⁸ Così S. SCIORTINO, *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del Codex*, in AUPA 56, 2013, 151, a cui appartengono le parole virgolettate. Nello stesso senso già G. FALCONE *'Legum cunabula' e 'antiquae fabulae'* cit., 302.

⁴⁹ Così H.J. SCHELTEMA, *Subseciva IV. Die Institutionenparaphrase Theophili*, in TR 31, 1963, 92 (= *Opera minora* cit., 119), con riferimento espresso al corso tenuto da Teofilo sulle Istituzioni nel 533/534, a cui alludono anche J.H.A. LOKIN, T.E. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis* cit., 124 s. Anche l'antecessore Giuliano avrebbe tenuto il corso nel 556/557 d.C., sempre secondo H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des Antécédents*, (*Bizantina Neerlandica*, S.B. Studia, Fasc. I, Leiden 1970, 6 = *Opera minora* cit., 63). Nello stesso senso, più di recente, anche J.H.A. LOKIN, *Bilingual problem in the teaching the Justinian Code*, relazione tenuta in occasione del Convegno Internazionale dal titolo: *'Modelli di un multiculturalismo giuridico: il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento'*, Siracusa, 17-18 maggio 2012; ID., *Alcune note sul bilinguismo* cit., 564 s.

⁵⁰ In questo senso, da ultimo, S. SCIORTINO, *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo* cit., 152 e nt. 140, ove lett. precedente.

⁵¹ S. SCIORTINO, *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo* cit., 152.

così. Diversamente, Lokin,⁵² pensando all'avvio dell'anno accademico nell'autunno del 533, dopo aver osservato che la «const. *Omnem* giungeva in ritardo per ratificare l'insegnamento delle Istituzioni, dato che questo era già stato avviato», conferisce alla costituzione greca indirizzata ai professori di diritto il carattere di «provvedimento temporaneo», venuto meno dopo l'emanazione della *Omnem* per ordinare agli studenti lo studio delle Istituzioni e il nuovo piano di studi.

Comprensibili le osservazioni degli attenti studiosi. In un clima in cui l'imperatore intendeva autoritativamente e rigidamente regolamentare l'insegnamento del diritto, '... *ut et initium vobis et finis legum eruditionis a voce principali procedat* ...',⁵³ nel tumultuoso periodo di revisione dei testi definitivi da pubblicare, non si possono certamente escludere eventuali esigenze transitorie che richiedevano una puntuale pianificazione di integrazioni e/o propedeuticità.

Se si considera inoltre «che non ci sono fonti capaci di suffragare la tesi secondo la quale la const. *Omnem* avrebbe disposto solo l'avvio immediato del primo anno di corso»⁵⁴ e che pertanto il nuovo programma dei 5 anni sarebbe entrato subito in vigore e si sarebbe dovuto applicare anche agli studenti non più matricole, è interessante segnalare – indipendentemente dalla questione dell'inizio dell'anno accademico, che mi pare peraltro più probabile collocare negli ultimi mesi dell'anno solare (novembre – dicembre),⁵⁵ quando, nel 533, già tutto il materiale didattico era credo già pronto, ma sarebbe stato reso noto ufficialmente tra la metà di novembre e quella di dicembre e avrebbe acquistato, secondo la volontà imperiale, forza di legge il 30 dicembre del 533 – un'altra esigenza 'transitoria', 'temporanea', 'indifferibile' che doveva essere pesantemente avvertita dai professori nei mesi, o settimane, che precedettero l'avvio dei corsi con il nuovo piano di studi: chi avrebbe frequentato gli anni successivi al primo avrebbe avuto infatti bisogno di un adattamento dei nuovi programmi.⁵⁶ Gli studenti che entravano al secondo anno, ad esempio, prima

⁵² J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 564 s.

⁵³ *Const. Imperatoriam* § 3.

⁵⁴ Ancora S. SCIORTINO, *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo* cit., 153.

⁵⁵ Non mi sembrano infatti determinanti gli indizi che S. SCIORTINO (*La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo* cit., 152) ha addotto per collocare l'inizio dei corsi nel mese di gennaio. In tal senso in verità potrebbe essere letto il § 11 della const. *Omnem*: 'Incipite igitur legum doctrinam eis Dei gubernatione tradere et viam aperire quam nos invenimus'. Basta però confrontare il testo citato con il § 7 della const. *Imperatoriam* ('Summa itaque ope et alacri studio has leges nostras accipite et vosmet ipsos sic eruditos ostendite') per leggere entrambi come una esortazione ai destinatari (i professori per la *Omnem* e gli studenti per l'*Imperatoriam*) ad assolvere nel modo più proficuo possibile i propri compiti (rispettivamente insegnare e apprendere). Riguardo alla necessità di un regime transitorio per le settimane che precedettero l'emanazione della *Omnem*, non credo che esso fosse necessario per gli studenti di primo anno a cui il 21 novembre fu già consegnato il libro di testo mentre per gli studenti degli anni successivi forse proprio i mesi di novembre e dicembre servirono ad essere messi in condizione di affrontare il nuovo piano studi e i nuovi programmi seguendo probabilmente le indicazioni transitorie che furono verosimilmente dettate dalla costituzione greca a cui stiamo dedicando questa nostra ricerca. Inoltre, se è vero che «le costituzioni che hanno disposto la pubblicazione delle varie parti della compilazione, oggetto di studio ai sensi della const. *Omnem*, si datano proprio alla fine dell'anno solare» ciò potrebbe più semplicemente significare che, sebbene l'avvio dei corsi sollecitava alla pubblicazione entro la fine dell'autunno, la notevolissima mole di lavoro fece, se pur di poco, slittare i tempi; la data inoltre del 30 dicembre del 533 potrebbe essere stata dettata da precisi orientamenti imperiali (cfr. *supra*, nt. 17).

⁵⁶ Senza prospettare l'esigenza da noi segnalata anche S. SCIORTINO (*La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo* cit., 153 s.) ritiene che la riforma introdotta si sarebbe applicata anche a chi già

della riforma avevano al primo anno già studiato le Istituzioni di Gaio e quattro ‘*libri singulares: primus de illa vetere re uxoria*’ (antica dote), *secundus de tutelis et tertius ne non quartus de testamentis et legatis*’ (*const. Omnem* § 1). Al secondo anno avrebbero in automatico avuto accesso al nuovo programma senza integrazioni? Avrebbero cioè studiato integralmente e in ordine o i sette libri ‘*de iudiciis*’ (D. 5-11) o gli otto ‘*de rebus*’ (D. 12-19) a preferenza dei docenti e il primo libro di ciascuna delle seguenti parti: dote (lib. 23), tutela (lib. 26), testamenti (lib. 28), legati (lib. 30)? Così facendo, però, non sarebbe stato completamente utilizzato il nuovo manuale predisposto per fare apprendere i primi fondamenti della scienza giuridica né, soprattutto, i primi quattro libri dei *Digesta*, i ‘*Prota*’, che rientrano dopo la riforma nell’insieme del sapere elementare⁵⁷ che avrebbe consentito di passare al secondo anno.⁵⁸ Interessante è peraltro anche il ragionamento che traspare, a proposito, dal dettato della *const. Omnem* §§ 1 e 2 (§ 1: ‘... *in secundo autem anno praeposita ordinatione habita prima pars legum eis tradebatur, quibusdam certis titulis ab ea exceptis: cum erat enorme post institutiones aliud legere, quam quod in legibus et primum positum est et istam nuncupationem meruerit* ...’; § 2: ‘... *et primo quidem anno nostras hauriant institutiones ... in reliquam vero anni partem secundum optimam consequentiam prima legum partem eis tradi sancimus, quae Graeco vocabulo πρῶτα nuncupatur, qua nihil est anterius, quia quod primum est aliud ante se habere non potest* ...’), dove Giustiniano parla di un sistema precedente assurdo in cui si insegnavano i ‘*Prota*’ dopo le Istituzioni e addirittura in seguito ai temi monografici dei quattro *libri singulares*, che egli rinvia al secondo anno anticipando al primo i ‘*Prota*’.

‘*Prota*’, sui quali è stata richiamata l’attenzione della dottrina, proprio dal modo in cui ad essi fanno riferimento i citati §§ della *const. Omnem* nello stabilire in che rapporto temporale doveva avvenire il loro insegnamento rispetto alle Istituzioni. L’orientamento costante è stato quello di dare per certo che i ‘*Prota*’ dovessero essere insegnati dopo il manuale imperiale⁵⁹ ma, al tempo stesso, non è mancata la segnalazione di «qualche incoerenza»⁶⁰ nelle parole della disposizione.

frequentava il percorso di studi giuridico e osserva: «gli studenti, a partire dal 534 d.C., sarebbero passati al termine di ogni anno al corso dell’anno successivo: sarebbero cambiati unicamente i programmi».

⁵⁷ Sulla rilevanza sotto il profilo formativo dei temi di studio del primo anno post riforma è stata richiamata l’attenzione – partendo dalla considerazione del diverso modo in cui è stato affrontato nell’esperienza giuridica romana il tema della giustizia e del diritto e guardando alle conseguenze sul piano didattico – da F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in *Diritto@Storia* 4, 2005, *Tradizione*, §§ 2 e 4. Interessante anche A.M. GIOMARO, *La iustitia e l’uomo: emersione dell’«umanità» di un concetto*, in *Studi in memoria di I. Mancini*, Napoli 1999, 343 ss.

⁵⁸ L’importanza del nuovo programma di primo anno per il passaggio al secondo cresce se si segue il ragionamento di A.M. GIOMARO (*Sulla presenza delle scuole di diritto cit.*, soprattutto 81 ss.), la quale ha opportunamente sottolineato come la razionale e attenta progressione negli studi prevista dal nuovo programma della *Omnem*, presente anche all’interno del primo anno, manifesti la volontà imperiale di chiarire in concreto, per i *Digesta* e le Istituzioni, «fin dall’apertura il taglio particolare e specifico, la direzione del percorso didattico, l’impostazione del lavoro che ci si riprometteva di svolgere e i risultati pratici che si attendevano». Nelle Istituzioni il discorso è semplice, scorrevole, generale, «definitorio», nei *Digesta*, con la «ripetizione» nei ‘*Prota*’ degli stessi temi con un diverso taglio, viene subito sottolineato «lo scopo pratico che si vuole raggiungere individuato nella figura del destinatario dell’opera, genericamente l’operatore del diritto» (*op. cit.*, 86).

⁵⁹ Così riferisce M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza*, II.2 cit., 374 s.

⁶⁰ Ancora M. CAMPOLUNGI (*op. e loc. ult. cit.*) osserva: «Torniamo così al nostro dubbio iniziale sul senso di “*in reliquam [...] anni partem*”; in qualunque momento del corso si intendono collocati i πρῶτα (tanto nella prima parte, quanto nella seconda) si incorre in qualche incoerenza ...».

Un dato va subito sottolineato: nella *Omnem* sono state fatte con riferimento ai ‘*πρῶτα*’ precisazioni quasi identiche per dire che la denominazione allude a ‘ciò che è stato posto per primo’. Queste, nel § 1, servono opportunamente a chiarire che sarebbe stato ‘*enorme*’ che dopo le Istituzioni si studiasse, come avveniva nei programmi pre-riforma, qualcosa di diverso rispetto a ‘la prima parte del diritto’. Nel § 2, invece, in cui si sta illustrando il primo anno post riforma, all’affermazione di aver collocato nella restante parte del primo anno, dopo le Istituzioni, ‘la prima parte del diritto’, che con termine greco viene chiamata ‘*πρῶτα*’, segue la puntualizzazione a prima vista quasi contraddittoria: ‘rispetto alla quale nulla viene prima, perché quello che è primo non può avere altro davanti a sé’. Orbene, proprio questa aggiunta fatta con incisività potrebbe essere espressione di un’indicazione più generale sull’insegnamento dei ‘*πρῶτα*’, peraltro perfettamente coerente agli occhi dei destinatari della *Omnem*, se si accetta l’idea che indicazioni più precise al riguardo forse erano state date loro precedentemente, *aliunde*.⁶¹

Di fronte alla situazione descritta, non è improbabile che la costituzione greca indirizzata ai professori di diritto non fosse una versione greca della *Omnem*, ma come questa riguardasse l’insegnamento del diritto e contenesse un divieto di far uso di *sigla* e di abbreviazioni. Essa, però, a differenza della *Omnem*, non riportava quel piano di studi introdotto con la riforma che Giustiniano voleva durasse in eterno: ‘... *quae omnia optinere sancimus in omne aevum, ab omnibus tam professoribus quam legum auditoribus et librariis et ipsis et iudicibus observanda*’ (*Omnem* § 11),⁶² ma, nell’autunno del 533, quando il materiale didattico voluto da Giustiniano era di fatto già pronto e noto ai professori, dettava solo un regime transitorio, ad esaurimento, per l’anno accademico (533/34 o 534) di prima applicazione della riforma, con cui venivano fissate le linee direttive che avrebbero dovuto seguire i docenti per mettere in condizione gli studenti che avevano iniziato il percorso di studi giuridici con i vecchi programmi di approcciarsi ai nuovi in modo che non si creasse ro lacune o incongruenze.

Si tratta di linee direttive temporanee che, è evidente, essendo di stampo anche metodologico, si attagliavano soprattutto ai docenti, i quali avendone avvertito l’esigenza ne fecero apposita richiesta.

Ad essa facevano riferimento la *Tanta*, nella versione offerta dal primo copista del *Codex Florentinus*, e la Δέδωκεν, che conosciamo solo attraverso lo stesso manoscritto. Quest’ultima infatti non è stata inserita nel *Codex repetitae praelectionis* così come la *const. Omnem*, la cui rilevanza per le materie trattate le dovette però garantire oltre all’ufficialità un considerevole livello di pubblicità e pertanto l’introduzione in testa ai *Digesta*. Ufficialità che ci fu ‘verosimilmente’ anche per il ‘presunto’ provvedimento in greco,⁶³ che doveva

⁶¹ Potremmo forse congetturare che il presunto regime transitorio, dettato dalla costituzione greca indirizzata ai professori, stabilisse per gli studenti che dopo la riforma avrebbero dovuto frequentare il secondo anno di iniziare con i ‘*Prota*’, come da vecchio programma, e continuare con il nuovo, da cui andava escluso lo studio dei quattro *libri singulares* già fatto al primo anno. Si tratta di integrazioni/correzioni che avrebbero consentito al nuovo sistema di insegnamento di mantenere quella «razionale progressione» voluta da Giustiniano. Su questo intento imperiale cfr. G. FALCONE, ‘*Legum cunabula*’ e ‘*antiquae fabulae*’ cit., 289.

⁶² Nello stesso senso si veda anche *const. Omnem praef.*: ‘... *ideo praesentem divinam orationem ad vos praecipue faciendam existimamus, quatenus tam prudentia vestra quam ceteri antecessores, qui eandem artem in omne aevum exercere maluerint, nostris regulis observatis inclutam viam eruditionis legitimae possint ambulare* ...’.

⁶³ Dico ‘verosimilmente’ perché è inequivocabile il richiamo ad esso in *Tanta* e in Δέδωκεν. Richiamo però che potrebbe anche essere più semplicemente letto come espressione della volontà imperiale di sotto-

dettare solo linee direttive e temporanee per l'applicazione al percorso di studio già esistente e ad esaurimento della riforma che sarebbe entrata in vigore con la *Omnem*, mentre mancò la diffusione dello stesso e la sua introduzione nella compilazione essendo rilevante solo per i professori e soprattutto solo temporaneo.

4. SEGUE: UNA CONFERMA DEL CARATTERE CONTINGENTE DELLA DISPOSIZIONE NELL'USO DI UNA SPECIFICA TERMINOLOGIA PER RICHIAMARLA.

A conferma del carattere contingente della costituzione greca che stiamo qui considerando depone inoltre, a mio modesto avviso, l'uso di una particolare terminologia ad essa riferita nel § 22 della *const. Δέδωκεν* per specificare il suo carattere di risposta ad un'esigenza manifestata dai professori. Terminologia che ricorre anche nella traduzione greca della *const. Imperatoriam*, la cui versione ufficiale in latino viene, come già detto, emanata il 21 novembre del 533 per dare notizia delle Istituzioni alla *cupida legum iuventus* che ne sollecitava la consegna, in concomitanza col probabile avvio dell'anno accademico, ed è stata considerata da Lokin,⁶⁴ analogamente alla costituzione greca che non ci è pervenuta, «una misura d'urgenza ... poiché tre settimane più tardi, il 16 dicembre, tramite la *const. Tanta-Δέδωκεν*» le *Institutiones* «vengono formalmente introdotte nell'insegnamento insieme al Digesto».

Torniamo a considerare il § 22 della *const. Δέδωκεν*, dove al sintagma 'ἄλλαις διατάξεσιν ... ἐνεγράψαμεν', usato per fare riferimento alle costituzioni emanate, segue l'espressione 'ἦν πρὸς τοὺς τῶν νόμων καθηγητὰς ἀντεγράψαμεν', per alludere, come più sopra evidenziato, specificamente alla costituzione indirizzata 'in risposta' ai professori di diritto, su loro sollecitazione, di cui non possediamo il testo.

Ebbene, quest'ultima frase, dove ricorre la forma verbale corrispondente al sostantivo 'ἀντιγραφῇ', ritengo che possa essere letta come un indizio dell'uso di questo vocabolo, nella terminologia ufficiale, nel significato di 'costituzione indirizzata' e manifestare una tendenza alla specificazione terminologica.⁶⁵

lineare incisivamente l'importanza della salvaguardia del testo dell'opera compilatoria anche dal punto di vista 'formale', evidenziando che le disposizioni riguardanti il divieto di sigle e abbreviazioni erano contenute persino in un provvedimento in greco 'a termine' indirizzato ai professori.

⁶⁴ J.H.A. LOKIN, *Alcune note sul bilinguismo* cit., 565.

⁶⁵ Questa tendenza, per il periodo giustiniano, è stata da ultimo segnalata da G. FALCONE (*La versione greca della cost. Imperatoriam e la sua attribuzione*, in AUPA 59, 2016, 291 ss.) che, intervenendo sul tema della paternità della versione greca della *const. Imperatoriam*, ha posto l'attenzione sulla traduzione di 'suasionibus' nel § 3 con 'ὑποθήκαις' ritenendone l'utilizzo, sulla base di acute notazioni, sicuramente corretto, non solo linguisticamente (di correttezza solo sul piano linguistico parlavano già gli editori groningen J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani, with a Translation by A.F. MURISON*, Groningen 2010, xxvi, che però hanno ritenuto il termine inadatto all'utilizzo da parte di un giurista in quanto avrebbe indotto a pensare ad un ambito correlato all'ipoteca), da parte di un traduttore giurista. L'uso del verbo πείθεσθαι che precede ὑποθήκαι e ne orienta il significato nel senso di «istruzioni, indicazioni da seguire» e l'impiego in questo stesso senso del termine in Nov. 26, «per indicare costituzioni imperiali (ὑποθήκαι βασιλικαί) che costituiscono istruzioni», tanto nel § 5 che nel § 2, dove una spiegazione chiarisce la corrispondenza «al latino 'mandata'», fa concludere all'Autore (*op. cit.*, 297) che «fosse circolante una rappresentazione in termini di ὑποθήκαι di determinazioni imperiali consistenti in istruzioni e che questa terminologia ufficiale fosse stata tenuta presente da chi ha tradotto cost. *Imperatoriam* 3». Il traduttore avrebbe con scrupolo reso «fedelmente il senso di 'suasiones' quali manifestazioni di volontà imperiali» ed «è legittimo ritenere che questa specificità terminologico-concettuale fosse ben nota agli antecessores».

Leggiamo ora il § 7 della traduzione greca della *const. Imperatoriam* dove si parla di ‘ἀντιγραφῇ’:

Προτρέπει τοίνυν διὰ τῆς παρούσης διατάξεως ὁ ἡμερώτατος ἡμῶν βασιλεὺς τοὺς πρὸς οὗς ταύτην ἐποιήσατο τὴν ἀντιγραφὴν, ὥστε πολλῇ τῇ δυνάμει καὶ προθύμῳ σπουδῇ τοὺς παρόντας δέξασθαι νόμους καὶ διὰ τῆς αὐτῶν ἀναγνώσεως οὕτως ἑαυτοὺς ἐπιδεῖξαι σοφούς, ὥστε αὐτοὺς ὑπὸ καλλίστης τρέφεσθαι τε καὶ θάλπεσθαι τῆς ἐλπίδος, ὡς παντὸς αὐτοῖς τοῦ νομικοῦ διανυθέντος ἔργου διαφόρων τῆς αὐτοῦ πολιτείας ἄρξουσιν μερῶν. [Trad.: ‘Con la presente costituzione, pertanto, il nostro clementissimo imperatore esorta coloro (*cupida legum iuventus*) a cui l’ha indirizzata (per i quali ha fatto questo ‘testo in risposta’) ad accogliere di buon animo e con molto entusiasmo le presenti leggi (vale a dire le Istituzioni, rese vigenti – v. § 6 – dalla Costituzione)⁶⁶ e, per il tramite della loro lettura, a mostrarsi così saggi da nutrirsi e dilettersi della più bella speranza, che, scorsa tutta l’opera giuridica (al compimento del percorso di studi giuridici), sovrintenderanno alle diverse amministrazioni (posizioni) del suo Stato’].

Nel testo viene sottolineato che con la *Constitutio* l’imperatore aveva inteso esortare all’entusiasmo la *cupida legum iuventus*, a cui appunto essa era indirizzata, e dal cui desiderio era stata verosimilmente sollecitata,⁶⁷ e pertanto usa opportunamente il termine ‘ἀντιγραφῇ’,⁶⁸ rescritto nel senso di ‘testo in risposta’.

⁶⁶ Che al manuale aveva conferito pieno valore. In tal senso depono il dettato di: *const. Imperatoriam* § 6: ‘... et plenissimum nostrarum constitutionum robur eius accommodavimus’ (‘... le abbiamo attribuito il pienissimo valore di legge delle nostre costituzioni’); Βασιλικῆς § 6: ‘... ἡ δὲ αὐτοῦ γαληνότης ἀναγνοῦσα ταύτας ἐπέγνω, ὥστε οἰκεῖαν καὶ πληρεστάτην αὐταῖς διατάξει τὴν ἰσχὺν φιλοτιμήσασθαι’ (‘... Sua Serenità, dopo averle lette le approvava, sì da concedere loro, per mezzo di una costituzione, propria e molto piena autorità’). Si vedano inoltre, *const. Tanta* § 11: ‘... praedictos libros constitutionum vicem habere iussimus: quod et in oratione nostra, quam eisdem libris praeposuimus, apertius declaratur’. (‘... e abbiamo ordinato che i libri sopra menzionati abbiano lo stesso valore delle costituzioni imperiali: questo abbiamo più esplicitamente dichiarato nel nostro discorso che abbiamo premesso ai medesimi libri’) e *const. Δέδωκεν* § 11: ‘... καὶ τό γε τὴν ἡμετέρων διατάξεων ἰσχὺν ἔχειν αὐτὸ παρ’ αὐτῶν ὧν ἐν προοιμίῳ τοῦ βιβλίου διελέχθηεν ἅπασιν ἐδηλώσαμεν’ (‘... e abbiamo dichiarato che anche questo libro è nostro e abbiamo reso noto a tutti, con il linguaggio usato nel proemio del libro, che esso ha il vigore delle nostre costituzioni’).

⁶⁷ J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani* cit., xxvii nt. 60.

⁶⁸ L’uso di questo termine nella traduzione greca della *const. Imperatoriam* è stato recentemente considerato inappropriato. È stato detto (J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani* cit., xxvii., e J.H.A. LOKIN, *Some remarks concerning the Greek Translation of the Constitutio Imperatoriam*, in H. DONDORP, J. HALLEBEEK, T. WALLINGA, L. WINKEL (a cura di), *Ius Romanum – Ius Commune – Ius Hodiernum. Studies in honour of Eltjo J.H. Schrage on the occasion of his 65th birthday*, Amsterdam 2010, 275) che un professore di diritto nel § 7, dopo aver usato all’inizio correttamente ‘διάταξις’, per fare riferimento all’*Imperatoriam*, non avrebbe potuto indicare la stessa con il termine ‘ἀντιγραφῇ’, che tecnicamente è usato per indicare un *rescriptum* (‘Προτρέπει τοίνυν διὰ τῆς παρούσης διατάξεως ὁ ἡμερώτατος ἡμῶν βασιλεὺς τοὺς πρὸς οὗς ταύτην ἐποιήσατο τὴν ἀντιγραφὴν, ὥστε πολλῇ τῇ δυνάμει καὶ προθύμῳ σπουδῇ τοὺς παρόντας δέξασθαι νόμους ...’). Si è dedotto che detto termine sarebbe stato utilizzato come sinonimo di ‘ἀντίγραφον’, ‘copy’, ‘piece of text’ e che si sarebbe trattato di una scelta non adeguata ad un giurista. Di contro, G. FALCONE (*La versione greca della cost. Imperatoriam* cit., 297 s.), per dimostrarne l’adeguatezza giuridica, ha sostenuto che ‘ἀντιγραφῇ’ è stato riferito al «testo del manuale imperiale ... un ‘testo in

Ora, è noto che i *rescripta*, disposizioni riguardanti casi particolari, in epoca giustiniana avevano perso la loro importanza ed erano stati sostituiti da altri tipi di *constitutiones*. Tuttavia, dal punto di vista formale, la risposta imperiale indirizzata a funzionari o privati poteva essere rivestita dalla forma del *rescriptum*. Emblematico è il dettato di PT. 1.2.6, dove Teofilo, che probabilmente fu anche l'autore della traduzione greca della *const. Imperatoriam* nonostante le perplessità di recente sollevate da autorevole dottrina,⁶⁹ nell'accingersi a dare una spiegazione di 'costituzione imperiale'⁷⁰ – dopo avere glossato «il termine latino che la identifica con due vocaboli»:⁷¹ 'διάταξις' che «identifica più precisamente la *constitutio*» e 'διατύπωσις' che «ha un ambito semantico più ampio relativo ad ogni norma e/o disposizione legislativa», mostrando così particolare attenzione alle peculiarità terminologico-concettuali – procede all'ulteriore distinzione di tre tipi di costituzioni: 'εἰς ἐπι-

risposta' (ἀντιγραφὴ) ad una richiesta, o desiderio, di *leges* (nel senso di testi oggetto di insegnamento) da parte del corpo studentesco (*cupida legum iuventus*)» che ben avrebbe potuto un *antecessor* indicare come colui per il quale «l'imperatore ha realizzato codesto testo». In senso analogo, ma, come lo stesso Falcone (*op. e loc. ult. cit.*, nt. 36) sottolinea, senza prendere in considerazione la problematica posta dall'uso di 'ἀντιγραφὴ', sembra esprimersi G. MATINO, *La traduzione greca della costituzione Imperatoriam nella Parafrasi di Teofilo Antecessore*, in KOINΩNIA 39, 2015, 450. L'Autrice afferma che «l'allusione al manuale greco, ταύτην τὴν ἀντιγραφὴν, di cui la traduzione della costituzione doveva essere il naturale proemio, richiama il precedente τὸ παρὸν σύνταγμα, confermando l'impressione dell'unità compositiva della Parafrasi». Per il mio diverso punto di vista, oltre alle riflessioni fatte in questa ricerca, si veda A.S. SCARCELLA, 'Ἡ διάταξις ἡ βεβαιούσα τὰ Ἰνστιτούτα: riflessioni sulla paternità', in corso di stampa in SDHI.

⁶⁹ Tradizionalmente Teofilo è stato ritenuto l'autore della traduzione greca della *const. Imperatoriam* giuntaci nei manoscritti in testa alla Parafrasi. In tal senso anche G. FALCONE, *'Legum cunabula' e 'antiquae fabulae'* cit., 283 ss. e, in particolare, 295 ss., sebbene in un contesto in cui l'attenzione non era appositamente rivolta all'argomento, e G. MATINO, *La traduzione greca della costituzione Imperatoriam* cit., 439 ss. Contro la provenienza teofilina della traduzione greca della *const. Imperatoriam* si sono invece recentemente espressi J.H.A. LOKIN, *Some Remarks* cit., 273 ss., e J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani* cit., xxvi s., nei *Prolegomena*, la cui ipotesi è che «not a professional lawyer» del tempo di Giustiniano ne sarebbe stato l'autore. In senso analogo, di seguito, cfr. L. BURGMANN, Rec. a *Theophili antecessoris Paraphrasis Institutionum* cit., in ZSS 129, 2012, 638; R. KNÜTEL, *Constitutio Imperatoriam § 3: fabulis o tabulis?*, in IVRA 62, 2014, 12 s., e A. SCHMINCK, *Subseciva Byzantina* (I. Zur 'constitutio' Βασιλικῆς), in TR 83, 2015, 126 ss., il quale, dopo aver ribadito che l'autore del testo non poteva essere un giurista, ha spostato la risalenza della traduzione alla fine del IX secolo, attribuendone la paternità al filologo Theognostos Grammatikos. Sul tema si è, da ultimo, specificamente soffermato G. FALCONE, *La versione greca della const. Imperatoriam* cit., 290 ss., che, dopo opportune critiche ai sopracitati scritti sul tema, ha dimostrato, attraverso la evidenziazione di spiegazioni e precisazioni didattiche presenti nel testo greco della *const. Imperatoriam*, che questa corrisponde alla lezione introduttiva del corso di Istituzioni tenuto da un antecessore di epoca giustiniana, e, tenendo conto del ricorso in essa di alcune peculiarità terminologiche, ha anche congetturato che questo non sarebbe stato Teofilo. Su chi sarebbe stato però ha ritenuto «preferibile esercitare ... una prudente *ars ignorandi*» (*op. cit.*, 302). In una ricerca in corso di stampa (cfr. *supra*, nt. 68), a cui rinvio, una riconsiderazione dell'argomento mi ha indotto a riaffermare la probabile attribuzione a Teofilo della traduzione.

⁷⁰ PT. 1.2.6: '... καὶ τί ἐστὶ βασιλεὺς; βασιλεὺς ἐστὶν ὁ τὸ κράτος τοῦ ἄρχειν παρὰ τοῦ δήμου λαβών. τὸ δὲ παρ' αὐτοῦ νομοθετούμενον ὀνόματι γενικῶς κέκληται CONSTITUTION, τοιούτων ἢ διατάξεως ἢ διατύπωσης ...' (trad. A.F. MURISON: '... And what is the Emperor? The Emperor is he that has received from the people the power to rule. And the law enacted by him is called by a general name a *constitutio*, that is, a law or ordinance ...').

⁷¹ G. MATINO, *La traduzione greca della costituzione Imperatoriam* cit., 452.

στολήν εἰς EDICTON εἰς DECRETON' di cui spiega esattamente il significato, evidentemente perché vuol far comprendere ai suoi giovani studenti che, a seconda del contesto, sarebbe stato più corretto usare un termine più specificamente identificativo invece di 'διάταξις'.

PT. 1.2.6: ... καὶ τί ἐστὶν ἐπιστολή; ἀντιγραφὴ βασιλέως πρὸς ἄρχοντος ἀναφορὰν περὶ τινος ἀμφιβόλου πράγματος γινομένη. οἷον συνέβη κατὰ τινὰ ἐπαρχίαν τελευτήσαντός τινος δύο περὶ τῆς ἐκείνου κληρονομίας ἀμφισβητεῖν, ἀδελφὸν καὶ θεῖον. τούτων ἑκάτερος ἡξίου μόνος τὸν κλῆρον λαμβάνειν, ὁ μὲν ὡς ἀδελφός, ὁ δὲ ὡς θεῖος. νόμου μὴ κειμένου ταύτην τέμνοντος τὴν ἀμφιβολίαν ἀναφορὰ γέγονε πρὸς βασιλέα παρὰ τοῦ τῆς ἐπαρχίας ἄρχοντος. ἀναγνοὺς τὸ ἀνενεχθὲν ὁ βασιλεὺς ἀντέγραψε τὸν ἀδελφὸν τοῦ τελευτήσαντος προτιμηθῆναι. νομοθετεῖ καὶ ἐν DECRETO ὁ βασιλεὺς. καὶ τί ἐστὶ DECRETON; ἀπόφασις βασιλέως ματαξὺ δύο μερῶν παρ' αὐτῷ δικαζομένων ἐκφερομένη. οἷον ἐπὶ τοῦ αὐτοῦ θέματος ... καὶ τοῦτο νόμος ἐστὶ βασιλικός, λέγεται δὲ DECRETON παρὰ τὸ DECERNERE, ὃ ἐστὶ θεωρῆσαι. σκοπήσας γὰρ τῇ ἰδίᾳ διανοίᾳ τὸ νομιζόμενον αὐτῷ δίκαιον ἀποφαίνεται. λέγεται δὲ ὁμονύμως DECRETON καὶ ἡ τοῦ ἄρχοντος ἀπόφασις, ἀλλὰ τούτῳ διενηνόχασιν, ὅτι τὸ μὲν τοῦ βασιλέως DECRETON καὶ αὐτὴν καὶ ἄλλην τοιοῦτότροπον ὅτεδήποτε ἀναφυομένην ὑπόθεσιν ἐκτέμνει, τὸ δὲ τοῦ ἄρχοντος αὐτὴν, ἔσθ' ὅτε δὲ οὐδὲ αὐτὴν, εἴγε ἐκκλητος παρακολουθήσει. νομοθετεῖ δὲ βασιλεὺς καὶ ἐν EDICTO. καὶ τί ἐστὶν EDICTON; πᾶν ὅπερ ἐξ οἰκείας φύσεως κινηθεῖς ὁρίσει βασιλεὺς πρὸς τὴν τῶν ὑπηκόων εὐταξίαν καὶ λυσιτέλειαν. λέγεται δὲ EDICTON παρὰ τὸ EDICERE, ὃ ἐστὶ προλέγειν καὶ προανα-στέλλειν τὰ ἔσθ' ὅτε τοῖς ὑπηκόοις συμβησόμενα λυπηρά ...⁷²

Con riferimento all'*epistula* va evidenziato il ricorso ad 'ἀντιγραφὴ' e la traduzione di Murison: 'And what is an *epistula* (letter)? It is a written reply (rescript) of the Emperor in answer ...'. Qui 'ἀντιγραφὴ' è un rescritto (una risposta scritta, sollecitata) ed il termine è usato come specificazione di 'διάταξις'. Il che conferma, mi sembra, la nostra lettura delle espressioni sopra riportate di *const.* Δέδωκεν § 22, ed in particolare di 'ἦν πρὸς τοὺς τῶν νόμων καθηγητὰς ἀντεγράψαμεν', in cui 'ἦν' non «vale διάταξιν»⁷³ bensì 'ἀντιγραφὴ'.

⁷² Trad. A.F. MURISON (nell'edizione groningana della Parafrasi J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Iustiniani* cit., 14 s.): '... And what is an *epistula* (letter)? It is a written reply (rescript) of the Emperor in answer to a reference from a magistrate on some doubtful matter. For instance, it happened in some province that, on the death of a man, two persons disputed his inheritance, a brother and a paternal uncle. Each of them claimed to be the sole person entitled to take the inheritance, the one as brother, the other as paternal uncle. There being no law to decide this doubtful point, the Governor of the province referred it to the Emperor. And the Emperor, having considered the case referred, wrote in reply that the brother was preferred. By a *decretum* (decree, judgment) also the Emperor makes law. And what is a *decretum*? A decision of the Emperor pronounced between two parties in litigation before him. Take, for example, the case just cited ... This, too, is an imperial law, and it is called *decretum* from *decernere*, which means 'to consider'; for the Emperor considers in his own mind and then declares what appears to him to be just. The decision of a magistrate also is called by the same name *decretum*, but there is this difference between them: the decree of the Emperor decides not only the particular case but also other similar cases at any time arising, while the decree of the magistrate decides the particular case alone, and sometimes not even that, when it goes to appeal. By *edictum* (edict, proclamation) also the Emperor makes law. And what is an *edictum*? Every ordinance that an Emperor of his own motion establishes with a view to the orderly conduct and the practical convenience of his subjects. It is called *edictum* from *edicere*, which means to proclaim and to forestall evils that are from time to time likely to fall upon his subjects ...'.

⁷³ Come ha invece affermato G. DI MARIA, *Tanta/Δέδωκεν* cit., 119 nt. 7.

È forse un caso che nella traduzione greca della *const. Imperatoriam* § 7 e in *const. Δέδωκεν* § 22 si alluda con la stessa terminologia ad una costituzione con cui veniva data una risposta ai destinatari riguardo ad una precisa richiesta che era stata dagli stessi manifestata? Io credo si possa pensare di no. La specifica terminologia utilizzata potrebbe infatti essere spiegata ipotizzando che sia la *const. Imperatoriam*, secondo quanto si evince dalla traduzione in greco, sia la costituzione greca non tramandata, a cui rimanda il § 22 della *Δέδωκεν*, ebbero lo scopo di far fronte ad una particolare situazione transitoria.

5. SEGUE: RIFLESSIONI FINALI FRA RILIEVI TERMINOLOGICI ED EMERSIONE DELLA NECESSITÀ DI RICORRERE AD INTERVENTI NORMATIVI TRANSITORI IN PARTICOLARI MOMENTI DELLA REALIZZAZIONE DEL DISEGNO POLITICO-LEGISLATIVO DI GIUSTINIANO.

E veniamo ad un'ultima riflessione che prende le mosse dai rilievi terminologici su cui abbiamo posto l'attenzione nel § precedente per confermarne il significato, e che consente, nel contempo, di inserire le considerazioni che sono state fatte in un quadro più generale.

Nella parte di I. 1.5.3 in cui espressamente si fa riferimento a *nostrae decisiones* è stata vista un'importante testimonianza sia per l'attribuzione della paternità del progetto delle *Quinquaginta decisiones* a Triboniano sia per l'individuazione della loro funzione:⁷⁴

... *et dediticios quidem per constitutionem expulimus, quam promulgavimus inter nostras decisiones, per quas suggerente nobis Triboniano viro excelso quaestore antiqui iuris altercationes placavimus* ...

La stessa testimonianza è offerta da Teofilo in

PT. 1.5.3: ... Καὶ τοὺς μὲν DEDITICIUS διάταξις ἀνεῖλε τοῦ θειοτάτου βασιλέως ἀντιγραφεῖσα πρὸς SUGGESTIONA ἀπὸ Τριβουνιανοῦ τοῦ ὑπερφυεστάτου QUAESTOROS ταῖς DECISIOSI συναριθμουμένη ἧς ἐξεφώνησε τὰς τῶν ἀρχαίων διακρίνων ἀμφιβολίας ... (trad. A.F. MURISON: '... The class of *dediticii*, then, was abolished by a constitution of our most sacred Emperor, which he issued on the suggestion of Tribonianus, the eminent quaestor, and which features among the decisions, which he published settling the conflicting views of the old jurists ...').

Non è questa la sede per porre l'attenzione sulle diverse ipotesi fatte dalla dottrina riguardo ai numerosi problemi sollevati dalle *Quinquaginta decisiones*.⁷⁵ Tuttavia, le notizie offerte dalla fonte citata, ritenuta particolarmente «significativa per la ricostruzione della storia delle fonti in epoca giustiniana»,⁷⁶ e soprattutto il dettato del testo teofilino in cui si

⁷⁴ A proposito cfr., per tutti, M. BIANCHINI, *Osservazioni cit.*, 123 nt. 12 e 129 nt. 42; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale cit.*, 19; ID., *Nuove ricerche sulle Istituzioni cit.*, 592; C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones*, Milano 1999, 88; EAD., *Ancora qualche riflessione sulla politica legislativa di Giustiniano in riguardo ai iura al tempo del Novus Codex*, in AUPA 57, 2014, 169; M. VARVARO, *Contributo allo studio delle quinquaginta decisiones*, in AUPA 46, 2000, 370 s.

⁷⁵ Sul tema esiste un'imponente letteratura per la quale rinviamo a C. RUSSO RUGGERI, *Studi sulle Quinquaginta decisiones cit.*, 4 s. nt. 2; EAD., *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo*, in SDHI 76, 2010, 445, nt. 3, e M. VARVARO, *Contributo allo studio delle quinquaginta cit.*, 365 ss. ntt. 1 e 2.

⁷⁶ Così G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale cit.*, 19.

legge ‘ἀντιγραφείσα πρὸς SUGGESTIONA ἀπὸ Τριβουνιανοῦ’ non possono non catturare la nostra curiosità. Nella frase greca viene infatti specificato che la *decisio* è stata «rescripta ad suggestionem Tribonianum»,⁷⁷ vale a dire che si è trattato di una ‘ἀντιγραφὴ’, una risposta scritta sollecitata da Triboniano, desideroso, nel momento in cui ne fece richiesta, che venisse tagliata alla radice «l’occasione del dibattito – e delle problematiche classiche».⁷⁸

Orbene, è proprio in I. 1.5.3 che, ripeto, si è individuata un’importante testimonianza, confermata *aliunde*, «del ruolo di primo piano svolto da Triboniano ... nella ideazione del progetto delle q.d.»⁷⁹ ed è sempre ragionando sullo stesso testo che si è pensato al concepimento delle *Quinquaginta decisiones* «come soluzione transitoria in attesa del compimento dell’opera di compilazione del Digesto».⁸⁰ Non importa, ai fini della nostra ricerca, se ciò sia avvenuto «in considerazione dei problemi pratici che si immaginava si sarebbero frapposti alla realizzazione» della raccolta di *iura* o se le *decisiones* fossero «direttamente finalizzate alla pratica giuridica, da affiancare al *Codex Iustinianus*».⁸¹ Quello che ci interessa è che «le *decisiones* altro non furono se non appunto una soluzione transitoria, contingente, tampone o come in qualunque altro simile modo la si vuole chiamare, da destinare agli operatori del diritto».⁸²

In conclusione, nell’ambito della politica legislativa di Giustiniano si collocano anche disposizioni che dettano soluzioni contingenti. Questo avvenne a partire dall’estate del 530 e fino all’avvio ufficiale dei *Digesta* o poco dopo;⁸³ dunque nei mesi che seguirono la pubblicazione del I *Codex*⁸⁴ e che videro lo svolgimento dei lavori preliminari dei *Digesta*,⁸⁵ in cui non è da escludere che le *Quinquaginta decisiones* furono proprio la risposta a «un certo disagio per lo stato degli *iura*, anche comparativamente a quello delle *leges*».⁸⁶

Anche l’avvio dell’insegnamento del nuovo programma degli studi giuridici, rispondente a una precisa logica giustiniana di completezza ed esaustività, dovette richiedere una fase preliminare: oltre al preventivo confezionamento dei testi da usare, l’elaborazione di un piano di studi e, riguardo ad esso, la necessità di precise indicazioni richieste dai docenti per il primo anno accademico di entrata in vigore. Il nuovo programma, infatti, non poteva in modo automatico, senza creare scompensi, essere applicato a chi già stava frequentando il suo percorso di studi né, nell’ottica giustiniana, appare plausibile che sia rimasto in vita il vecchio ordinamento, come diremmo oggi, ‘ad esaurimento’. Anche in

⁷⁷ La traduzione è quella di W.O. REITZ, *Theophili Antecessoris Paraphrasis graeca Institutionum Caesarearum. Excursus VII*, Hagae Comitum 1751. «Quam Tribuniano viro excelso quaestore suggerente rescriptum» è invece la traduzione di E.C. FERRINI, *Institutionum graeca Paraphrasis Theophilo antecessori vulgo tributa*, Berlin 1884, rist. Aalen 1967.

⁷⁸ R. BONINI, *Corso di diritto romano. Il diritto delle persone nelle Istituzioni di Giustiniano, i titoli III-X*, Rimini 1984, 63.

⁷⁹ M. VARVARO, *Contributo allo studio delle quinquaginta cit.*, 518.

⁸⁰ G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale cit.*, 20 nt. 18.

⁸¹ C. RUSSO RUGGERI, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo cit.*, 465.

⁸² C. RUSSO RUGGERI, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo cit.*, 464.

⁸³ È tra l’estate del 530 e la primavera/estate del 531 che concordemente la dottrina più recente colloca le *decisiones*. Cfr., per tutti, C. RUSSO RUGGERI, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo cit.*, 465.

⁸⁴ Come è noto il 7 aprile del 529 con la *const. Summa rei publicae*.

⁸⁵ Che certamente durarono alcuni mesi. C. RUSSO RUGGERI, *Sulle Quinquaginta decisiones, dieci anni dopo cit.*, 463.

⁸⁶ R. BONINI, *Introduzione allo studio cit.*, 25.

questo caso il disagio in cui si trovarono i docenti nel primo anno accademico di applicazione della riforma – la quale peraltro ritardava, seppure solo di qualche settimana, ad essere resa nota ufficialmente – non è improbabile che li abbia indotti a sollecitare una disposizione imperiale e che questa fu l'ᾠντιγραφῆ indirizzata ai professori di diritto di cui non è stato tramandato il testo, perché dettava solo una soluzione transitoria. Transitoria, sì, ma opportuna e soprattutto in linea con l'orientamento giustiniano volto ad evitare che l'autonomia didattica di ciascun professore potesse contrastare con gli indirizzi fatti propri dalla riforma imperiale: non a caso nella costituzione di cui discorriamo era contenuto anche il divieto di usare sigle o abbreviazioni, considerato importantissimo per la difesa formale del testo.

SALVATORE SCIORTINO

(Università di Palermo)

Sull'assenza dell'imputato
nel processo criminale romano

ABSTRACT

The paper deals with the condition of the *absens* in the various forms of criminal trials in roman law. In particular, the author looks for the reasons and the circumstances of the origin of the ban on the absentee's condemnation.

PAROLE CHIAVE

Absentia rei; iudicia populi; iudicia publica legitima; cognitiones extra ordinem.

SULL'ASSENZA DELL'IMPUTATO NEL PROCESSO CRIMINALE ROMANO

SOMMARIO: 1. Giustificazione della ricerca alla luce dello stato della dottrina. – 2. La nostra ipotesi di lavoro. – 3. Le regole sulla chiamata in giudizio degli imputati non ostano allo svolgimento del *iudicium populi* anche nei confronti degli assenti. – 3.1. Il processo nei confronti di M. Coriolano. – 3.2. Il processo nei confronti di Q. Cesone. – 3.3. Il processo nei confronti di M. Furio Camillo. – 3.4. Il processo nei confronti di M. Postumio Pirgense. – 3.5. Il processo nei confronti di Cn. Fulvio Flacco. – 4. La condanna dell'assente nel processo *per quaestiones*. – 4.1. Né Cic., *de domo* 29.77 e 33.88, né Cic., *Phil.* 2.23.56 possono dimostrare che la presenza dell'imputato occorresse alla celebrazione dei processi criminali in età repubblicana. – 5. La disciplina dell'assenza nelle *cognitiones extra ordinem* di primo secolo. – 6. La riforma di Traiano attestata da Ulpiano in D. 48.19.5 (Ulp. 7 *de off. proc.*): estensione e portata. – 7. L'elaborazione della nozione di *absentia per contumaciam* in età antoniniana nell'ambito del processo privato e la sua influenza sulla disciplina severiana dell'assenza dell'imputato nel processo criminale. – 8. Analisi di D. 48.19.5 (Ulp. 7 *de off. proc.*). – 9. Conferme all'impianto del passo di Ulpiano desumibili da altre fonti di età severiana.

1. GIUSTIFICAZIONE DELLA RICERCA ALLA LUCE DELLO STATO DELLA DOTTRINA.

Sono state varie le risposte fornite dagli studiosi del processo criminale romano al quesito se in assenza dell'accusato¹ il processo comiziale potesse svolgersi e, in caso di risposta positiva, come si concludesse.

A fronte della tesi sostenuta da chi ha ritenuto che in assenza dell'accusato il processo comiziale, come anche il processo *per quaestiones*, non si sarebbe potuto celebrare,² si segnala la presa di posizione di quanti,³ più di recente, hanno a ragione sostenuto che, nono-

¹ Prenderemo in esame il tema dell'assenza dell'imputato nel processo criminale romano con limitato riferimento all'assenza originaria e non a quella sopravvenuta: solo nel primo caso, infatti, l'incertezza circa il fatto che l'imputato abbia avuto notizia del processo a suo carico può far dubitare della legittimità di un processo nel quale l'imputato non è stato in grado di esercitare il proprio diritto di difesa.

² TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 334, sostiene che mancano prove di sentenze emesse in esito a processi comiziali contro gli assenti. In senso contrario si vd. specificamente i casi affrontati nei §§ 3.1, 3.2 e 3.3. E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, II, Bologna 1928, 77 s. e 141, prende in esame alcune testimonianze ciceroniane (*de domo* 29.77 e 33.88; *Phil.* 2.23.56, in relazione alle quali vd. *infra* § 4.1 e 4.1.1) dalle quali si desumerebbe la risalenza e l'assolutezza del principio che richiede la presenza dell'accusato come indispensabile requisito per il regolare svolgimento del processo. I processi contro gli assenti in età repubblicana, prosegue lo studioso, sarebbero da riconoscere come eccezioni al principio generale della necessaria presenza dell'accusato in processo. Similmente, F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano 1957, 98, sostiene l'esistenza di un principio caratteristico dell'età repubblicana che vietava di procedere contro gli assenti.

³ Secondo L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato nei processi di età imperiale*, Roma 1992, 42, nei *iudicia*

stante l'assenza dell'accusato di un crimine, il processo comiziale si sarebbe potuto concludere con una sentenza di condanna, al pari delle *quaestiones publicae*.⁴ Infine, non va taciuto il punto di vista, anch'esso condivisibile come ci renderemo conto, di chi⁵ ha affermato che in assenza dell'imputato il processo comiziale si sarebbe interrotto, ma non per questo non sarebbe arrivato ad una conclusione: all'imputato assente sarebbe stata irrogata l'*aquae et ignis interdictio*,⁶ misura sostitutiva della sentenza di condanna.

A nostro avviso, una tale varietà di soluzioni dipende principalmente dal fatto che non si è mai tentato un esame organico delle fonti che ci informano dei processi comiziali, per lo più capitali, svolti in assenza dell'imputato.⁷

populi la citazione dell'assente avrebbe attivato un procedimento nei suoi confronti, anche in assenza. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 80 s., annovera tra i casi di *adfectatio regni* da perseguirsi con la pena di morte da parte dei comizi centuriati, su iniziativa dei tribuni della plebe, il caso di Cn. Fulvio Flacco del 211 a.C. (Liv. 26.3.9-12), nei confronti del quale si celebrò un processo nonostante la sua assenza; similmente accadde (83) per un caso di *perduellio* di cui era stato accusato M. Postumio Pirgense nel 212 a.C. (Liv. 25.3.13), nei confronti del quale il processo si svolse in assenza dell'accusato.

⁴ Preferiamo adottare la denominazione '*quaestio publica*', in luogo della più diffusa '*quaestio perpetua*', perché più aderente al linguaggio delle fonti, come dimostrato da D. MANTOVANI, «*Quaerere*», «*quaestio*». *Inchiesta lessicale e semantica*, in *Index* 37, 2009, 46 ss.

⁵ L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 41 s., ritiene che in caso di assenza dell'accusato regolarmente citato, egli sarebbe stato sottoposto all'*interdictio* e avrebbe subito la vendita dei beni e sarebbe stato considerato in esilio; C. VENTURINI, *Il civis tardo repubblicano tra quaestiones e iudicia populi*, in *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, 314-316; D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* (vv. 784-790 M. = fr. XXVIII 29 Ch.), in *Athenaeum* 95.2, 2007, 592 e 594, paginazione che abbiamo seguito [= B. SANTALUCIA (a cura di), *La repressione criminale nella Roma repubblicana fra norma e persuasione*, Pavia 2009, 25 ss.]; G. VALDITARA, *Riflessioni sulla pena nella Roma repubblicana*, Torino 2015, 55.

⁶ La formula completa è *aquae et ignis et tecti interdictio*, come indicano le fonti citate da M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni come effetto dell'aquae et ignis interdictio in età repubblicana*, in *La repressione criminale* cit., 63 nt. 3. L'istituto, per molti versi ancora oscuro, dell'*interdictio* viene interpretato comunemente come un divieto a carico dell'interdetto di tornare a Roma, privandolo degli elementi minimi necessari alla vita civile, ossia il fuoco, l'acqua e un tetto, si vd.: L.M. HARTMANN, v. '*Aquae et ignis interdictio*', in *PWRE*, 2, Stuttgart 1896, 308-310; V. DEVILLA, *Aqua et igni interdictio*, in *Studi Sassaesi* 28, 1950, 23 ss.; G. CRIFÒ, *Exilica causa, quae adversus exulem agitur. Problemi dell'acqua et igni interdictio*, in *Du châtimement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde organisée par l'École française de Rome avec le concours du Centre national de la recherche scientifique (Rome 9-11 novembre 1982)*, Roma 1984, 453-497, con la precisazione che l'*interdictio*, se anche impediva il ritorno dell'esule in patria, non lo avrebbe privato della cittadinanza, come invece comunemente si ritiene; R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome*, London-New York 1996, 12; F. STINI, *Plenum exiliis mare. Untersuchungen zum Exil in der römischen Kaiserzeit*, Stuttgart 2011, 32-36; P. BUONGIORNO, v. '*Interdictio aqua et igni*', in *Handwörterbuch der antiken Sklaverei, im Auftrag der Akademie der Wissenschaften und der Literatur, Mainz, herausgegeben von H. Heinen*, Lieferung I-IV, Stuttgart 2013, il quale ricorda che il provvedimento magistratuale di *interdictio* determinava l'espulsione dal corpo civico e la perdita dei beni a carico del cittadino che veniva raggiunto dalla misura. L'*interdictio* poteva riguardare soggetti che avessero deciso di esercitare il *ius exulandi* in vista di una pena capitale presso comunità terze che, in origine, dovevano essere legate a Roma da un *foedus* che prevedeva tale diritto; ovvero l'*interdictio* poteva anche rivolgersi nei confronti di soggetti già condannati in esito ad un processo criminale. Infine, lo studioso è propenso a ricostruire gli effetti della *interdictio* nei termini di un divieto di reingresso dell'*interdictus* nel territorio cittadino pena la morte, soluzione, quest'ultima, che più ci convince e che anche noi adottiamo.

⁷ Ci limitiamo ad indicare, per ora, i seguenti passi che forniscono i maggiori ragguagli sui processi comiziali alla cui analisi sono dedicati i §§ 3.1 – 3.5: (1) Liv. 39.17.1-2; Dion Hal. 7.64.4; Plut., *Coriol.*

Per vero, una trattazione illuminante della materia era stata condotta da Carlo Gioffredi⁸ in un contributo del 1947 che però ha avuto una scarsissima eco nel dibattito romanistico, principalmente per due motivi. Il primo è che esso è apparso su *Archivio Penale*, una rivista penalistica che non ha favorito la diffusione dell'articolo tra i romanisti. Il secondo motivo al quale accennavamo, consiste in ciò che il saggio non è dedicato alla materia dell'assenza dell'imputato nel processo comiziale, ma alla questione dell'intervento del privato nella repressione criminale; occupandosi dell'*aquae et ignis interdictio*, tuttavia, lo studioso si imbatteva anche nei casi di processi comiziali conclusi proprio con la comminazione della *interdictio* a carico dell'imputato assente.

Tuttavia, l'esame condotto da Gioffredi – proprio perché non espressamente dedicato al tema dell'assenza dell'imputato dal processo – si caratterizzava per essere, da un canto incompleto, nel senso di non tenere conto di tutte le testimonianze in materia e, dall'altro canto parziale, nel senso di non tenere conto di tutte tradizioni storiografiche formatesi in relazione ad ogni singolo episodio, tradizioni che spesso forniscono informazioni tra loro in contraddizione e delle quali occorre fornire una spiegazione plausibile.

Quanto detto finora crediamo legittimi un esame che provi ad analizzare, per la prima volta tutte insieme, le tradizioni relative ai casi di processi comiziali in assenza. Tanto più, poi, se si tiene conto dello stato della letteratura che isola due contributi dedicati specificamente al tema dell'assenza dell'accusato nel processo criminale romano; ossia un saggio di Ugo Brasiello del 1933⁹ e la monografia di Lucia Fanizza del 1992¹⁰ i quali, tuttavia, non si occupano del processo comiziale e prendono le mosse dal rito delle *quaestiones* e da quello delle *cognitiones extra ordinem*. Allora non può stupire né che in letteratura convivano, come accennato, posizioni diametralmente opposte sul tema del trattamento dell'imputato assente nel processo comiziale romano,¹¹ né che non abbia attecchito un punto di vista rispetto agli altri: si pensi alla recente monografia di Gordon P. Kelly¹² dedicata all'esilio, nella quale si accede ancora alla tesi tradizionale (e da tempo confutata) per la quale il diritto romano di età repubblicana avrebbe vietato di processare e condannare un imputato assente.

Nelle pagine che seguono proveremo, dunque, a raccogliere un lontano invito di Con-

20.7. (2) Liv. 3.13.9; Dion. Hal. 10.8.3-4. (3) Liv. 5.32.8-9; Dion. Hal. 13.5.1; Aug., *de civ. Dei* 2.17 e 7.22. (4) Liv. 25.4.8-9. (5) Liv. 26.3.9-12; Val. Max. 2.8.3 e 8.4.3.

⁸ C. GIOFFREDI, *L'aqua et igni interdictio» e il concorso privato alla repressione penale*, in *Archivio Penale* 3.1, 1947, 426-441. Dello stesso studioso vd. anche C. GIOFFREDI, *Ancora su l'aqua et igni interdictio*, in *SDHI* 12, 1946, 191 ss. In questi lavori Gioffredi ha fornito una interpretazione alternativa a quella tradizionale sugli effetti dell'*aquae et ignis interdictio*. Secondo Gioffredi l'*interdictio* non era volta ad impedire all'esule il ritorno in patria, in quanto già il timore di un riaprirsi del processo arrestatosi proprio a causa dell'esilio doveva servire da deterrente; piuttosto, l'*aquae et ignis interdictio* sarebbe nata per rendere effettivo – ove non fosse notorio – un esilio esercitato da un imputato ma non comunicato al comizio giudiziario. Di conseguenza, non mirando l'*interdictio* ad impedire il ritorno in patria, essa non avrebbe potuto comportare neppure la possibilità di uccidere impunemente l'interdetto tornato a Roma; l'*interdictio*, secondo la ricostruzione di Gioffredi, avrebbe solo certificato l'avvenuta separazione di un cittadino romano dalla comunità.

⁹ U. BRASIELLO, *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, in *Studi Urbinati* 7, 1-2, 1933, 1-57.

¹⁰ L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit.

¹¹ *Supra* ntt. 2, 3 e 5.

¹² G.P. KELLY, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge 2006, 41 e nt. 79 con riferimento al processo nei confronti di M. Postumio Pirgense, sul quale vd. *infra*, § 3.4.

tardo Ferrini, il quale sottolineava che la materia della condanna degli imputati assenti nel processo criminale romano avrebbe meritato «una completa revisione».¹³

2. LA NOSTRA IPOTESI DI LAVORO.

Siamo convinti che i dati contraddittori forniti dalle fonti in materia di processi comiziali contro assenti possano essere ricondotti all'interno di un quadro coerente ove si accolga la seguente ipotesi di lavoro.

Il processo comiziale romano, a nostro avviso, era improntato ad un originario principio di automatica condanna dell'assente,¹⁴ a meno che l'assenza fosse giustificata *rei publicae causa* ovvero *exilica causa*.¹⁵ In particolare, l'esilio poneva l'esiliato fuori dalla comunità e lo privava della capacità di essere sottoposto alla repressione criminale capitale: solo in caso di rientro dell'*exul* a Roma si sarebbe potuto celebrare il processo nei suoi confronti, a meno che il rientro non fosse di fatto impedito dall'*aquae et ignis interdictio*. A partire dal III secolo a.C., infatti, l'esilio, da prassi tollerata, divenne un vero e proprio *ius* (*exilii* o *exulandi*) garantito ai *cives*, con la conseguenza che l'assenza non altrimenti qualificata venne giustificata sempre per causa di esilio: ne conseguì la sostituzione alla sentenza di condanna capitale dell'irrogazione della misura dell'*aquae et ignis interdictio*.¹⁶ Per questa ragione, a partire dal III secolo a.C., non abbiamo più notizie di condanne di assenti in processi comiziali, poiché esse furono sostituite dalla irrogazione delle misure connesse all'esilio, in primo luogo dall'*aquae et ignis interdictio*.

Ci sforzeremo di dimostrare come la su esposta ipotesi di lavoro consenta di fornire una chiave di lettura capace di accomunare le varie tradizioni che descrivono in termini diversi l'esito degli stessi episodi di processi comiziali contro assenti, talvolta presentando l'imputato condannato in assenza e, tal'altra, individuandolo come destinatario dell'*aquae et ignis interdictio* a seguito dell'esercizio di un *iustum exilium*.

¹³ C. FERRINI, *Sulla condanna degli imputati assenti nel diritto penale romano*, in V. ARANGIO RUIZ (a cura di), *Opere*, V. *Studi vari di diritto romano e moderno (sul diritto pubblico, penale etc.)*, Milano 1930, 183-186.

¹⁴ Testimoniato per i casi più antichi a noi noti, cfr. §§ 3.1-3.3.

¹⁵ L'espressione compare in Fest.-Paul. v. '*Exilica causa*' (L. 71): *Exilica causa quae adversus exulem agitur*. Essa si riferirebbe, secondo TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 70 nt. 3, alla *quaestio de repetundis* di età graccana. L'esilio è oggetto dei seguenti studi monografici: G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium» nel periodo repubblicano*, I, Milano 1961; ID., *L'esclusione dalla città. Altri studi sull'exilium romano*, Perugia 1985; E.L. GRASMÜCK, *Exilium. Untersuchungen zur Verbannung in der Antike*, Paderborn-München-Wien-Zürich, 1978; N.R. SINGH-MASUDA, *Exilium Romanum: Exile, Politics and Personal Experience from 58 BC to AD 68*, Warwick 1996 [che non ci è stato possibile consultare]; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit.; F. STINI, *Plenum exilii mare* cit., 31 s. Si vedano ancora: V. DE VILLA, *Exilium perpetuum*, in *Studi Albertario*, I, Milano 1953, 295 ss.; G. CRIFÒ, *Exilica causa* cit., 483 ss.; L. MONACO, *Nota critica sul carattere gentilizio dell'antico exilium*, in *Ricerche sull'organizzazione gentilizia romana*, Napoli 1988, 110 ss.; M. JONCA, *The Scope of exilium voluntarium in the Roman Republic*, in *La repressione criminale* cit., 77 nt. 1, con altra indicazione di letteratura; A.Z. GARCÍA, *El exilio voluntario en Polibio 6.14.7*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, 7, Tricase 2016, 601-621; N. DONADIO, *'Documentum supplicii' e 'documentum criminis'. Il corpo del reo tra precetto e sanzione nel mondo antico*, Napoli 2017, 26 ss. e ntt. 45-47.

¹⁶ Come nei più recenti casi di M. Postumio Pirgense e Cn. Fulvio Flacco, §§ 3.4-3.5. Sulla questione vd. la breve, ma limpida, sintesi di B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica*, Bologna 2013, 75.

2.1. Se per il processo comiziale di età repubblicana dovette restare valido l'antico principio della automatica condanna dell'assente, sebbene non più applicato a partire dal III sec. a.C., nel processo per *quaestiones*, secondo un diffuso e condivisibile orientamento,¹⁷ la condanna degli imputati assenti, sebbene lecita in punto di diritto, sarebbe stata avvertita dalla coscienza sociale come biasimevole.

Piuttosto, occorre risalire proprio alle leggi istitutive delle *questione publicae* per rintracciare il fenomeno della conversione in termini di pene legali dell'*exilium* e dell'*aquae et ignis interdictio* irrogabili anche agli assenti.¹⁸

È questo lo stato del diritto criminale romano all'alba dell'età classica quando le *cognitiones extra ordinem* probabilmente recepirono dal processo dell'*ordo* il principio dell'automatica condanna dell'assente che rimase in vigore fino ad un intervento di Traiano, per mezzo del quale venne introdotto l'antitetico principio del divieto di condanna degli assenti. Dal canto nostro, forniremo un'interpretazione ampia di tale divieto, riferendolo sia alle *quaestiones* sia alle *cognitiones extra ordinem*.¹⁹

Fu solo a partire dall'età di Antonino Pio, sulla base di un precedente di Adriano, che cominciò a farsi lentamente largo – anche nel campo criminale – il processo contumaciale che avrebbe potuto portare all'assoluzione dell'imputato assente.²⁰

Proprio l'elaborazione di quest'ultimo principio, a nostro avviso, deve avere influenzato la riflessione dei giuristi severiani che troviamo esposta in due famosi testi di Ulpiano e Marciano,²¹ oggetto di attenta analisi da parte di Ugo Brasiello²² in un lavoro, tuttavia, caratterizzato da un metodo esegetico ormai superato; ma nonostante ciò, le conclusioni di quest'ultimo studioso hanno trovato e continuano a trovare accoglimento.²³

¹⁷ Questa tesi, già sostenuta da M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien 1917, 53 ss., è stata di recente consolidata da: C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum» nell'età repubblicana*, Milano 1979, 136; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 42; D. MANTOVANI, *Caio Gracco e i ΔΙΚΑΣΤΑΙ di Plut. C. Gr. 3.7*, in *Athenaeum* 82.1, 1994, 25; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 167 e nt. 205; M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei*, in *IVRA* 51, 2000, 77-86. Agli studiosi appena citati va attribuito il merito di avere dimostrato l'infondatezza della tesi secondo la quale nel processo per *quaestiones* sarebbe stata vietata la condanna dell'imputato assente, tesi sostenuta da: E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* cit., 77 s.; U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 11; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato* cit., 98; W. KUNKEL, v. 'Quaestio', in *PWRE* 24, 1963, 720 ss. [paginazione che abbiamo seguito] (= *Kleine Schriften. Zum römischen Strafverfahren und zur römischen Verfassungsgeschichte*, Weimar 1974, 33 ss.).

¹⁸ G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 53 ss.; F. STINI, *Plenum exiliis mare* cit., 34-36. Il tema dell'origine dell'*exilium* e dell'*aquae et ignis interdictio* quali pene irrogate dalle leggi tardo repubblicane, derivate dall'*interdictio* che si soleva applicare ai rei che abbandonavano la città per evitare l'irrogazione della pena di morte, è specialmente trattato da A. SCHILLING, *Poena extraordinaria. Zur Strafzumessung in der frühen Kaiserzeit*, Berlin 2010, 40-44 e 61-69. Sul punto vd. B. SANTALUCIA, *Rec. a A. SCHILLING, Poena extraordinaria* cit., in *ZSS* 129, 2012, 841.

¹⁹ Riferito da Ulpiano in D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 de off. proc.). Cfr. *infra*, § 6.

²⁰ Sul processo contumaciale vd., per tutti: L. ARU, *Il processo civile contumaciale. Studio di diritto romano*, Roma 1934, 154 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, Milano 1998, 52 ss.; L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitutio'*, Napoli 2016.

²¹ D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 de off. proc.), su cui *infra*, § 8; D. 48.17.1 pr.-1 (Marc. 2 publ.), su cui *infra*, § 9.

²² U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 1-36.

²³ A. DELL'ORO, *I libri de officio nella giurisprudenza romana*, Milano 1960, 149 s. e nt. 164; M.G.

La riflessione dei giuristi severiana è stata caratterizzata dalla volontà di temperare il divieto risalente a Traiano di condannare gli assenti in tutti i processi criminali. In particolare, applicando alle *cognitiones extra ordinem* il criterio interpretativo secondo il quale era la *contumacia*, assieme alla natura capitale o non capitale del crimine contestato, a fornire il discrimine tra imputati contumaci condannabili e imputati assenti non condannabili (anche se contumaci), i giuristi romani ammisero la condanna dei rei assenti, se contumaci, per i crimini meno gravi (*crimina leviora*). Inoltre, così ragionando si possono spiegare i casi di processi contro assenti condannati *extra ordinem* almeno fino a Domiziano, quando ancora il concetto di contumacia non era stato elaborato.²⁴ Ma soprattutto, il concetto di contumacia fornisce una prospettiva fin ora non valorizzata dalla quale leggere i passi di Ulpiano e Marciano ai quali abbiamo accennato, rilevanti insieme alle altre testimonianze di età classica,²⁵ in tema di trattamento dell'imputato assente nel processo criminale.

3. LE REGOLE SULLA CHIAMATA IN GIUDIZIO DEGLI IMPUTATI NON OSTANO ALLO SVOLGIMENTO DEL *IUDICIUM POPULI* ANCHE NEI CONFRONTI DEGLI ASSENTI.

Cominciamo, dunque, dai *iudicia populi*. Per verificare la fondatezza della nostra ipotesi di lavoro occorre prendere le mosse analizzando i cinque episodi di processi comiziali condotti contro imputati assenti che sono conservati nelle fonti.

Giova premettere una considerazione di carattere generale che può essere addotta a favore della possibilità di intentare un processo comiziale nei confronti di un imputato assente.

Intendiamo riferirci alle modalità di citazione dell'imputato nel processo capitale di competenza dei comizi centuriati, in ordine alle quali siamo informati dal *commentarium vetus anquisitionis M. Sergii, Manii filii quæstoris, qui capitis accusavit Trogum*, di cui un ampio squarcio è conservato nel *De lingua Latina* di Varrone (6.90-92).

Si tratta di un testo non semplice, oggetto di recenti e, talvolta, discordanti analisi.²⁶ Gli studiosi sono però d'accordo nel riconoscere l'indipendenza delle informazioni che desumiamo dai §§ 91 e 92; in particolare, secondo la ricostruzione che più ci ha convinti,²⁷ il paragrafo novantunesimo contiene l'insieme di atti che il questore, competente a sostenere l'*accusatio capitis* innanzi ai comizi centuriati, deve curare che vengano adempiuti nel giorno della *quarta accusatio* e del contestuale comizio giudiziario. Diversamente, nel paragrafo novantaduesimo si individuano, precisamente nella parte finale dell'editto questorio, gli adempimenti relativi alla convocazione del comizio e alla chiamata dell'imputato Quinto

ZOZ, *A proposito dei rapporti tra giurisprudenza classica e legislazione imperiale*, in φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi, IV, Napoli 2007, 2901.

²⁴ *Infra*, § 7.

²⁵ *Infra*, §§ 8-9.

²⁶ B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie*, in SCDR I, 1989, 206 ss., paginazione che abbiamo seguito (= *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 50 ss.); D. MANTOVANI, *Caio Gracco e i ΔΙΚΑΣΤΑΙ* cit., 18 ss.; ID., *Aspetti documentali del processo criminale nella Repubblica. Le tabulae publicae*, in MEFRA 112-2, 2000, 651 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino 2012, 235 ss.; R. FIORI, *La convocazione dei comizi centuriati: diritto costituzionale e diritto augurale*, in ZSS 131, 2014, 115 ss.

²⁷ Propugnata da B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie* cit., 206 ss.; G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali* cit., 236 ss. Diversamente, secondo D. MANTOVANI, *Caio Gracco e i ΔΙΚΑΣΤΑΙ* cit., 18 ss., i due stralci del *commentarium anquisitionis* (23) riguarderebbero due differenti riunioni e solo il secondo di essi, l'editto, si riferirebbe al processo vero e proprio.

Trogo, nel processo condotto contro di lui dal questore M. Sergio. In definitiva, nel primo dei due paragrafi pare possibile trovare disposizioni di carattere generale, probabilmente risalenti alla seconda metà del IV secolo a.C.,²⁸ mentre la seconda parte del testo riferisce squarci dell'editto del questore M. Sergio che conteneva l'attuazione di tali disposizioni, avvenuta successivamente nel caso del processo contro lo 'sceleroso' Trogo.

Vediamo, dunque, come si sarebbe dovuto procedere alla citazione dell'imputato nel processo comiziale e volgiamoci a:

Varro, *de ling. Lat.* 6.91 (GOETZ-SCHOELL, 89): ... *cornic'in'em ad privati ianuam et in arcem mittas, ubi can[n]at*.

Secondo questa prima parte del *commentarium*, il questore, all'alba del giorno della *quarta accusatio* e del comizio giudiziario, deve inviare il suonatore di corno davanti alla porta dell'imputato e sull'arce capitolina per annunciare la convocazione del *comitiatum*.²⁹

Queste disposizioni sembrano rispettate anche nel caso del processo comiziale contro Trogo, in relazione al quale è attestata la chiamata in giudizio dell'imputato nel giorno del comizio giudiziario davanti alla porta della sua abitazione, oltre che sull'arce capitolina e intorno alle mura, al fine di permettergli di presenziare ai riti di convocazione e al comizio giudiziario fin dalla prima luce del giorno:

Varro, *de ling. Lat.* 6.92 (GOETZ-SCHOELL, 89): ... *'uti curent eo die quo die comitia erunt, in arce classicus can[n]at[um] circumque muros et ante privati huiusce T. Quinti Trogi scelerosi [h]ostium canat, et ut in campo cum primo luci adsi[t]et'*.

Ai nostri fini, queste disposizioni interessano perché mostrano una serie di adempimenti da tenere il giorno della *quarta accusatio* e del comizio giudiziario, che depongono in favore della possibilità di incardinare il processo in assenza dell'imputato.

Il fatto che non bastava l'editto con il quale il magistrato, alla terza adunanza, oltre a proporre la pena annunciava il giorno fissato per la votazione,³⁰ ma occorreva piuttosto un complesso sistema di citazione pubblica, induce a credere che si prendessero tutte quelle misure ritenute idonee ad assicurare che l'imputato non potesse non conoscere che in quel giorno si sarebbe svolto il processo comiziale che lo vedeva imputato. In questo senso, vanno lette sia la citazione alla porta di casa all'alba del giorno del comizio giudiziario, sia la chiamata pubblica da effettuare sull'arce capitolina e intorno alle mura.³¹ Del resto, una volta che era stato ritualmente convocato, il comizio giudiziario si sarebbe dovuto riunire e votare nonostante l'assenza dell'imputato.

²⁸ Specificamente G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali* cit., 254-259, propone di datare la raccolta di regole da cui proviene il primo dei due estratti varroniani del *commentarium vetus anquisitionis* ad una epoca compresa tra il 367 a.C. e il 338 a.C.

²⁹ Sul significato di *comitiatum* quale riunione del popolo convocato dal magistrato in vista del *comitium*, nel luogo della cui riunione i *cives* sarebbero accorsi tutti insieme, vd.: E. GABBA, *Maximus comitatus*, in *Athenaeum* 65, I-II, 1987, 203-205; G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali* cit., 24.

³⁰ B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie* cit., 206.

³¹ Mentre se l'imputato si fosse trovato in uno stato di carcerazione preventiva, non si sarebbe posto neppure il problema di assicurare la conoscenza della citazione alla porta della sua dimora. Sulla carcerazione preventiva nel processo comiziale, vd. per tutti: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 94 ss. Per l'età classica: A. LOVATO, *Il carcere nel diritto penale romano. Dai Severi a Giustiniano*, Bari 1994.

I predetti adempimenti dovevano essere volti a legittimare proprio lo svolgimento del processo anche in assenza di un imputato: egli non poteva non essere a conoscenza del processo e la sua assenza si sarebbe potuta leggere, pertanto, come un allontanamento volontario e una implicita confessione di colpevolezza che avrebbe determinato – come nel caso del processo privato – la sua automatica condanna.³²

Ed infatti, nel senso della condanna dell'assente imputato innanzi ai comizi centuriati per un processo capitale conduce l'analisi degli episodi più risalenti, dei quali possiamo ad occuparci.

3.1. Il processo nei confronti di M. Coriolano.

Prendiamo le mosse dal processo capitale che venne promosso da parte dei tribuni della plebe innanzi ai *concilia plebis*³³ nel 491 a.C.³⁴ contro *Marcus Coriolanus*. Nel corso di

³² Pertanto, non a torto, secondo J. STRACHAN-DAVIDSON, *Problems of the roman criminal law*, I, London 1912, rist. Amsterdam 1969, 163, anche di fronte alla citazione effettuata innanzi alla porta dell'accusato, l'imputato non avrebbe incontrato alcun ostacolo ad andare in esilio.

Anche il processo edilizio, pare, potesse svolgersi in assenza dell'imputato, tanto che L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributo allo studio dei iudicia populi*, Padova 1989, 152, di fronte all'idea di Mommsen secondo il quale «allo svolgimento del processo comiziale instaurato dagli edili non sarebbe stata coesenziale la presenza dell'imputato», crede che l'edile potesse esercitare il potere di arrestare il cittadino «alorché avesse voluto garantirsi la presenza dell'inquisito nel giorno indicato nella *diei dictio*, e magari per l'intero corso del processo; a maggior ragione, poi, penso, che per raggiungere lo stesso scopo egli potesse imporre la dazione di *vades*».

³³ Il processo contro Coriolano fa parte dei processi rivoluzionari plebei che vennero intentati contro esponenti del patriziato innanzi ai *concilia plebis*, assemblea competente in età precedente alla riforma delle XII Tavole, che avrebbe successivamente attribuito la competenza a giudicare i crimini puniti con pena capitale al *comitiatus maximus*. In questo senso vd.: L. GAROFALO, *Il processo edilizio* cit., 27-30; B. SANTALUCIA, *Omicidio*, in *Studi di diritto penale* cit., 112 nt. 17; ID., *Sacertà e processi rivoluzionari plebei: a proposito di un libro recente*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, 7, Milano 2007, 255 ss. (= *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 144-146, paginazione che abbiamo seguito) scettico nei confronti della ricostruzione di R. PESARESI, *Studi sul processo penale in età repubblicana. Dai tribunali rivoluzionari alla difesa della legalità democratica*, Napoli 2005, 20 ss., il quale ritiene che il processo contro Coriolano ebbe luogo innanzi ai *concilia plebis* ai fini dell'accertamento della condizione di *homo sacer* di quest'ultimo. Tuttavia, si segnalano, specialmente nelle ricostruzioni meno recenti, divergenti punti di vista rispetto all'individuazione del giudice competente. Secondo G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, Milano 1932, 72 s., l'assemblea competente sarebbe stata quella dei comizi curiati, alla luce del fatto che Livio accenna alla presenza di *clientes*; tuttavia, ci sia permesso notare che i *clientes* compaiono nel racconto di Livio (2.36.4) non nell'atto di votare in comizio, ma di andare in giro per boicottare il processo cercando di convincere i singoli a disertare le *contiones* ossia, se ben capiamo, le riunioni informali della plebe che avrebbero preceduto il comizio giudiziario vero e proprio, oltre che i *concilia* della plebe. Ritieni competenti i comizi centuriati invece J. RUBINO, *Untersuchungen über römische Verfassung und Geschichte*, I. (*Ueber den Entwicklungsgang der römischen Verfassung bis zum Höhepunkte der Republik*), Cassel 1859, 437 s. nt. 1, sulla base della generica considerazione che i comizi competenti per i casi che potevano dare luogo a *provocatio* erano proprio i comizi centuriati. Ma lo studioso non tiene conto del fatto che siffatta competenza venne attribuita ai comizi centuriati in via esclusiva solo dopo le XII Tavole, quindi in un periodo successivo a quello in esame. Proprio prendendo le mosse da questa considerazione R. DEVELIN, *Comitia tributa plebis*, in *Athenaeum* 53, 1975, 327 ss., dimostra che il processo contro M. Coriolano si svolse davanti l'assemblea della plebe. Sul processo nei confronti di M. Coriolano vd. ancora D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 588 nt. 105; B. SANTALUCIA, *La giustizia penale in Roma antica* cit., 34-37.

³⁴ Per questa datazione vd. B. SANTALUCIA, *Omicidio* cit., 112 nt. 7.

quell'anno, di poco successivo alla prima secessione plebea, Coriolano si era strenuamente opposto ad una distribuzione in favore della plebe di grano comprato dai romani a prezzi ridotti da popoli stranieri. Si trattava di una proposta giudicata troppo dura da parte dello stesso senato romano; e la plebe sarebbe stata certamente spinta dall'indignazione a prendere le armi – visto che aveva compreso che la si voleva fare capitolare per la fame come si faceva con i nemici³⁵ – se i tribuni non avessero chiamato M. Coriolano a comparire in giudizio innanzi al concilio della plebe³⁶ con l'accusa di avere violato le *leges sacrae*³⁷ e di avere esercitato violenza nei confronti degli edili e dei tribuni della plebe.³⁸

Secondo la tradizione liviana, la più attendibile a nostro avviso per le ragioni che tra breve esporremo, M. Coriolano, non essendosi presentato innanzi all'assemblea plebea nel giorno fissato per il giudizio, venne condannato da assente:³⁹

Liv. 2.35.6: *Ipse cum die dicta non adesset, perseveratum in ira est. damnatus absens in Volcos exulatum abiit.*

Secondo la ricostruzione dei fatti fornita da Livio, dunque, M. Coriolano venne condannato in assenza e, dopo la condanna, decise di andare in esilio fra i Volsci. Questa ricostruzione dei fatti sembra attendibile;⁴⁰ infatti, il passo liviano attesta la pratica dell'esilio come già esistente agli esordi dell'età repubblicana; in effetti, come attestato da altre fonti, l'esilio esisteva fin da età regia e poteva essere esercitato, come nel caso di specie, per sfuggire ad una condanna capitale;⁴¹ per cui l'episodio di Coriolano può essere addotto come il più antico processo comiziale capitale contro un imputato assente di cui è stata conservata notizia, concluso con una condanna, a sua volta seguita dall'esilio del reo.

Invece, non crediamo siano attendibili altre due versioni del processo contro M. Coriolano fornite da Dionigi di Alicarnasso⁴² e Plutarco,⁴³ secondo i quali l'imputato assente venne

³⁵ Liv. 2.35.1: *Et senatui nimis atrox visa sententia est, et plebem ira prope armavit: fame se iam sicut hostes peti, cibo victuque fraudari; peregrinum frumentum, quae sola alimenta ex insperato fortuna dederit, ab ore rapi rell.*

³⁶ Liv. 2.35.2: *In exeuntem e curia impetus factus esset, ni peropportune tribuni diem dixissent. Ibi ira est suppressa rell.*

³⁷ In questo specifico senso R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 23, mentre l'autore considera erronea e frutto di una anticipazione storica (31) la diversa ricostruzione di Dionigi di Alicarnasso, secondo il quale Coriolano venne accusato di *adfectatio regni*.

³⁸ Così B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari* cit., 144.

³⁹ In questo senso vd. G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 77.

⁴⁰ Sulla piena affidabilità della tradizione liviana vd. specificamente B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari* cit., 144. Per un'analisi delle varie tradizioni che si registrano sull'episodio vd. R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 362 ss.

⁴¹ G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 125 ss. L'esilio del *damnatus* per sfuggire alla irrogazione della condanna capitale è largamente attestato anche per le epoche successive: Sall., *Cat.* 21, 22 e 40; Liv. 43,16,15-16.

⁴² Dion. Hal. 7.64.6: ἀνέδωκαν οἱ δῆμαρχοι τὴν ψῆφον ταῖς φυλαῖς τίμημα ἐπιγράψαντες τῇ δίκῃ φυγὴν αἰδίων, κατὰ δέος, οἶμαι, τοῦ μὴ ἂν ἀλῶναι τὸν ἄνδρα θανάτου [i tribuni distribuirono le tessere alle tribù, dopo avere stabilito che la pena, in caso di condanna, sarebbe stata l'esilio perpetuo, nel timore, penso, che se avessero proposto la pena di morte, non sarebbe stato condannato]. Abbiamo appena trascritto la traduzione italiana di Floriana Cantarelli per "I classici di storia – sezione greco-romana" diretta da Ida Calabi Limentani, Rusconi editore, Milano 1984, 649. A. SCHWEGLER, *Römische Geschichte im Zeitalter des Kampfs der Stände*, II.2.1 *Von der Gründung der Republik bis zum Decemvirat*, Tübingen 1870, 386 ss., svaluta la

condannato proprio all'esilio. Sappiamo, infatti, che l'esilio venne configurato nei termini di una *poena legitima* non prima della *lex Tullia de ambitu* del 63 a.C.;⁴⁴ onde occorre credere che le fonti seguite dai due scrittori di lingua greca abbiano confuso l'esilio esercitato per sfuggire all'irrogazione di una condanna – secondo risalenti *mores* romani – con l'esilio quale pena legale, come era ormai nel tempo in cui le opere di Dionigi e Plutarco vennero scritte.

3.2. Il processo nei confronti di Q. Cesone.

Un altro caso di condanna di un imputato assente è quello di Q. Cesone, figlio di Cincinnato. Il processo che lo ha visto imputato nel 461 a.C.⁴⁵ è stato tramandato in due versioni, tra loro divergenti: cercheremo di dare una spiegazione plausibile ad entrambe.⁴⁶

Le fonti che creano meno problemi sono quelle che presentano Q. Cesone, imputato dell'omicidio di Lucio, fratello del tribuno della plebe M. Volscio Fittore⁴⁷ o, secondo un'altra tradizione, accusato di *perduellio*.⁴⁸

tradizione accolta da Dionigi reo, secondo lo studioso, di avere travisato i fatti (394), specie nel punto in cui lo storico vede nei comizi tribuni riunioni della sola plebe e non di tutto il popolo romano. In effetti, anche la giustificazione fornita dallo storico cario, secondo il quale l'esilio venne irrogato per timore di non potere applicare la pena capitale, si scontra con altri casi di processi comiziali conclusi con la condanna contro imputati assenti (cfr. i §§ 3.2 e 3.3) e ha tutta l'aria di suonare come una giustificazione ad una versione dei fatti desunta dalle proprie fonti annalistiche che non doveva convincere poi tanto neppure lo storico greco.

⁴³ Plut., *Coriol.* 20.7: Τέλος δ' οὖν ταῖς φυλαῖς τῆς ψήφου δοθείσης, αἱ καθαιροῦσαι τρεῖς ἐγένοντο. Ἦν δὲ τίτιμα τῆς καταδίκης αἰδίοις φυγή. [Alla fine furono chiamate a votare le tribù, e tre furono quelle che lo fecero cadere. La pena cui lo condannarono fu l'esilio perpetuo]. Si tratta della traduzione a cura di Domenico Magnino per le *Vite di Plutarco*, II, Utet, Torino 1992, 483. Altre fonti minori che informano dell'episodio sono: Dio Cass. 18.5, Zon. 7.16, Aur. Vict., *De vir. ill.* 19.3, ma esse non aggiungono nulla al quadro delineato nel testo.

⁴⁴ Secondo quanto riportato in Cic., *pro Planc.* 83 e Schol. Bob. 79,1-3 (STANGL). In Cic., *pro Mur.* 23.47 leggiamo che nella *lex Tullia de ambitu* del 63 a.C. erano state previste sanzioni a carico di chi aveva presentato scuse pretestuose della propria assenza per rinviare il processo. Sul punto, vd.: E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe, in Gesammelte Schriften. Zu seinem achtzigsten Geburtstag*, II, Köln-Graz 1963, 345 e 348, in cui lo studioso riporta fonti e riferimenti a leggi pubbliche del popolo Romano (*lex Tullia de ambitu*, *lex Iulia de vi publica*, *lex Iulia maiestatis*) che individuano la *interdictio aquae et ignis* conseguente all'esilio come pena legale; U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano*, Napoli 1937, 84-87, il quale segnala, tuttavia, che da Dio Cass. 37.29 si ricava come tale esilio sarebbe stato di dieci anni. Allora, forse, si sarebbe trattato di una *relegatio*, sebbene l'istituzione di quest'ultima come pena legale in tarda età repubblicana sarebbe stata un fatto troppo notevole e avrebbe dovuto suscitare un clamore maggiore di quello che realmente vi è stato. Brasiello conclude nel senso che Cicerone avrebbe istituito una pena *sui generis* (87), né esilio né relegazione, ma una pena mista; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 79 nt. 41.

⁴⁵ Questa datazione è desumibile da Dion. Hal. 10.1-8, un insieme di paragrafi che contengono il resoconto degli accadimenti dell'anno 461 a.C., conclusi proprio con il processo a carico di Q. Cesone.

⁴⁶ Per un quadro di insieme dell'episodio vd. R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 38-43, con discussione di letteratura.

⁴⁷ L'accusa di omicidio ai danni di Q. Cesone è chiaramente desumibile dal resoconto di Livio: Liv. 3.13.1-3: *Premebat reum praeter volgatam invidiam crimen unum, quod M. Volscius Fictor, qui ante aliquot annos tribunus plebis fuerat, testis exstiterat* [2] *se, haud multo post quam pestilentia in urbe fuerat, in iuventutem grassantem in Subura incidisse. Ibi rixam natam esse fratremque suum maiorem natu, necdum ex morbo satis validum, pugno ictum ab Caesone cecidisse*; [3] *semianimem inter manus domum ablatum, mortuumque inde arbitrari, nec sibi rem exsequi tam atrocem per consules superiorum annorum licuisse. Haec Volscio clamitante adeo concitati homines sunt, ut haud multum afuerit quin impetu populi Caeso interiret*.

⁴⁸ Nella tradizione accolta da Dionigi di Alicarnasso (10.7.1-5), oltre all'omicidio del fratello del

Condannato in assenza da parte, verosimilmente, dei concili della plebe ed incassata la somma di denaro promessa a garanzia della sua comparsa in giudizio,⁴⁹ Q. Cesone andò in esilio dopo la condanna, secondo una consuetudine risalente che permetteva ai *cives* di ricorrere all'esilio per evitare l'irrogazione della pena capitale e che abbiamo visto all'opera già nel caso di Coriolano.⁵⁰

Cic., *de domo* 32.86: *At vero, ut annales populi Romani et monumenta vetustatis loquuntur, Kaeso ille Quinctius et M. Furius Camillus et C. Servilius Ahala, cum essent optime de re publica meriti, tamen populi incitati vim iracundiamque subierunt, damnatique comitiis centuriatis, cum in exilium profugissent, rursus ab eodem populo placato sunt in suam pristinam dignitatem restituti.*⁵¹

Dion. Hal. 10.8.3: τῇ δ' ἑξῆς ἡμέρᾳ συναγαγόντες οἱ δήμαρχοι τὸ πλῆθος, ἐκλιπόντος τοῦ μειρακίου τὴν δίκην, ἐκύρωσαν τὴν κατ' αὐτοῦ ψῆφον καὶ τοὺς ἐγγυητὰς δέκα ὄντας ἐπράξαντο τὰ περὶ τοῦ σώματος τῆς ἀποκαταστάσεως ὁμολογηθέντα χρήματα.⁵²

tribuno M. Volscio Fittore, compare anche il tentativo di uccidere lo stesso tribuno della plebe. Ad accogliere questa versione dei fatti, ne potrebbe conseguire, da un canto la riconducibilità del fatto commesso da Q. Cesone alla *perduellio* (in questo senso vd. C.H. BRECHT, *Perduellio. Eine Studie zu ihrer begrifflichen Abgrenzung im römischen Strafrecht bis zum Ausgang der Republik*, München 1938, 284 s.) e, dall'altro canto, la naturale riconduzione di questo processo nel contesto dei processi rivoluzionari plebei intentati per offese dai tribuni della plebe e decisi dai *concilia plebis*, sulla questione cfr. la nota seguente.

⁴⁹ È, invero, dubbia l'individuazione del comizio che condannò Q. Cesone. Sebbene Cicerone si riferisca espressamente ai comizi centuriati, crediamo ci siano ragioni per credere che, come per M. Coriolano, anche il processo contro Q. Cesone venne incardinato dai tribuni della plebe innanzi ai *concilia plebis*. A fronte del contraddittorio riferimento di Livio prima ai *comitia* e poi al *concilium*, dell'altrettanto generica indicazione da parte di Dionigi di Alicarnasso in più punti del suo racconto (10.5.2, 10.6.1, 10.7.6) al fatto che Q. Cesone venne condannato dal δῆμος, termine che parrebbe indicare il complesso dei patrizi e dei plebei, ma che Dionigi mostra di usare anche per appellare la sola plebe (come in 10.8.1), in Dionigi dicevamo ricorre la specifica indicazione del concilio della plebe quale giudice del processo a carico di Q. Cesone. Infatti, seguendo il racconto dello storico cario, il giorno del processo i tribuni della plebe convocarono τὸ πλῆθος, ossia specificamente la plebe, che emise il verdetto di condanna; non crediamo che in una età così risalente possa scorgersi dietro questo ordine di convocazione una richiesta di *diei dictio* da parte dei tribuni della plebe finalizzata alla convocazione dei comizi centuriati. A favore dell'individuazione dei *concilia plebis* quali giudici del processo contro Q. Cesone vd.: R. DEVELIN, *Comitia tributa plebis* cit., 329; R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 38 ss., il quale ricostruisce nei termini di un processo criminale plebeo di accertamento della condizione di *homo sacer*, il *iudicium* che avvenne contro Q. Cesone, reo di avere violato la legge sull'inviolabilità dei tribuni.

⁵⁰ G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 137 nt. 48, con specifico riferimento all'esilio di Q. Cesone.

⁵¹ L'assenza di Q. Cesone si ricava dal contesto in cui è inserito lo squarcio ciceroniano trascritto. Cicerone, infatti, richiama il precedente di tre romani illustri che, al pari di lui, erano stati esuli, avevano subito l'ira del popolo (che, nel caso di Cesone, consistette nella irrogazione di una condanna capitale) e, infine, vennero riabilitati della loro primitiva dignità dal popolo una volta pacatosi.

⁵² Dion. Hal. 10.8.3: «Quando, il giorno seguente, i tribuni convocarono l'assemblea popolare, quello non si presentò davanti al tribunale, e allora si votò contro di lui e i dieci che si erano fatti garanti dovettero pagare la somma stabilita». Si tratta della traduzione italiana di Floriana Cantarelli per «I classici di storia – sezione greco-romana» cit., 863.

Da entrambi i passi ricaviamo, dunque, una conferma dei dati desumibili dal processo nei confronti di M. Coriolano esaminato nel paragrafo precedente: l'imputato di un processo comiziale capitale viene condannato da assente; l'assenza viene considerata evidentemente una implicita ammissione di colpevolezza. Dopo la condanna, il *damnatus* si reca in esilio per evitare l'irrogazione della pena.

Passiamo alla tradizione accolta da Livio che parecchio filo da torcere ha dato agli studiosi del processo criminale romano.

Secondo Livio, accertato il fatto criminoso commesso da Q. Cesone, il tribuno della plebe *Verginius* ordina la sua *prensio* e la *ductio in vincula*,⁵³ ma Tito Quinzio obiettava che, essendo stato Q. Cesone già stato citato in giudizio per un crimine punito con la pena capitale, non poteva essergli usata violenza *indicta causa*.⁵⁴ A questo punto Q. Cesone si appella all'*intercessio* dei tribuni della plebe i quali si oppongono al suo arresto, ma pretendono che l'imputato versi una somma a titolo di *vadimonium* a garanzia della sua presenza nel giorno del giudizio.⁵⁵

Furono così presentati, per la prima volta in un processo criminale, i *vades* i quali avrebbero promesso il pagamento a favore del pubblico erario di una somma di denaro per sottrarre l'imputato alla carcerazione preventiva e garantire la sua presenza il giorno del processo. Per questa ragione Q. Cesone venne lasciato libero di allontanarsi dal foro e la notte precedente il giorno del processo decise di andare in esilio.⁵⁶ Ecco dunque cosa accade secondo Livio il giorno fissato per il comizio giudiziario:

Liv. 3.13.9: *Iudicii die cum excusaretur solum vertisse exilii causa, nihilo minus Verginio comitia habente, collegae appellati dimisere concilium.*

Nonostante l'assenza dal giudizio da parte di Q. Cesone fosse giustificata *exilii causa*, Virginio convoca ugualmente i *comitia*; tuttavia, grazie all'*intercessio* dei tribuni della plebe, ai quali era stata presentata *appellatio*, il *concilium* venne sciolto.⁵⁷ Ne consegue che nessun processo venne celebrato e nessuna sentenza di condanna venne emessa.

La dottrina ha cercato di spiegare in vario modo l'apparente contraddizione del racconto dello storico patavino nel punto in cui l'assemblea viene prima convocata e poi sciolta.⁵⁸

⁵³ Sui poteri di *prensio* dei tribuni della plebe vd., per tutti, C. CASCIONE, *Appunti su prensio e vocatio nei rapporti tra potestates romane*, in *Au-delà des frontières. Mélanges de droit romain offerts à W. Wołodkiewicz*, I, Varsovie 2000, 161 ss., 166 e 168.

⁵⁴ Liv. 3.13.4: *Verginius arripi iubet hominem et in vincula duci. Patricii vi contra vim resistunt. T. Quinctius clamat, cui rei capitalis dies dicta sit et de quo futurum prope diem iudicium, eum indemnatum indicta causa non debere violari.*

⁵⁵ Liv. 3.13.6: *Appellati tribuni medio decreto ius auxilii sui expediunt: in vincla conici vetant; sisti reum pecuniamque ni sistatur populo promitti placere pronuntiant.*

⁵⁶ Liv. 3.13.8: *Hic primus vades publico dedit. Dimissus e foro nocte proxima in Tuscos in exilium abiit.*

⁵⁷ Sulla contraddittoria menzione di Livio prima dei *comitia* (*centuriata*) e poi del *concilium* (*plebis*) vd. *supra* nt. 49.

⁵⁸ Secondo A. SCHWEGLER, *Römische Geschichte im Zeitalter des Kampfs der Stände*, II.2.1 *Von der Gründung der Republik bis zum Decemvirat*, Tübingen 1870, 577 ss., il resoconto liviano non sarebbe attendibile e il processo contro Q. Cesone si sarebbe celebrato perché il suo *exilium* non avrebbe potuto qualificarsi come *iustum*. A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik, I. Die Beamten und Volksgerichteder römischen Republik. 2. Seit der Gesetzgebung der Zwölf Tafeln*, Berlin 1865, 273 s., crede

Dal canto nostro, crediamo che sia da rivedere l'atteggiamento scettico di quanti hanno visto nel passo di Livio una contraddizione consistente nella convocazione e nel successivo scioglimento del *comitium*.

Invero, anziché considerare il dato come una anticipazione storica, crediamo che possano essere confluite nel racconto di Livio due diverse possibilità di disciplinare legittimamente l'assenza dell'imputato nel processo comiziale di età arcaica. Non essendo ancora divenuto l'*exilium* un *ius*, come sarebbe stato a partire dal III secolo a.C. secondo una celebre testimonianza di Polibio,⁵⁹ ma trattandosi solo di un uso di fatto che permetteva al *civis* di sottrarsi ad una condanna capitale, si spiega il comportamento di Virginio che pretende di trattare Q. Cesone come qualunque altro imputato assente: quindi la convocazione dei comizi per l'emissione della sentenza di condanna, come era avvenuto, circa trent'anni prima, per M. Coriolano.⁶⁰

Così ragionando possiamo spiegarci anche perché la convocazione dei comizi voluta da Virginio sia del tutto legittima e non abbia suscitato alcuno biasimo; solo l'*intercessio* dei tribuni della plebe, ai quali era stata rivolta una regolare *appellatio*, ha consentito un trattamento meno rigido dell'*exul*, permettendo, per la prima volta se non erriamo, di considerare l'esule in una posizione di assenza permanente, se non addirittura di 'morte civile'⁶¹

che la richiesta di condanna di Q. Cesone si sarebbe trasformata in una proposta di legge; diversamente per E. HUSCHKE, *Die multa un das sacramentum in ihren Verschiedenen Anwendungen*, Leipzig 1874, 167 nt. 67, i comizi centuriati investiti del processo capitale vennero sciolti, tuttavia, vennero mantenuti i concili della plebe, al fine di irrogare a Q. Cesone un *iustum exilium*. Una sintesi del dibattito dottrinale è presente in R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 38 ss.

⁵⁹ Polyb. 6.14.7: καὶ γίνεται τι περὶ ταύτην τὴν χρεῖαν παρ' αὐτοῖς καὶ μνήμης. τοῖς γὰρ θανάτου κρινόμενοις, ἐπὶν καταδικάζονται, δίδωσι τὴν ἐξουσίαν τὸ παρ' αὐτοῖς ἔθος ἀπαλλάττεσθαι φανερώς, κἂν ἔτι μία λείπεται φυλὴ τῶν ἐπικυρουσῶν τὴν κρίσιν ἀψηφοφόρητος, ἐκούσιον ἑαυτοῦ καταγνόντα φυγαδεῖαν. [As regards the latter they have a practice which is praiseworthy and should be mentioned. Their usage allows those on trial for their lives when found guilty liberty to depart openly, thus inflicting voluntary exile on themselves if even only one of the tribes that pronounce the verdict has not yet voted]. Abbiamo appena trascritto la traduzione in inglese di W.R. Paton, per i tipi della Loeb Classical Library (*Polybius. The Histories with an English Translation by W. R. Paton*, III, London 1966). Sul passo di Polibio si vd. E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 335 s., il quale sostiene che non ci sono testimonianze in base alle quali è lecito dire che ad ogni esilio seguisse l'*interdictio*. Questa stessa interpretazione dell'esilio è possibile desumere da un celebre discorso di Cesare in difesa degli accoliti di Catilina, nel quale si dice che a tutti i cittadini romani era concesso l'esilio per evitare di incappare in una condanna capitale: Sall., *Catil.* 51.22 e 51.40. Ancora sul passo di Polibio di recente vd. G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 32 ss.; A. Z. GARCÍA, *El exilio voluntario en Polibio 6.14.7* cit., 601 ss.

⁶⁰ Non riteniamo di potere accogliere la diversa ricostruzione proposta da G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 140, secondo il quale l'intento di Virginio era quello di convocare i comizi per fare dichiarare il *iustum exilium* di Cesone, mentre i colleghi opposero l'*intercessio* ritenendo che tale pronuncia non sarebbe stata necessaria perché erano stati prestati i *vades*. Al contrario, nel caso di M. Postumio Pirgense (*infra*, § 3.4) la presenza dei *vades* non ha impedito al concilio della plebe di emettere un plebiscito di *iustum exilium*.

⁶¹ M. JONCA, *The Scope of exilium voluntarium* cit., 78 nt. 6, ricorda che, nella visione dei romani, la condizione dell'esule era simile a quella di un condannato a morte. Una chiara correlazione tra esilio e morte è presente nella letteratura consolatoria analizzata da J.M. CLAASSEN, *Exile, Death and Immortality: Voices from the Grave*, in *Latomus. Revue d'études latines* 55.3, 1996, 571 ss.; EAD., *Displaced persons. The Literature of Exile from Cicero to Boethius*, London 1999. Su questo libro si vd. le recensioni di A. GO-SLING, in *akroterion.journals.ac.za*, e G.P. KELLY, in *Bryn Mawr Classical Review*, 2001, 12.21.

che lo privava – fino al suo eventuale rientro – della capacità di essere sottoposto alla repressione criminale.⁶²

Come sarebbe avvenuto in seguito nei casi di M. Postumio Pirgense e Cn. Fulvio Flacco, l'assenza qualificata *exilii causa* avrebbe interrotto il processo e reso inutile la sentenza,⁶³ l'esilio, successivamente, avrebbe piuttosto sollecitato misure sostitutive della condanna, come la confisca dei beni e l'*aquae et ignis interdictio*, di cui però ancora nel V secolo a.C. non vi è traccia.

Così intesa, la narrazione liviana del processo a carico di Q. Cesone è una testimonianza preziosa perché capace di dimostrare la convivenza all'interno della disciplina dell'assenza dell'imputato, tanto del principio dell'automatica condanna dell'assente – condanna cui era volta la convocazione dei *comitia* da parte di Virginio – quanto dell'istituto dell'esilio, inteso come causa di sottrazione dell'imputato assente alla repressione criminale. Ci renderemo conto che entrambi questi profili saranno compresenti nella disciplina dell'istituto che ci occupa, almeno fino a quando, a partire dal I sec. a.C., le misure sostitutive della sentenza di condanna adottate nei confronti degli esiliati non sarebbero divenute vere e proprie pene legali.

3.3. Il processo nei confronti di M. Furio Camillo.

Ma prima di concentrarci sui processi comiziali di III secolo a.C. occorre occuparsi del caso di M. Furio Camillo, databile al 391 a.C.,⁶⁴ perché secondo una delle tradizioni che tramandano l'episodio potrebbe scorgersi una condanna a carico di un assente *exilii causa*, identica a quella che Virginio avrebbe voluto infliggere a Q. Cesone.

Invero, prima di prendere in esame i testi, bisogna segnalare che l'episodio di M. Furio Camillo è stato oggetto di manipolazioni da parte dell'annalistica romana tali da rendere forse irrimediabilmente compromessa la possibilità di preferire una versione dei fatti rispetto alle altre.⁶⁵ Siamo convinti che non esistano elementi in grado di rendere maggiormente credibile la tradizione che tace di un processo contro l'ex dittatore,⁶⁶ ovvero quella che ci

⁶² TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 68, precisa che erano sottratti alla repressione criminale tutti gli stranieri che abitavano fuori da Roma e i cittadini romani che si ritiravano dal territorio romano, a patto che compissero un atto di *solum vertere*, proprio come era avvenuto nel caso di Q. Cesone (Liv 3.13.9: *solum vertisse*) e si recassero presso una città la cui indipendenza era stata riconosciuta da Roma. Questo, prosegue Mommsen, è proprio l'esilio o l'auto esilio, così come presentato da Polibio (cfr. nt. 59).

⁶³ È questa la chiave di lettura privilegiata da G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 137 e nt. 48, il quale interpreta l'esilio di Q. Cesone come legittimamente esercitato al fine di sfuggire alla condanna. Anche nella esazione della somma promessa a titolo di *vadimonium* non andrebbe rinvenuta una forma di esecuzione della condanna, quanto piuttosto l'adempimento dell'obbligazione di garanzia, essendosi verificata la condizione per la quale era stata subordinata l'esecuzione nei confronti dei *vades*.

⁶⁴ Argomenti per datare l'episodio in *Enciclopedia italiana Treccani*, Roma 1930, v. 'Camillo Marco Furio', cui rinviamo per la confutazione di altre due possibili date, quelle del 393 e del 389 a.C.

⁶⁵ L'analisi critica delle varie fonti che informano del processo di M. Furio Camillo è condotta da O. HIRSCHFELD, *Zur Camillus-Legende*, in *Festschrift zum fünfzigjährigen Doctorjubiläum Ludwig Friedländer*, Leipzig 1895, 127-138, paginazione che abbiamo seguito [= *Kleine Schriften*, Berlin 1913, 273 ss.], con specifica attenzione all'individuazione del trionfo che avrebbe portato all'accusa di peculato nell'ingarbugliata tradizione sull'evento. Un'analisi ragionata delle varie tradizioni è possibile rinvenire anche in F. MÜNZER, v. 'Furius', in *PWRE* 13, Stuttgart 1910, coll. 329-331. Più di recente precisi ragguagli di fonti in O. LICANDRO, *In magistratu damnari. Ricerche sulla responsabilità dei magistrati romani durante l'esercizio delle funzioni*, Torino 1999, 156 nt. 52 sub f).

⁶⁶ Plin., *Nat. hist.* 34.13; Zon. 7.22.

informa di una condanna seguita dall'esilio dell'interessato,⁶⁷ ovvero, infine, quella che attesta una condanna avvenuta in assenza e nonostante l'esilio di M. Furio Camillo; Tanto più che in dottrina non ci pare siano stati addotti argomenti decisivi nell'uno o nell'altro senso.⁶⁸ Né ai nostri fini si tratta di capire come più probabilmente andarono i fatti quanto, piuttosto, di giustificare sul piano giuridico le testimonianze che presentano M. Furio Camillo condannato in assenza.

Il racconto più ricco di particolari è fornito da Tito Livio,⁶⁹ il quale narra di un processo multatio intentato in epoca post decemvirale da un tribuno della plebe innanzi ai *concilia plebis*,⁷⁰ a carico dell'ex magistrato, accusato di essersi impadronito di una parte del bottino catturato a Veio.⁷¹ Appurato da parte di M. Furio Camillo che gli appartenenti alla sua tribù e i suoi clienti erano disposti a pagare la multa alla quale sarebbe stato eventualmente condannato, ma non a votare per la sua assoluzione, egli decise di andare in esilio e, da *absens*, fu condannato ad una multa di quindicimila assi:

Liv. 5.32.8-9: *Qui die dicta ab L. Apuleio tribuno plebis propter praedam Veientanam, filio quoque adulescente per idem tempus orbatus, cum accitis domum tribulibus clientibusque quae magna pars plebis erat, percontatus animos eorum responsum tulisset se conlaturos quanti damnatus esset, absolvere eum non posse, in exilium abiit* [9] ... *Absens quindecim milibus gravis aeris damnatur.*

⁶⁷ Dion. Hal. 13.5.1 e 13.5.5; App., *Hist. rom. (de rebus Italicis)* 2.8.2; Val. Max. 5.3.2a, il quale invero parrebbe riferirsi ad una condanna all'esilio (*ferreis sententiis in exilium missus est*). Discorrono genericamente della condanna, senza accennare all'esilio: Cic., *de domo* 32.86; Auct. de vir. ill. 23.4.

⁶⁸ Si vd. G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 198 ss., con un tentativo screditare la tradizione secondo la quale M. Furio Camillo sarebbe stato condannato. Lo studioso esclude che sia intervenuto tanto un provvedimento di condanna, quanto un plebiscito volto a qualificare l'*exilium* dell'imputato come *iustum*: ci sarebbe stata solo l'irrogazione di una multa pagata dagli amici dell'ex dittatore. In precedenza, G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies from their Origin to the End of the Republic*, New York 1909 [rist. 1968], 244-245, aveva sostenuto che Camillo avrebbe evitato un processo capitale innanzi ai comizi centuriati andando in esilio e, una volta preso atto dell'esilio, i tribuni della plebe si fecero carico dell'accusa condannandolo ad una pesante pena pecuniaria. Tuttavia, ci pare che colgano nel segno le critiche di C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 266 s. nt. 2, il quale esclude che il processo ai danni di M. Furio Camillo sarebbe stato un processo capitale, ma si deve essere trattato, fin dall'origine di un processo multatio. Viceversa, in *Enciclopedia italiana* Treccani cit., v. 'Camillo Marco Furio', si trova una difesa della storicità del fatto concluso con una condanna 'in contumacia'.

⁶⁹ La cui narrazione è oggetto di attento esame da parte di R.M. OGILVIE, *A Commentary on Livy books 1-5*, Oxford 1965, 698-699, il quale, tuttavia, ammette che il processo a M. Furio Camillo ha subito notevoli distorsioni da parte dell'annalistica di età sillana, per specifici propositi politici, e che la versione di Livio rappresenta solo uno degli ultimi stadi di questo processo. Lo studioso ritiene inoltre che l'assemblea competente sarebbe stata quella centuriata, sulla scorta di Cic., *de domo* 32.86.

⁷⁰ E addotto da B. SANTALUCIA, *La repressione dei reati comuni in età repubblicana*, in *Studi di diritto penale romano* cit., 170 nt. 82; ID., *Sacertà e processi rivoluzionari* cit., 155 nt. 76, a dimostrazione del fatto che i tribuni della plebe dopo le dodici tavole non avrebbero avuto competenza ad instaurare processi capitali innanzi alle assemblee del popolo, ma processi multatici *apud plebem*.

⁷¹ Raguagli in B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 77, il quale mostra di aderire alla tesi dell'appropriazione del bottino proveniente da Veio da parte di M. Furio Camillo. Invero, secondo Eutropio (1.20) l'ex dittatore avrebbe diviso male il bottino, mentre secondo Diodoro Siculo (*Bibl. Stor.* 14.117.5-6) M. Furio Camillo venne condannato per avere indossato l'abbigliamento di Giove e avere fatto tirare il suo cocchio da quattro cavalli bianchi in occasione del trionfo.

La stessa tradizione annalistica accolta da Livio, probabilmente risalente a Valerio Anziato,⁷² compare anche in Plutarco e Agostino, i quali attestano, similmente, che M. Furio Camillo prima decise di recarsi in esilio e, poi, venne condannato in assenza al pagamento di una somma di denaro:

Plut., *Cam.* 13.1: ... μεταστὰς ὧφλε τὴν δίκην ἐρήμην, τίμημα μυρίων καὶ πεντακισχλίων ἄσσαρίων ἔχουσιν.⁷³

Aug., *de civ. Dei* 7.22: *Ex hoc iure ac bono Marcus Camillus, illius temporis uir egregius, qui Veientes, grauissimos hostes populi Romani, post decennale bellum, quo Romanus exercitus totiens male pugnando grauiter adflictus est, iam ipsa Roma de salute dubitante atque trepidante facillime superauit eorumque urbem opulentissimam cepit, inuidia obtrectatorum uirtutis suae et insolentia tribunorum plebis reus factus est tamque ingrattam sensit quam liberauerat ciuitatem, ut de sua damnatione certissimus in exilium sponte discederet et decem milia aeris absens etiam damnetur.*

Dal nostro punto di vista rileva, dunque, l'attestazione di una condanna in assenza che conferma il principio generale già riscontrato anche nei processi comiziali capitali in precedenza analizzati. Tuttavia, nel caso di M. Furio Camillo ci troviamo di fronte alla particolarità che la condanna venne irrogata dopo che l'ex dittatore era andato in esilio, circostanza quest'ultima che avrebbe potuto suggerire di interrompere il processo e di fermare la condanna, come era avvenuto per Q. Cesone.

A nostro avviso sono possibili due tentativi di motivare sul piano giuridico l'epilogo della vicenda processuale a carico di M. Furio Camillo:

(1) potrebbe credersi che, trattandosi di un processo multatio, la condanna, a differenza di quella capitale, poteva essere eseguita nei confronti dei garanti del reo e, per questo, venne irrogata. Ed in effetti, in questo caso, i clienti e gli appartenenti alla tribù di M. Furio Camillo sono descritti nell'atto di dare la propria disponibilità a pagare la multa oggetto dell'eventuale sentenza di condanna. Del resto, anche nel caso di Q. Cesone, nonostante il suo esilio, venne esatta la somma promessa a garanzia della sua ricomparsa in giudizio a titolo di *vadimonium*;

(2) potrebbe collegarsi la condanna ad una considerazione della posizione dell'assente per causa di esilio in termini meno garantisti di come sarebbe avvenuto a partire dal III secolo a.C. In buona sostanza, i processi nei confronti di Q. Cesone e di M. Furio Camillo potrebbero dimostrare come nel periodo compreso tra il V e il IV secolo a.C. fosse legittima la condanna anche dell'esiliato. In questo senso, infatti, ci pare sia da leggere il tentativo di Virginio di convocare i comizi per condannare Q. Cesone, tentativo legittimo sul piano giuridico (semmai deprecabile su quello morale) e che sarebbe stato suggellato da una sentenza di condanna dell'imputato assente se non fosse intervenuta l'*intercessio* dei tribuni della plebe.

Similmente potrebbe dirsi per M. Furio Camillo, la cui assenza per esilio non impedisce l'irrogazione della condanna pecuniaria, in virtù di una rigida e letterale applicazione

⁷² O. HIRSCHFELD, *Zur Camillus-Legende* cit., 138.

⁷³ Plut., *Cam.* 13.1: Il processo si svolse in contumacia e Camillo fu condannato a pagare una multa di 15.000 assi. Si tratta della traduzione di Antonio Traglia per i *Classici greci, Vite di Plutarco*, I, Utet, Torino 1992, 461.

del principio, caratteristico del processo criminale comiziale, secondo il quale l'imputato assente doveva essere condannato.

3.4. Il processo nei confronti di M. Postumio Pirgense.

In esito all'analisi dei processi comiziali incardinati contro assenti fin ora analizzati, possiamo concludere dicendo che l'assente viene regolarmente condannato, anche se nel frattempo costui ha scelto la via dell'esilio; l'esilio è esercitato anche in seguito all'emissione del verdetto di condanna, senza tuttavia che abbia ancora assunto la funzione di evitarla. Un vero e proprio punto di svolta nel trattamento dell'imputato assente si registra, invece, a partire dal III secolo a.C.; in particolare, nel 212 a.C. si data il processo nei confronti di M. Postumio Pirgense, un episodio parecchio studiato in letteratura.⁷⁴

Ancora una volta è Livio la fonte più ricca di particolari. Narra lo storico patavino di una *fraus* architettata da M. Postumius Pyrgensis, un pubblicano il quale metteva in scena falsi naufragi o speculava su quelli realmente accaduti imbarcando beni di scarso valore su navi vecchie e sfasciate, provocandone poi volontariamente il naufragio, previa messa in salvo dell'equipaggio e asserendo falsamente che molte e maggiori erano le merci che erano state caricate.⁷⁵ Ora, l'imbroglione in questione era stato denunciato nel 214 a.C. al pretore M. Emilio e, per suo tramite, comunicato al senato; ma il senato aveva deciso di non emettere alcun provvedimento e di non stigmatizzare l'accaduto per evitare di suscitare il malcontento dei pubblicani. Tuttavia, mossi dall'indignazione popolare, i due tribuni delle plebe Sp. Carvilius e L. Carvilius irrogarono a M. Postumio Pirgense una multa di duecentomila assi e fissarono anche il giorno della discussione della causa innanzi ai concili della plebe.⁷⁶

Giunto a termine il processo nel 212 a.C.,⁷⁷ Livio lascia intendere che l'orientamento della plebe era nel senso della condanna e l'unica speranza per l'imputato era rappresentata

⁷⁴ Dell'episodio hanno avuto modo di occuparsi: A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik* cit., 340 s. e 423 ss.; A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, London 1901, 328 ss.; G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies* cit., 249 e nt. 2; E.G. HARDY, *Some Notable Judicia Populi on Capital Charges*, in JRS 3, 1913, 32 s. paginazione che abbiamo seguito (= *Some Problems in Roman History*, Oxford 1924, 1 ss.); H. SIBER, *Analogie, Amtsrecht und Rückwirkung im Strafrechte des römischen Freistaates*, in *Abhandlungen der philologisch-historischen Klasse der sächsischen Akademie der Wissenschaften*, 43.3, Leipzig 1936, 60; R. FREIG VISHNIA, *State, Society, and Popular Leaders in Mid-Republican Rome 214-167 BC*, New York 1996, 74 s.; C. MASI DORIA, *Quaesitor urnam movet e altri studi sul diritto penale romano (con due Anecdota)*, Napoli 2003, 70 ss.; R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 136-140; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 41 ss.

⁷⁵ Liv. 25.3.9-11: *Publicanus erat Postumius, qui multis annis parem fraude auaritiaque neminem in ciuitate habuerat praeter T. Pomponium Ueientanum, quem populantem temere agros in Lucanis ductu Hannonis priore anno ceperant Carthaginienses. [10] hi, quia publicum periculum erat a ui tempestatis in iis quae portarentur ad exercitus et ementiti erant falsa naufragia et ea ipsa quae uera renuntiauerant fraude ipsorum facta erant, non casu. [11] in ueteres quassasque naues paucis et parui pretii rebus impositis, cum mersissent eas in alto exceptis in praeeparatas scaphas nautis, multiplices fuisse merces ementiebantur.*

⁷⁶ Liv. 25.3.12-14: *Ea fraus indicata M. Aemilio praetori priore anno fuerat ac per eum ad senatum delata nec tamen ullo senatus consulto notata, quia patres ordinem publicanorum in tali tempore offensum nolebant. [13] populus seuerior uindex fraudis erat; excitatique tandem duo tribuni plebis, Sp. et L. Caruili, cum rem inuisam infamemque cernerent, ducentum milium aeris multam M. Postumio dixerunt. [14] cui certandae cum dies aduenisset conciliumque tam frequens plebis adesset ut multitudinem area Capitolii uix caperet.*

⁷⁷ Per questa datazione vd. C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 288 s.

dall'*intercessio* del *cognatus* tribuno della plebe C. *Servilius Casca*, che quest'ultimo avrebbe potuto esercitare prima che le tribù fossero chiamate a votare.

Tuttavia, i tribuni fecero venire avanti i testimoni e fecero portare l'urna al fine di sorvegliare dove dovessero votare i Latini; i *publicani* spingevano affinché Casca opponesse il suo veto mediante *intercessio* e il popolo protestava rumorosamente (evidentemente per il turbamento all'andamento dei lavori conciliari). A questo punto, di fronte al mancato intervento del tribuno Casca (*cui simul metus pudorque animum versabat*) allo scopo di recare scompiglio (*turbandae rei causa*) i pubblicani intervennero e fecero irruzione venendo a d'verbio con il popolo e con i tribuni. *Nec procul dimicatione res erat*, quando il console *Fulvius* invitò i tribuni a sciogliere l'assemblea della plebe, che a causa della violenza e della sfrontatezza dei *publicani* era stata privata del suo diritto di voto; anche ai tribuni della plebe era stato impedito di esercitare le proprie funzioni.⁷⁸

Immediatamente viene convocato il senato e innanzi ai senatori i consoli presentano una relazione sui fatti avvenuti nel concilio della plebe e che avevano visto come protagonista M. Postumio Pirgense; l'assemblea dei *patres* decise che quell'atto di violenza contro lo stesso popolo romano non poteva restare impunito e allora i tribuni, messa da parte la causa per multa, *diem dixerunt*,⁷⁹ chiesero ai consoli la fissazione di un giorno per la comparizione davanti ai comizi centuriati⁸⁰ di M. Postumio Pirgense, ora accusato del crimine capitale di

⁷⁸ Liv. 25.3.15-19: *Perorata causa una spes uidebatur esse si C. Servilius Casca tribunus plebis, qui propinquus cognatusque Postumio erat, priusquam ad suffragium tribus uocarentur, intercessisset. [16] testibus datis tribuni populum submouerunt sitellaeque lata est ut sortirentur ubi Latini suffragium ferrent. [17] interim publicani Cascae instare ut concilio diem eximeret; populus reclamare; et forte in cornu primus sedebat Casca, cui simul metus pudorque animum uersabat. [18] cum in eo parum praesidii esset, turbandae rei causa publicani per uacuum submoto locum cuneo intruperunt iurgantes simul cum populo tribunisque. [19] nec procul dimicatione res erat cum Fulvius consul tribunis 'nonne uidetis' inquit 'uos in ordinem coactos esse et rem ad seditionem spectare, ni propere dimittitis plebis concilium?'*

⁷⁹ Persa per effetto della legislazione decemvirale la competenza ad instaurare processi criminali capitali innanzi ai concili della plebe, i tribuni della plebe potevano nondimeno chiedere ai magistrati *cum imperio* di fissare la prima udienza (che coincideva con la prima *contio* informale) del processo comiziale innanzi all'assemblea centuriata. In letteratura, per tutti: A. GIOVANNINI, *Volkstribunat und Volksgericht*, in Chiron 13, 1983, 545 ss., il quale ricorda i seguenti casi in cui il tribuno della plebe non convocava in prima persona il comizio centuriato, ma chiedeva al pretore urbano la fissazione di un termine: Liv. 3.11.9; 6.20.11; 26.3.9; Gell. 6.9.9 (adde Liv. 43.16.8-12). Sulla *diei dictio* vd.: TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 164 nt 2; B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie*, in *Studi di diritto penale* cit., 56 ss.; ID., *Diritto e processo penale* cit., 76 ss. e 79 nt. 34.

⁸⁰ Non ci pare dubitabile che furono i comizi centuriati l'assemblea competente a giudicare M. Postumio Pirgense accusato di *perduellio* e non i concili della plebe come sostenuto da A. GIOVANNINI, *Volkstribunat und Volksgericht* cit., 549 e R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 136 ss. Naturalmente, nel racconto di Livio non si fa menzione del processo innanzi ai comizi, perché esso non venne celebrato, e si riferisce solo dei provvedimenti adottati (*iustum exilium* e *publicatio bonorum*) e sollecitati (*aquae et ignis interdictio*) dal concilio della plebe in sede legislativa. Una critica a questa presa di posizione in L. THOMMEN, *Das Volkstribunat der späten römischen Republik*, Stuttgart 1989, 148 s. e nt. 10 e C. LOVISI, *Contribution à l'étude de la peine de mort sous la république romaine (509-149 av. J.-C.)*, Paris 1999, 245. Difende la tesi dell'incompetenza del concilio della plebe nel nostro caso anche G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 184 ss., con la precisazione che l'*interdictio* sarebbe stata rivolta non contro l'imputato assente, ma contro la comunità, affinché ne prendesse nota. Ci permettiamo di sottolineare, tuttavia, che la fonte attesta espressamente come l'*interdictio* venne irrogata allo stesso M. Postumio Pirgense: Liv. 25.4.9: *... ipsi aqua et igni placere interdicti*. Nel senso che l'*interdictio* fosse rivolta all'imputato e non alla comunità vd., di recente, anche M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 63. Da ultimo, C. PELLOSO, *Provocatio ad populum e poteri magistratuali dal processo all'Orazio superstita alla morte di Appio Claudio decemviro*, in

perduellio.⁸¹ I tribuni ordinarono la sua *prensio* da parte del *viator* e la *ductio in vincula* ove l'imputato non avesse presentato *vades* a garanzia della sua comparsa in giudizio.⁸²

Qui comincia la parte del racconto che a noi interessa:

Liv. 25.4.9: *Postumius uadibus datis non adfuit. tribuni plebem rogauerunt plebesque ita sciuit, si M. Postumius ante kalendas Maias non prodisset citatusque eo die non respondisset neque excusatus esset, uideri eum in exilio esse bonaque eius uenire, ipsi aqua et igni placere interdicti*.⁸³

Dopo avere fornito i *vades* M. Postumio Pirgense non compare in giudizio; su richiesta dei tribuni, allora, i concili della plebe stabilirono che se l'imputato non si fosse presentato prima delle calende di Maggio e, citato quel giorno, non fosse comparso né avesse giustificato la sua assenza, egli sarebbe stato considerato in esilio, i suoi beni sarebbero stati confiscati e sarebbe stato colpito dall'*aquae et ignis interdictio*.

Ai nostri fini, l'episodio è particolarmente significativo perché mostra un mutato atteggiamento nei confronti dell'imputato assente. Egli non viene immediatamente condannato, come era accaduto in passato nei casi di Coriolano, Furio Camillo e, secondo una certa tradizione, Cesone; piuttosto l'assenza, in questo caso dopo la concessione di un rinvio, viene qualificata *exilii causa*.

Come intuito da Carlo Gioffredi,⁸⁴ l'esilio viene qui presunto, nel senso che in mancanza di altre cause di giustificazione dell'assenza che avrebbero motivato un rinvio del processo, l'imputato assente viene considerato in esilio.

La condizione di esiliato, come accennato,⁸⁵ rendeva inutile l'irrogazione della sanzione capitale ad un soggetto che non faceva più parte della comunità;⁸⁶ l'esiliato era sottratto

SDHI 82, 2016, 257 nt. 80, ritiene che nei confronti di Postumio Pirgense si sarebbe incardinato un '*iudicium* di tipo comiziale'.

⁸¹ In questo senso vd.: C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 288 s.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 80 s.

⁸² Liv. 25.4.8: *Confestim Caruili tribuni plebis omnia multa certatione rei capitalis diem Postumio dixerunt ac ni uades daret prendi a uiatore atque in carcerem duci iusserunt*. Su *prensio* e *in vincula ductio* da parte dei tribuni della plebe, cfr. *supra*, nt. 53. Inoltre, proprio il caso di M. Postumio Pirgense ha dato l'occasione a B. SANTALUCIA, *La repressione dei reati comuni* cit., in *Studi di diritto penale romano*, Roma 1994, 175 nt. 98, di precisare che nel processo comiziale era permesso al magistrato di prendere tutte le misure e i provvedimenti ritenuti necessari per assicurare la comparizione dell'accusato e, in particolare, di ordinare la sua incarcerazione preventiva se si rifiutava di offrire i *vades*.

⁸³ Di recente su questo passaggio del racconto liviano vd. A.Z. GARCÍA, *El exilio voluntario en Polibio* 6.14.7 cit., 613, secondo la cui interpretazione del *ius exulandi* volontario, l'esilio sarebbe stato seguito automaticamente dalla irrogazione della *aquae et ignis interdictio* nel caso in cui l'esiliato avesse scelto di recarsi presso una comunità non legata a Roma da *foedera* che prevedessero l'esilio.

⁸⁴ C. GIOFFREDI, *L'«aqua et ignis interdictio»* cit., 428 s. e 431, il quale sottolinea che di fronte all'esilio il processo si arresta per l'impossibilità giuridica (e non materiale) di perseguire il reo, impossibilità legata anche alla tutela del diritto di asilo che l'esule straniero può vantare a Roma.

⁸⁵ *Supra*, § 2 e nt. 15. In aggiunta alla letteratura ivi citata in tema di esilio, si vd.: L.M. HARTMANN, *De exilio apud Romanos inde ab initio bellorum civilium usque ad Severi Alexandri principatum*, Berolini 1887, 1-61; H. SIBER, *Analogie* cit., 55 ss.; W. KUNKEL, v. '*Quaestio*' cit., 766-768; G. CRIFÒ, v. '*Esilio (storia)*', in Enc. dir. 15, Milano 1966, 712 ss.; M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 65, con specifico riferimento ai rapporti tra esilio volontario ed esilio forzato.

⁸⁶ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 68.

alla repressione criminale a Roma, sia perché avvertito come già morto,⁸⁷ sia perché sarebbe stato contraddittorio punire un soggetto che non si considerava più parte della comunità cittadina e addirittura, probabilmente, già protetto da un'altra comunità,⁸⁸ specie se federata con i romani.⁸⁹

Pertanto, nei confronti di M. Postumio Pirgense, reo di *perduellio*, non venne emessa alcuna sentenza di condanna ma il concilio della plebe, competente in questa materia,⁹⁰ qualificò l'esilio volontario dell'imputato come *iustum exilium*.⁹¹ Ciò apriva la strada all'irrogazione di misure sostitutive della condanna penale, come la confisca dei beni⁹² e l'*aquae*

⁸⁷ Cfr. la letteratura citata *supra*, nt. 61.

⁸⁸ C. GIOFFREDI, *L'aqua et igni interdictio* cit., 426-441; ID., *Ancora su l'aqua et igni interdictio* cit., 191 ss.

⁸⁹ Su questo aspetto vd. G. CRIFÒ, *L'esclusione dalla città* cit., 10 ss., il quale ritiene che il plebiscito di *iustum exilium* occorresse proprio in quei casi in cui l'esiliato non si recava (o non si sapeva se si fosse recato) presso una comunità non legata a Roma da un *foedus*. Senza il conforto delle fonti C. GIOFFREDI, *Ancora su l'aqua et igni interdictio* cit., 191 ss., ritiene che la sentenza di condanna a morte sarebbe stata pronunciata nei soli casi di esilio verso città non strette a Roma da accordi bilaterali.

⁹⁰ Crediamo sia corretto riconoscere che il concilio della plebe emetteva in sede legislativa, e non giudiziaria, il plebiscito di *iustum exilium*, cfr.: E.G. HARDY, *Some Notable Judicia Populi* cit., 32 s.; G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani. Elenco cronologico con una introduzione sull'attività legislativa dei comizi romani*, Milano 1912, 255; D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 590 nt. 114. Secondo G. CRIFÒ, *Ricerche sull'exilium* cit., 167; ID., *L'esclusione dalla città* cit., 18, il plebiscito volto a dichiarare un *iustum exilium*, a partire dal processo contro M. Postumio Pirgense, avrebbe rappresentato il contraltare del decreto di *interdictio*, di competenza delle magistrature *cum imperio* e, quindi, per lungo tempo patrizie.

Una questione assai dibattuta in tema di esilio è se esso comportasse la perdita della cittadinanza a carico dell'esiliato, ovvero se la cittadinanza romana si perdesse solo al momento dell'acquisto di un'altra cittadinanza straniera. Sulla scorta di Cic., *pro Caec.* 34.100 e *de domo* 29.78, i seguenti studiosi negano che l'esiliato perdesse automaticamente la cittadinanza: TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, III, Leipzig 1887, 48-52; V. DE VILLA, *Exilium perpetuum* cit., 297 ss.; G. CRIFÒ, *Ricerche sull'exilium* cit., 14 ss.; ID., *Il dilectus del 216 a.C. e l'editto di M. Iunius Pera*, in *Synthese V. Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 387-395; ID., *L'esclusione dalla città* cit., 19 ss.; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 59 ss.; M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 65. Viceversa B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei 'deportati in insulam'*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, VII, Napoli 2001, 176 nt. 5, attribuisce all'esilio l'effetto dell'immediata perdita della cittadinanza romana e ricorda che la regola per la quale non si possono cumulare due cittadinanze era ormai dimenticata ai tempi di Cicerone e di Cornelio Nepote, e adduce D. 50.7.18 (Pomp. 37 *ad Quint. Muc.*) a sostegno della tesi secondo la quale il cittadino romano poteva essere privato anche contro la propria volontà della cittadinanza romana; in senso adesivo vd. M. RAVIZZA, *Sui rapporti tra matrimonio e 'deportatio' in età imperiale*, in *RDR* 14, 2014.

⁹¹ In base alla ricostruzione di G. CRIFÒ, *Exilica causa* cit., 427 s., il plebiscito di *iustum exilium* nel caso di M. Postumio Pirgense avrebbe avuto l'effetto non certo di rendere *homo sacer* l'esiliato, ma si sarebbe trattato piuttosto di una presa d'atto della perdita della sua cittadinanza. Più in generale ID., *Ricerche sull'exilium* cit., 183, ricostruisce il plebiscito di *iustum exilium* come un atto che non aveva funzione di irrogare una pena, ma di certificare che l'esule si era servito dell'esilio in modo conforme al diritto e per sottrarsi al giudizio del popolo.

⁹² Secondo B. SANTALUCIA, *Sacertà e processi rivoluzionari plebei* cit., in *Altri studi di diritto penale romano* cit., 151 nt. 53, il caso di M. Postumio Pirgense testimonia la procedura della *publicatio bonorum*, ossia della confisca dei beni dei condannati, che avveniva con una delibera dell'assemblea centuriata. L'episodio è indagato sotto il profilo della confisca dei beni da F. SALERNO, *Dalla 'consecratio' alla 'publicatio bonorum'*, Napoli 1990, 112 s. Contro l'idea largamente dominante in dottrina, secondo la quale la

et ignis interdictio,⁹³ di competenza dei magistrati patrizi,⁹⁴ per la prima volta attestata in collegamento al processo criminale⁹⁵ e, secondo l'interpretazione maggioritaria, volta ad impedire il ritorno in patria dell'interdetto, perché egli sarebbe stato colpito dalla pena di morte se avesse usato in territorio romano gli elementi minimi necessari alla sopravvivenza,⁹⁶ ossia l'acqua e il fuoco (oltre al riparo di un tetto).⁹⁷

L'episodio di M. Postumio Pirgense assume particolare rilevanza anche per la sua capacità di fungere da spartiacque rispetto al precedente trattamento degli imputati assenti nel processo comiziale. Infatti, si è trattato del primo caso di aggiramento del principio della condanna dell'imputato assente, in virtù della considerazione del medesimo in stato di esilio.

Non può essere casuale che per il periodo successivo al 212 a.C. non sono più attestate notizie di condanne contro imputati assenti nei processi comiziali capitali ma, come nel

confisca dei beni sarebbe una necessaria ed automatica conseguenza dell'esilio, almeno per tutta l'età repubblicana, vd. M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 67 ss.

⁹³ Secondo la ricostruzione tradizionale (ad es. sostenuta da: TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 73; V. DEVILLA, *Aqua et igni interdictio* cit., 23 ss.; R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment in Ancient Rome* cit., 26 ss.; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 39), l'*interdictio* avrebbe impedito all'interdetto il ritorno in patria e avrebbe determinato la perdita sia della cittadinanza, sia della protezione giuridica dentro Roma, permettendo a chiunque di metterlo a morte impunemente. Condivide l'idea che l'*interdictio* avrebbe comportato la perdita della cittadinanza, ma solo a partire dall'età classica, G. CRIFÒ, *L'esclusione dalla città* cit., 24, il quale invece (31 ss.) contesta che l'*interdictus* possa essere considerato alla stregua di un *homo sacer*, proprio perché non si potrebbe dichiarare tale uno straniero o un soggetto che ha ormai perso la cittadinanza romana. Quanto all'età repubblicana, G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 265 ss. e 288 ss., segnala che l'*interdictio*, come anche l'esilio, non avrebbe comportato alcuna perdita della cittadinanza. Ricordiamo la diversa ricostruzione dell'istituto fornita da C. GIOFFREDI, *L'«aqua et igni interdictio»* cit., 426 ss.; ID., *Ancora su l'aqua et igni interdictio* cit., 191 ss., tratteggiata *supra* in nt. 8, secondo il quale l'*interdictio* non serviva ad impedire il ritorno dell'esule, ma a rendere effettivo un esilio non conosciuto né comunicato ai comizi, con la conseguenza che l'interdetto tornato a Roma non sarebbe stato sornito di tutela, né chiunque avrebbe potuto metterlo a morte impunemente.

⁹⁴ La competenza all'irrogazione dell'*aquae et ignis interdictio* da parte di magistrati *cum imperio* si desume da App., *bell. civ.* 1.31 e dal senato consulto *de Cn. Pisone patre* ll. 120-123, fonti citate da D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 589 s. nt. 113. Né crediamo che il caso di M. Postumio Pirgense possa fornire alcun appiglio testuale a favore della tesi secondo la quale sarebbe stato il concilio della plebe ad irrogare l'*aquae et ignis interdictio*: C. VENTURINI, *Il civis tardo repubblicano tra quaestiones e iudicia populi*, in *Processo penale* cit., 314. Invero in Liv. 25.4.9 troviamo solo una manifestazione di gradimento (*placere*) espressa dal concilio della plebe a favore dell'irrogazione della misura dell'*interdictio* a M. Postumio Pirgense e non una diretta adozione della misura da parte del medesimo consesso. Un corretto inquadramento di quest'ultima questione in E. HUSCHKE, *Die multa un das sacramentum* cit., 237 nt. 306.

⁹⁵ Specialmente, H. SIBER, *Analogie* cit., 62 e R.A. BAUMAN, *Crime and Punishment* cit., 12, individuano proprio nel caso di M. Postumio Pirgense l'atto di nascita del collegamento tra *aquae et ignis interdictio* e sentenza penale di condanna a morte. Similmente, M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 67, individua la genesi dell'*interdictio* proprio nel III secolo a.C. Diversamente, E. LEVY, *Rec. a E. LEVY, Die römische Kapitalstrafe*, in ZSS, 51, 1931, 570, ritiene che l'istituto della *interdictio* rimonti all'inizio della *libera res publica*. Ancora G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 168 ss., adduce fonti che paiono collocare l'*interdictio* in età arcaica, sebbene in questa età risalente l'*interdictio* avrebbe assunto la forma di una *sacratio* (o *execratio*) atti in virtù dei quali l'interdetto (171) poteva essere messo a morte impunemente da qualunque appartenente alla comunità, ossia la reale destinataria del provvedimento.

⁹⁶ Cfr. *supra* ntt. 6 e 8.

⁹⁷ Secondo la denominazione completa riferita dalle fonti citate dalla letteratura indicata *supra* nt. 6.

caso di Cn. Fulvio Flacco di cui ci occuperemo nel paragrafo seguente, all'imputato assente sarebbero state irrogate misure sostitutive della condanna capitale, proprio perché (considerato) in esilio.

Tuttavia, questo trattamento di favore nei confronti dell'imputato assente – al quale veniva concesso l'esilio come attesta Polibio fino a un momento prima dell'ultimo voto che avrebbe sancito la sua condanna⁹⁸ – non derogava il principio della condannabilità dell'imputato assente. Solo così ragionando è possibile spiegare – a nostro avviso – sia il principio di condanna dell'assente che parallelamente ai processi comiziali valeva in età repubblicana anche per le *quaestiones publicae*;⁹⁹ sia l'esistenza di fonti, delle quali appresso ci occuperemo,¹⁰⁰ le quali contengono giudizi di biasimo nei confronti di condanne contro assenti in età repubblicana: ma esse non possono essere addotte a dimostrazione della necessaria presenza dell'imputato quale condizione di procedibilità del processo comiziale. Si tratta, piuttosto, di fonti capaci di testimoniare che le condanne contro imputati assenti, a partire dal III secolo a.C., venivano avvertite come odiose e inopportune, perché privavano l'assente del suo diritto di difesa, ma non per questo illegittime.

Così ragionando, anche la riflessione di Polibio più volte richiamata assume ancor maggiore pregnanza: il costume dei romani di concedere la via dell'esilio per evitare l'irrogazione di una condanna capitale era da considerare tanto più degno di lode, in ragione del fatto che esso conviveva con la presunzione di colpevolezza dell'imputato assente.

In conclusione, il processo capitale condotto nei confronti di M. Postumio Pirgense fornisce la prima testimonianza di un mutato atteggiamento nei confronti dell'imputato assente in un processo comiziale. Una volta qualificato l'esilio dell'imputato come *iustum exilium* da parte del concilio della plebe, il processo sarebbe stato interrotto ed egli sarebbe stato destinatario di misure alternative alla condanna, come la confisca dei beni e l'*aquae et ignis interdictio*. Si trattava di un atteggiamento garantista nei confronti dell'imputato assente, volto ad eludere il principio della condanna in assenza che non era stato abrogato, ma che non sarebbe più stato applicato nei processi comiziali capitali.

3.5. Il processo nei confronti di Cn. Fulvio Flacco.

Un conferma alla nostra ricostruzione proviene dal processo nei confronti di Cn. Fulvio Flacco del 211 a.C.,¹⁰¹ di un solo anno successivo all'episodio di M. Postumio Pirgense.

Accusato di *perduellio* innanzi al comizio centuriato per la fuga dal campo di battaglia in occasione della sconfitta di Canne,¹⁰² l'ex pretore Cn. Fulvio Flacco avanzò al comizio la

⁹⁸ *Supra*, nt. 59.

⁹⁹ *Infra*, § 4.

¹⁰⁰ *Infra*, § 4.1.

¹⁰¹ Sulla datazione del processo vd.: A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time*, 329 s.; O. LICANDRO, *In magistratu damnari* cit., 156 nt. 51 sub i). Recentemente C. PELLOSO, *Provocatio ad populum e poteri magistratuali* cit., 257 nt. 80, ritiene che nei confronti di Gneo Fulvio Flacco venne incardinato un processo politico multaticio innanzi alla plebe, poi convertito durante la fase dibattimentale, su iniziativa del tribuno Sempronio, in un processo popolare con accusa di *crimen perduellionis*.

¹⁰² È lo stesso Livio a legare la storia del processo a carico di Cn. Fulvio alla pesante sconfitta subita dai romani a Canne. Tuttavia, vi è stata non poca incertezza in dottrina circa l'individuazione esatta delle accuse mosse a Cn. Fulvio. Ad esempio R.A. BAUMAN, *The Crimen Maiestatis in the Roman Republic and Augustan Principate*, Johannesburg 1967, 30, ritiene che Cn. Fulvio Flacco venne incriminato per la sconfitta contro Annibale a Erdonea. Invero, ci pare che G. DE SANCTIS, *Storia dei Romani*. III. *L'età delle*

richiesta che a patrocinare la sua causa fosse il fratello Q. Fulvio, un personaggio allora molto in vista a Roma per le imprese compiute a Capua.¹⁰³ Tuttavia, il senato ritenne che non fosse vantaggioso per la repubblica che Q. Fulvio abbandonasse Capua e rigettò la richiesta.¹⁰⁴

A questo punto, prima dell'inizio del processo innanzi ai comizi, Cn. Fulvio decise di andare in esilio a Tarquinia e il concilio della plebe qualificò il suo esilio come un *iustum exilium*:

Liv. 26.3.12: *Postquam dies comitiorum aderat, Cn. Fulvius exulatum Tarquinius abiit. id ei iustum exilium esse sciuit plebs.*¹⁰⁵

Anche nel caso di Cn. Fulvio Flacco¹⁰⁶ l'esilio impedisce la celebrazione del processo e l'irrogazione della condanna capitale;¹⁰⁷ l'esiliato si giova della sottrazione alla repressione

guerre puniche, II, Firenze 1968², 459 nt. 28 [445 nt. 28], abbia dimostrato l'impossibilità di legare il processo di *perduellio* nei confronti di Cn. Fulvio alla disfatta di Erdonea, sebbene l'autore ammetta la confusione creata dall'annalistica romana sui veri motivi del processo. Sul punto vd. ancora J. BLEICKEN, *Das Volkstribunat der klassischen Republik*, München 1955, 136 s., il quale anticipa l'episodio al 211 a.C.

¹⁰³ Liv. 26.3.10: *Inde alia spes ab reo temptata est, si adesse in iudicio Q. Fulvius frater posset, florens tum et fama rerum gestarum et propinqua spe Capuae potiundae.*

¹⁰⁴ Liv. 26.3.11: *Id cum per litteras miserabiliter pro fratrī capite scriptas petisset Fulvius negassentque patres e re publica esse abscedi a Capua.*

¹⁰⁵ Sono fonti minori che informano dell'episodio due passi di Valerio Massimo, nessuno dei quali, tuttavia, può essere fededegno. Val. Max. 2.8.3 attesta che Cn. Fulvio venne processato innanzi ad una *quaestio publica* e venne multato con l'esilio. Qui è evidente l'imprecisione del testo, innanzi tutto nel punto in cui presenta il processo svolto secondo il rito delle *quaestiones publicae* che ancora nel 211 a.C. non era conosciuto a Roma, se si accetta l'opinione largamente dominante secondo la quale la prima *quaestio publica*, sebbene non permanente, venne creata nel 149 dalla *lex Calpurnia de repetundis*. Inoltre, non è giuridicamente ammissibile neppure la multa all'esilio, sia perché le multe erano pecuniarie, sia perché l'esilio venne configurato come pena legale solo a partire dalla *lex Tullia de ambitu* del 63 a.C. (*supra*, nt. 44). L'altro passo è Val. Max. 8.4.3, in cui si narra di una condanna subita da Cn. Fulvio Flacco, nonostante la mancata confessione del suo schiavo Filippo: ma nessun elemento è capace di ricondurre questa notizia proprio al processo del 211 a.C.

¹⁰⁶ B. SANTALUCIA, *La repressione penale e le garanzie del cittadino [in età repubblicana]*, in A. MOMIGLIANO, A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, II. *L'impero mediterraneo*, 1. *La repubblica imperiale*, Torino 1990, 535 ss. (= *Altri studi di diritto penale romano* cit., 40 nt. 10, paginazione che abbiamo seguito), ricorda il caso di Cn. Fulvio Flacco quale esempio di abbandono della città da parte dell'imputato in attesa di giudizio, comportamento che lo sottraeva alla repressione criminale, perché in virtù di una antica regola consuetudinaria, il volontario esilio – intervenuto prima che l'assemblea avesse pronunciato la sentenza – consentiva di evitare la pena. All'abbandono della città seguiva l'*aquae et ignis interdictio*, in forza della quale l'esule veniva privato di tutti i suoi beni ed escluso dalla comunità cittadina. Sul processo nei confronti di Cn. Fulvio Flacco vd. ancora: G.W. BOTSFORD, *The Roman Assemblies* cit., 249 s., il quale giustamente nota come l'accusato evitò il processo andando in esilio; G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 189-191, ad avviso del quale la mancata proposta di *interdictio* in questo caso sarebbe da riportare ad un presunto contrasto tra i tribuni della plebe ed il popolo (ma sul punto vd. la nota seguente); B. SANTALUCIA, *I tribuni e le centurie* cit., 56; G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 177 s.

¹⁰⁷ Le nostre conclusioni divergono dal risultato al quale perviene G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 75 ss., secondo il cui parere il plebiscito di *iustum exilium* non era un impedimento alla condanna in assenza, piuttosto esso sarebbe servito a legalizzare l'assenza e a rendere possibile una condanna *in absentia*, a causa del fatto che l'imputato aveva rifiutato di valersi del diritto di difendersi in giudizio.

criminale a Roma. Nei suoi confronti la plebe emette il plebiscito di *iustum exilium* e, se anche la fonte non lo dice espressamente, è lecito credere che questo atto di competenza plebea, fu prodromico all'adozione delle misure sostitutive della condanna capitale, prima fra tutte l'*aquae et ignis interdictio* che, sebbene non menzionata, è lecito credere che venne adottata.¹⁰⁸

Gli episodi trattati negli ultimi due paragrafi¹⁰⁹ dimostrano che l'esilio, evolutosi da una semplice prassi ad un vero e proprio *ius (exilii)* nel corso del III secolo a.C., ha inciso sul trattamento dell'imputato assente nel processo criminale comiziale.¹¹⁰

L'assenza dell'imputato qualificata *exilica causa* – anche se avvertita quale implicita ammissione di colpevolezza – avrebbe determinato l'interruzione del processo comiziale capitale e la irrogazione di misure sostitutive della condanna. A cominciare dal plebiscito di *iustum exilium* che, certificando la posizione dell'esule come conforme al diritto, avrebbe posto l'imputato in una condizione giuridica separata da quella di tutti gli altri *cives* e, per quello che a noi interessa, avrebbe interrotto la repressione criminale nei suoi confronti. L'*aquae et ignis interdictio*, inoltre, 'impedendo' il ritorno dell'esule in patria avrebbe garantito per sempre, a meno di successiva *excusatio*,¹¹¹ l'allontanamento del reo dalla comunità.

Ciò non vuol dire, tuttavia, che il principio della condanna dell'assente sia stato superato, ma solo che esso non risulta essere stato più applicato dopo il III secolo a.C.; e proprio questa speciale garanzia per i *cives* romani, che avrebbero potuto servirsi dell'esilio per sottrarsi ad una condanna ancora da irrogare (ma anche già irrogata) avrebbe attirato l'attenzione di Polibio. Lo storico l'avrebbe sottolineata, proprio perché si trattava di una garanzia di aver salva la vita di cui ogni *civis* si sarebbe giovato, anche se assente in processo, e nonostante l'assenza fosse ancora in età repubblicana equiparata ad una implicita ammissione di colpevolezza.

Così ragionando possiamo meglio spiegare come mai nel concomitante processo *per quaestiones* di età repubblicana vigesse il principio della condanna dell'imputato assente (a meno che il presidente della *quaestio* non autorizzasse l'esilio)¹¹² parallelamente a quanto accadeva nel processo comiziale.

Seguendo il nostro ragionamento alla luce della chiave di lettura proposta, si possono giustificare due fonti che a torto sono state addotte per sostenere che l'imputato assente non potesse essere condannato nei processi criminali di età repubblicana: al contrario, noi siamo convinti che l'assenza dell'imputato non impediva affatto la condanna solo che, garantendo il *ius exilii* ad ogni *civis* di evitare l'esecuzione di una sentenza di condanna capi-

¹⁰⁸ In questo senso vd. M.V. LEDNEVA, *La confisca dei beni* cit., 75 e E.L. GRASMÜCK, *Exilium* cit., 90 ss. Similmente, crediamo che pensi all'irrogazione della misura della *interdictio* A.H.J. GREENIDGE, *The Legal Procedure of Cicero's Time* cit., 330, quando scrive che oltre al plebiscito di *iustum exilium* dovette essere anche adottata l'accusa formale di 'fuori legge' a carico di Cn. Fulvio.

¹⁰⁹ Correttamente, a nostro avviso, secondo C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 107 s. nt. 5, i processi ai danni di M. Postumio Pirgense e Cn. Fulvio Flacco sono accomunati dal profilo dell'interruzione causata dall'esilio dell'imputato.

¹¹⁰ Il profilo del passaggio dall'*exilium* al *ius exilii* è specificamente indagato da G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 118 ss.; ID., *L'esclusione dalla città* cit., 17 ss.

¹¹¹ TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 71 s. nt. 2.

¹¹² G. CRIFÒ, *L'esclusione dalla città* cit., 22 ss., ricorda che il presidente della *quaestio* poteva consentire o meno al condannato di andare in esilio, a seconda anche che fosse un cittadino di una certa rinomanza o condizione sociale.

tale, la condanna di un assente cominciò ad essere avvertita come odiosa e deprecabile, sebbene pur sempre lecita.

4. LA CONDANNA DELL'ASSENTE NEL PROCESSO *PER QUAESTIONES*.

Il principio della condanna dell'imputato assente è ampiamente attestato dalle fonti in materia di *iudicia publica legitima*. A tal proposito, prima di analizzarle, giova segnalare che la dottrina romanistica ha evidenziato sotto il punto di vista procedurale la compatibilità della procedura *per quaestiones* con l'assenza dell'imputato.

Prendiamo le mosse da un rilievo di Carlo Venturini il quale, in occasione del commento della linea 19 della *lex Acilia repetundarum* ha segnalato che l'assenza dell'imputato non avrebbe impedito la regolare instaurazione del processo: inverò, la procedura descritta nella legge della *Tabula Bembina* poteva svilupparsi a prescindere da ogni comportamento attivo da parte dell'imputato.¹¹³

È stato, in seguito, merito di Dario Mantovani¹¹⁴ avere portato all'attenzione della comunità scientifica un passo di Plutarco,¹¹⁵ relativo agli atti introduttivi del processo nelle *quaestiones* in età graccana. Orbene, con specifico riferimento alle modalità di citazione dell'imputato, secondo le condivisibili conclusioni dello studioso, il passo attesta che, una volta emesso l'ordine di comparire in un dato giorno, si procedeva all'appello nominativo e, in caso di mancata risposta dell'accusato, si disponeva un rinvio verosimilmente al giorno d'udienza immediatamente successivo. All'alba di quel giorno, il trombettiere si sarebbe recato davanti alla porta dell'imputato per chiamarlo in giudizio e, in caso di mancata risposta all'invito a comparire da parte dell'accusato, i giudici avrebbero potuto emettere il loro verdetto in assenza dell'imputato.

Si deve a Mariangela Ravizza, infine, l'aver dimostrato la piena legittimità della *nominis receptio in absentia rei* nei *iudicia publica legitima*,¹¹⁶ per i quali valeva solo un divieto di

¹¹³ *Lex fortasse Acilia repetundarum* 19 [FIRA, 89 s.]: *in ius educto nomenque eius deferto; sei deiuraue-rit calumniae causa non po[stulare, is praetor nomen recipito facitoque*. Non abbiamo riscontrato variazioni significative (a parte la sostituzione di *iudex* con *praetor*) nella recente edizione critica di M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, I, London 1996, 67. Sulla fonte vd., per tutti, C. VENTURINI, *Studi sul «crimen repetundarum»* cit., 136, il quale sottolinea che dal testo si arguisce come l'*in ius eductio* non consistesse nel dovere dell'accusatore di presentare materialmente l'accusato innanzi al pretore. Del resto, la presenza dell'imputato non era indispensabile alla instaurazione del processo; in assenza dell'imputato avrebbe avuto luogo la *nominis receptio* e l'accusato non avrebbe concorso con l'accusatore nella scelta del collegio giudicante. La l. 19 della *lex Acilia* è inoltre presa in esame da B. SANTALUCIA, *Nominis delatio e interrogatio legibus: un'ipotesi*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides humanitas ius. Studii in onore di L. Labruna*, Napoli 2007, 4491-5005 (= *Altri studi di diritto penale romano* cit., 229 s., paginazione che abbiamo seguito), sotto il profilo dei rapporti tra *in ius eductio* e *nominis delatio*, la prima finalizzata al compimento della seconda.

¹¹⁴ D. MANTOVANI, *Caio Gracco e i ΔΙΚΑΣΤΑΙ di Plut. C. Gr. 3.7* cit., 25 ss.

¹¹⁵ Plut., *C. Gr.* (24).3.7: Καίτοι πάτριόν ἐστιν ἡμῖν, εἴ τις ἔχων δίκην θανατικὴν μὴ ὑπακούει, τούτου πρὸς τὰς θύρας ἔωθεν ἐλθόντα σαλπικτὴν ἀνακαλεῖσθαι τῇ σάλπιγγι, καὶ μὴ πρότερον ἐπιφέρειν ψῆφον αὐτῷ τοὺς δικιστάς. Οὕτως εὐλαβεῖς καὶ πεφυλαγμένοι περὶ τὰς κρίσεις ἦσαν. Di seguito la traduzione di Gabriele Marasco per i *Classici Greci, Vite di Plutarco*, 5, Utet, Torino 1994, 937: Eppure è nostra usanza tradizionale che, se qualcuno è accusato di un delitto capitale e non compare in tribunale, un trombettiere, recatosi fin dall'alba alla sua porta, lo chiami con la tromba e che i giudici non possano pronunciare prima la sentenza. A tal punto i nostri antenati erano prudenti e cauti nei giudizi!

¹¹⁶ M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei* cit., 77-86 e specialmente 84. La ammissibilità della

inscriptio inter reos degli assenti *rei publicae causa*, secondo il disposto di una *lex Memmia de absentibus* – la cui portata generale, peraltro, è stata messa in dubbio con fondati argomenti da parte della stessa studiosa¹¹⁷ – e ai sensi del capitolo settimo della *lex Iulia de adulteriis*, secondo una testimonianza di Ulpiano.¹¹⁸

Del resto, alla luce dei risultati appena riferiti cui è pervenuta la dottrina romanistica, deve essere corretta la tesi di Wolfgang Kunkel,¹¹⁹ secondo il quale la mancata sottoposizione dell'accusato all'*interrogatio legibus* avrebbe impedito la *nominis receptio*. Piuttosto, appurato che la *nominis receptio* poteva legittimamente essere disposta anche *in absentia rei*, occorre credere che la posizione dell'accusato assente all'*interrogatio* fosse identica a quella dell'accusato che non contestava la verità dei fatti addebitatigli: in entrambi i casi egli sarebbe stato considerato colpevole.¹²⁰

Sulla base riflessioni appena svolte, non possono stupire i numerosi casi di processi condotti secondo il rito delle *quaestiones* anche nei confronti di assenti e conclusi con una loro condanna.¹²¹

persecuzione dell'assente nel sistema delle *quaestiones* è sostenuta da: B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 172 nt. 229; D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 586.

¹¹⁷ M. RAVIZZA, *Sulla pretesa «lex Memmia de absentibus»*, in Labeo 47, 2001, 185-208, secondo la quale la *lex Memmia* avrebbe previsto un esonero dal processo a favore degli assenti per ragioni di stato solo per la *quaestio de incestu* che essa istituiva. Della *lex Memmia de absentibus* informa Val. Max. 3.7.9, passo oggetto di esame da parte di: G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani* cit., 321, il quale contrassegna la detta legge con un eloquente punto interrogativo; E.S. GRUEN, *The last generation of Roman Republic*, Oxford 1974 (rist.1995) 292 nt. 123; B. SANTALUCIA, *Ancora in tema di nominis delatio*, in Labeo 44, 1998, 462 ss, (= *Altri studi di diritto penale romano* cit., 224 s.); O. LICANDRO, *In magistratu damnari* cit., 282-306.

¹¹⁸ D. 48.5.16(15).1-2 (Ulp. 2 *de adult.*): *Legis Iuliae de adulteriis capite septimo ita cavetur: NE QUIS INTER REOS REFERAT EUM, QUI TUM SINE DETRACTATIONE REI PUBLICAE CAUSA ABERIT, neque enim aequum visum est, absentem rei publicae causa inter reos referri, dum rei publicae operatur. 2. Necessario adiicitur: sine detractatione; ceterum si quis evitandi criminis id egit, ut rei publicae causa abesset, nihil illi commentum hoc proficiat*. Quel che è certo è che in età classica si generalizzò il divieto di persecuzione criminale nei confronti degli assenti *rei publicae causa*, come prova un passo di Venuleio Saturnino nel quale si esclude che un magistrato assente per ragioni di stato possa essere messo sotto accusa: D. 48.2.12 pr. (Ven. 2 *de iud. pub.*): *item magistratum populi Romani eumve, qui rei publicae causa afuerit, dum non detractandae legis causa abest*.

¹¹⁹ W. KUNKEL, v. '*Quaestio*' cit., 756 ss.

¹²⁰ Per la soccombenza dell'accusato che, sottoposto ad *interrogatio legibus*, non avesse contestato gli addebiti, vd. B. SANTALUCIA, *Le formalità introduttive del processo per quaestiones tardo-repubblicane*, in *La repressione criminale* cit., 104, con specifico riferimento al *crimen repetundarum*.

¹²¹ Liv. 29.36.11 riferisce di una *quaestio ex senatus consulto* conclusasi con la condanna di alcuni assenti, una volta assunte le prova della loro colpevolezza. Similmente, anche in occasione della celebre *quaestio de Bacchanalibus* del 186 a.C., di cui informa Liv. 39.17.1-2, si dispose da parte del console incaricato di *quaerere extra ordinem* che coloro i quali si fossero resi irreperibili e non avessero risposto alla citazione sarebbero stati condannati da assenti. Ps. Asc., *In Mil.* 54 [STANGL, 45.17-18] attesta che Milone *reus ambitus ... absens damnatus est*. Milone sarebbe stato condannato in seguito da assente anche innanzi alla *quaestio de vi*, cfr. O. LICANDRO, *In magistratu damnari* cit., 306 nt. 137. Dio Cass. 37.41 riferisce dei processi *per quaestiones* celebrati nei confronti dei seguaci di Catilina che si conclusero con la condanna tanto dei presenti quanto degli assenti. Ancora ai tempi di Augusto si segnala un temperamento che presuppone proprio il principio della condannabilità degli assenti nei *iudicia publica legitima*: Dio Cass. 54.3-6 testimonia una legge voluta da Augusto, e votata nel 22 a.C., che aboliva il voto segreto nei processi a carico di assenti e imponeva che costoro fossero condannati all'unanimità dai giudici. Sempre

Tra essi, assume un particolare rilievo ai nostri fini il processo provinciale ai danni di Stenio, del quale Cicerone fornisce un dettagliato resoconto nelle Verrine.¹²²

Già condannato in precedenza da assente ad una pena pecuniaria,¹²³ Stenio venne anche accusato di un crimine capitale da un tale Pacilio, che aveva accettato l'invito di Verre, il quale aveva promesso che avrebbe effettuato la *nominis receptio* anche in assenza dell'accusato.¹²⁴ Effettuata la *nominis receptio in absentia rei* e invitato Stenio a comparire¹²⁵ Verre, nonostante l'assenza sia dell'accusatore sia dell'accusato (Stenio appunto), non ha difficoltà a pronunciare una sentenza di condanna: Cic., *In Verr.* 2.2.40.99: *Itaque fecit ut exitus principis simillimus reperiretur: quem absentem reum fecerat, eum absente accusatore condemnat.*

A questo punto Cicerone osserva che se Verre si fosse difeso di fronte all'ipotetica accusa di avere condannato un assente dicendo che in provincia nessuna legge vieta la *receptio nominis inter reos* di un assente, la sua sarebbe stata una difesa *mala et improba*, ma pur sempre una difesa, diremmo legittima sul piano giuridico:

Cic., *In Verr.* 2.2.41.101: *Nam si ita defenderet, «Recipi nomen absentis licet; hoc fieri in provincia nulla lex vetat», mala et improba defensione, verum aliqua tamen uti videretur.*

Ci pare¹²⁶ che anche l'episodio di Stenio possa concorrere a dimostrare, sebbene con specifico riferimento all'ambito provinciale, che l'incriminazione e la condanna contro gli

con riferimento ad Augusto, apprendiamo da Suet., *Aug.* 10 che egli decise di perseguire gli uccisori di Bruto e Cassio, anche se costoro si erano dati alla fuga (*reosque caedis absentis deferre statuit*). Infine, la *lex Pedia* del 43 a.C., come apprendiamo da diverse fonti (Plut., *Brut.* 27.4; Dio Cass. 46.48.2-3; App., *bell. civ.* 3.14.95), dispose la condanna dei cesaricidi anche se assenti.

¹²² Nei paragrafi compresi tra Cic., *In Verr.* 2.2.35.86 e 2.2.47.118. Un dettagliato resoconto di questo processo in: E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* cit., 65 nt. 1; M.G. BIANCHINI, *Le formalità costitutive del rapporto processuale nel sistema accusatorio romano*, Milano 1964, 37 ss.; L. MAGGIO, *Processo criminale e giudici locali nella Sicilia dell'età ciceroniana*, in Labeo 39, 1993, 247 ss.; M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei* cit., 79 ss.

¹²³ Cic., *In Verr.* 2.2.38.93: *Itaque tantum verbo posuit, Sacerdote praetore Sthenium litteras publicas corrupisse. Vix ille hoc dixerat cum iste pronuntiat STHENIUM LITTERAS PUBLICAS CORRUPISSE VIDERI; et hoc praeterea addit homo Venerius novo modo nullo exemplo, OB FAM REM HS D VENERI ERYCINAE DE STHENI BONIS SE EXACTURUM, bonaque eius statim coepit vendere; et vendidisset, si tantulum morae fuisset quo minus ei pecunia illa numeraretur.*

¹²⁴ Cic., *In Verr.* 2.2.38.94: *Ea posteaquam numerata est, contentus hac iniquitate iste non fuit; palam de sella ac tribunali pronuntiat, Si QUIS ABSENTEM STHENIUM REI CAPITALIS REUM FACERE VELLE, SESE EIUS NOMEN RECEPTURUM, et simul ut ad causam accederet nomenque deferret, Agathinum, novum adfinem atque hospitem, coepit hortari. Tum ille clare omnibus audientibus se id non esse facturum, neque se usque eo Sthenio esse inimicum ut eum rei capitalis adfinem esse diceret. Hic tum repente Pacilius quidam, homo egens et levis, accedit; ait, si liceret, absentis nomen deferre se velle. Iste vero et licere et fieri solere, et se recepturum; itaque deferretur; edicit statim ut Kalendis Decembribus adsit Sthenius Syracusis.*

¹²⁵ Cic., *In Verr.* 2.2.40.97: *... mane Kalendis Decembribus, ut edixerat, Sthenium citari iubet.* Anche la richiesta avanzata dalle comunità siciliane per mezzo dei consoli al senato affinché si vietasse in provincia la *nominis receptio in absentia rei* per delitti capitali dimostra che in provincia era possibile iscrivere nella lista degli accusati anche gli assenti: Cic., *In Verr.* 2.2.42.103: *Dicit praeterea testimonium tota Sicilia, quae in communibus postulatis civitatum omnium consulibus edidit, rogare atque orare patres conscriptos ut statuerent ne absentium nomina recipiantur.*

¹²⁶ Insieme con: M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* cit., 56 nt. 12; G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium»* cit., 179 nt. 190; M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei* cit., 85 s.

imputati assenti in età repubblicana era pienamente legittima sul piano giuridico, ma biasimevole e deprecabile sotto quello morale, specie nel caso dei provinciali i quali, a differenza dei *cives*, non avevano la possibilità di sfuggire alla condanna andando in esilio.¹²⁷

4.1. Né Cic., *de domo* 29.77 e 33.88, né Cic., *Phil.* 2.23.56 possono dimostrare che la presenza dell'imputato occorresse alla celebrazione dei processi criminali in età repubblicana.

Alla luce del quadro appena delineato, non crediamo che due passi di Cicerone si possano addurre per dimostrare che la presenza dell'imputato fosse necessaria ai fini della instaurazione del processo *per quaestiones*.¹²⁸

Cominciamo da due passaggi dalla *de domo sua ad pontifices oratio*,¹²⁹ dai quali si è desunto che il celebre esilio di Cicerone, avvenuto nel marzo del 58 a.C.,¹³⁰ sarebbe stato volto ad impedire, in virtù dell'assenza dell'imputato, l'instaurazione di un processo criminale, legittimato dalla *lex Clodia de capite civis*¹³¹ oggetto di imminente approvazione da parte dei comizi:

Cic., *de domo* 29.77: *Esto, non fuit in me poena ulla peccati; at fuit iudicii. Cuius? quis me unquam ulla lege interrogavit? quis postulavit? quis diem dixit? Potest igitur damnati poenam sustinere indemnatus?* rell.

Cic., *de domo* 33.88: *Nunc vero cum me in iudicium populi nemo omnium vocarit, condemnari non potuerim qui accusatus non sim* rell.

¹²⁷ Sotto questo profilo vd. M. RAVIZZA, *Nominis receptio in absentia rei*, 84. Sulla possibilità nelle *quaestiones* di esercitare l'esilio da parte dei cittadini vd. *supra* nt. 112.

¹²⁸ Secondo E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* cit., 77 e nt. 6, le testimonianze che conservano il ricordo di processi intentati contro assenti sarebbero da considerare eccezioni rispetto ad una pratica normale. G.P. KELLY, *A History of Exile* cit., 238, sostiene che non venne celebrato alcun processo contro Cicerone proprio a causa della sua assenza dovuta all'esilio volontario. Pur senza citare i nostri passi anche F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano* cit., 98, sostiene l'esistenza di un principio caratteristico dell'età repubblicana che vietava di procedere contro gli assenti.

¹²⁹ Pronunciata innanzi al collegio dei pontefici il 29 o 30 settembre del 57 a.C. subito dopo il ritorno di Cicerone dall'esilio. Si tratta di un discorso volto a gettare discredito sull'operato e sulla persona di Publio Clodio, che era riuscito a fare bandire Cicerone da Roma e aveva saccheggiato la sua casa sul Palatino; inoltre, per impedire che l'oratore ne tornasse in possesso, Clodio aveva fatto consacrare il suolo su cui sorgeva l'abitazione erigendovi un tempio dedicato alla dea *Libertas*. Cicerone si trova allora costretto a perorare la sua causa innanzi al collegio dei pontefici, i giudici delle controversie di contenuto religioso.

¹³⁰ Sull'esilio di Cicerone, senza pretese di completezza, vd.: C. VENTURINI, *I 'privilegia' da Cicerone ai romanisti*, in SDHI 61, 1990, 156 ss. (= *Processo penale* cit., 239 ss.); ID., *Il civis tardo repubblicano tra quaestiones e iudicia populi* cit., in *Processo penale* cit., 313 ss.; ID., *L'esilio di Cicerone tra diritto e compromesso politico*, in *Studi in onore di A. Metro*, VI, Milano 2010, 427 ss. [= F. PROCCHI, C. TERRENI (a cura di), *Scritti di diritto penale romano*, II, Padova 2015, 833 ss.]; W. STROH, *De Domo Sua. Legal Problem and Structure*, in *Cicero the Advocate*, J. Powell, J. Paterson ed., Oxford 2004, 313-370; B. SANTALUCIA, *Nominis delatio e interrogatio legibus*, in *Altri studi di diritto penale romano* cit., 239.

¹³¹ La quale comminava l'esilio a chiunque avesse messo a morte un cittadino romano senza processo; la legge si sarebbe applicata a Cicerone per la vicenda della condanna dei catilinari, che era stata comminata senza concedere loro la *provocatio ad populum*.

Siamo convinti che dai passi di Cicerone e, più in generale, dal contesto dell'intera orazione, si possa desumere il contrario: Cicerone avrebbe anche sopportato di essere esiliato, ma non per mezzo della *lex Clodia de exilio Ciceronis*, definita un *nefarium privilegium* o una leggina (*versiculis*),¹³² quanto piuttosto a conclusione di un *iudicium*¹³³ che, come ormai sappiamo, nel caso degli esiliati non si sarebbe celebrato e concluso con una condanna alla pena capitale, ma si sarebbe concluso con l'irrogazione dell'*aquae et ignis interdictio*, in seguito alla scelta del condannato di andare in esilio.¹³⁴

Proprio a questa circostanza ci pare si riferisca Cicerone, nel primo dei testi trascritti, con la domanda retorica se sia possibile irrogare ad un non condannato la pena che spetta al condannato; similmente, da entrambi i testi, il primo relativo alle *quaestiones*,¹³⁵ il secondo al *iudicium populi*, Cicerone sottolinea che nessuna citazione è avvenuta nei suoi confronti e, quindi, non essendo stato instaurato alcun processo criminale, nessuna condanna sarebbe potuta intervenire: di conseguenza, l'esilio e la confisca dei beni previsti dalla *lex Clodia de exilio Ciceronis* devono essere considerati illegittimi.

Piuttosto, leggeremmo tra le righe del ragionamento di Cicerone quasi un auspicio all'instaurazione del processo nei suoi confronti, anche se assente da Roma: l'infrazione di un *iustum exilium* e dell'*aquae et ignis interdictio*, come ad ogni esiliato accusato di un crimine capitale, sarebbero almeno state legittime.

Del resto, se fra le cautele a garanzia stabilite dai *maiores* fosse stata presente anche quella che vietava di accusare o condannare gli assenti, crediamo che Cicerone non avrebbe mancato di menzionarla, ed invece questo non accade in uno squarcio dell'orazione dedicato proprio a questo tema.¹³⁶

Il ragionamento di Cicerone, nel contesto del discorso che stiamo sviluppando, risulta coerente e giuridicamente ineccepibile. Inoltre, notiamo che l'episodio dell'esilio di Cicerone potrebbe addirittura essere addotto a sostegno della tesi che in età repubblicana gli imputati assenti potevano essere condannati in virtù di un principio mai abrogato, se si volesse dare credito ad un'altra tradizione, per vero assai malferma, formatasi sull'esilio di Cicerone: secondo quest'altra ricostruzione dei fatti, l'Arpinate sarebbe stato condannato proprio in assenza.¹³⁷

¹³² Cic., *de domo* 17.44: *Vetant leges sacratae, vetant XII tabulae leges privatis hominibus inrogari; id est enim privilegium. Nemo umquam tulit; nihil est crudelius, nihil perniciosius, nihil quod minus haec civitas ferre possit. Proscriptionis miserrimum nomen illud et omnis acerbitas Sullani temporis quid habet quod maxime sit insigne ad memoriam crudelitatis? Opinor poenam in civis Romanos nominatim sine iudicio constitutam. hanc vos igitur, pontifices, iudicio atque auctoritate vestra tribuno plebis potestatem dabit, ut proscribere possit quos velit? Quaero enim quid sit aliud <nisi> proscribere VELITIS IVBEATIS VT M. TVLLIUS IN CIVITATE NE SIT BONAQUE EIVS VT MEA SINT: ita enim re, etsi aliis verbis, tulit. Hoc plebei scitum est? haec lex, haec rogatio est? hoc vos pati potestis, hoc ferre civitas, ut singuli cives singulis versiculis e civitate tollantur?*

¹³³ Il quale avrebbe potuto condurre alla pena dell'esilio, dopo la *lex Tullia de ambitu*, cfr. *supra* nt. 44. L. FANIZZA, *Privilegia ne inroganto. Percorsi tra Cicerone e Ulpiano*, in IAH 7, 2015, 72 s., ha di recente sostenuto che Cicerone sarebbe stato esiliato *sine iudicio*.

¹³⁴ Cic., *de domo* 18.47: *At quid tulit legum scriptor peritus et callidus? VELITIS IVBEATIS VT M. TVLLIO AQVA ET IGNI INTERDICATUR? Crudele, nefarium, ne in sceleratissimo quidem civi sine iudicio ferendum!*

¹³⁵ Rinviando a B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 166 nt. 202 e 168 nt. 207, per il significato assunto in *de domo* 29.77 dei verbi *interrogare* e *postulare* quali sinonimi di *accusare*.

¹³⁶ Cic., *de domo* 17.45: *Nam cum tam moderata iudicia populi sint a maioribus constituta, primum ut ne poena capitis cum pecunia coniungatur, deinde ne improdicta die quis accusetur, ut ter ante magistratus accuset intermissa die quam multam inroget aut iudicet, quarta sit accusatio trinum nundinum producta die, quo die iudicium sit futurum, tum multa etiam ad placandum atque ad misericordiam reis concessa sunt.*

¹³⁷ Le fonti, per vero generiche, che paiono alludere ad una condanna giudiziaria subita da Cicerone sono: Dio Cass. 46.11.3 e Plut., *Cic.* 30.6, testi che potrebbero essere addotti a sostegno di una diversa

4.1.1. L'altro passo al quale accennavamo all'inizio del § 4.1. e che è stato addotto¹³⁸ a sostegno della tesi che la presenza dell'accusato fosse necessaria per instaurare un processo criminale in età repubblicana è:

Cic., *Phil.* 2.23.56: *Restituebat multos calamitosos ... Quam attulisti rationem populo Romano, cur eum restitui oporteret? Absentem, credo, in reos relatum; rem indicta causa iudicatam; nullum fuisse de alea lege iudicium* rell.

Narrando del tribunato di Antonio (§§ 51-61) dell'anno 49 a.C., Cicerone racconta dell'uso distorto del diritto di veto da parte di costui in qualità di tribuno della plebe, e dei numerosi annullamenti di condanne che Antonio aveva disposto.

A questo proposito, si fa riferimento alla condanna *de alea* subita da un certo Licinio Denticola e che Antonio ha fatto annullare sulla base di una motivazione non attinente al capo di imputazione, ossia che si trattava di un uomo onesto e di un bravo cittadino, senza addurre alcuno dei motivi che avrebbero legittimato l'annullamento della condanna in questione. Ora, tra questi motivi compare proprio l'assenza dell'accusato al momento dell'incriminazione (*Absentem, credo, in reos relatum*), considerazione che potrebbe far credere al fatto che l'assenza dell'accusato avrebbe impedito la sua persecuzione e la condanna.

Tuttavia, nel passo noi leggeremmo semplicemente il giudizio di biasimo e riprovazione, simile a quello formulato per il caso di Stenio (§ 4), con cui venivano accompagnate in età repubblicana le condanne contro gli assenti. E allora, una eventuale *restitutio in integrum* di un soggetto condannato da assente, poteva essere motivata facendo ricorso non alla illegittimità della condanna, ma all'inopportunità dovuta al fatto che l'imputato, in quanto assente, non avrebbe potuto esercitare il diritto alla difesa.¹³⁹

5. LA DISCIPLINA DELL'ASSENZA NELLE *COGNITIONES EXTRA ORDINEM* DI PRIMO SECOLO.

All'alba dell'età classica, dunque, il diritto romano conosce il principio della condanna dell'imputato assente nel processo criminale, salva la via dell'esilio che ogni *civis* avrebbe potuto scegliere per evitare l'irrogazione della condanna capitale, e salva l'assenza *rei publicae causa*, ossia una causa impeditiva dell'incriminazione che nell'ultimo secolo della repubblica comincia a farsi strada tra le leggi istitutive di *quaestiones publicae*.

Alla luce di quanto detto, allora, le notizie a nostra disposizione circa l'automatica con-

ricostruzione dei fatti, sulla base della considerazione che nell'orazione *de domo* Cicerone avrebbe anche potuto decidere di presentare i fatti in modo artificioso. Tuttavia, si consideri che il punto che a noi maggiormente interessa, e relativo all'assenza di processo ai danni di Cicerone, viene confermato, anche se dallo stesso protagonista di quei fatti, in: Cic., *pro Sest.* 30.65 e 34.73; *de leg.* 3.17.45. La tradizione per la quale Cicerone subì una condanna in assenza è valorizzata di recente da R. PESARESI, *Studi sul processo penale* cit., 157 s. e nt. 109, secondo il quale il concilio della plebe condannò Cicerone all'*aquae et ignis interdictio* in esito ad un processo al quale l'Arpinate non avrebbe partecipato. Una specifica critica all'idea che Cicerone sia stato citato in un giudizio popolare o *per quaestiones* è presente in A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik* cit., 420.

¹³⁸ Dagli autori citati *supra*, nt. 128.

¹³⁹ D. MANTOVANI, *Un giudizio capitale nelle Satire di Lucilio* cit., 586 nt. 98, richiama il nostro passo per dire che a Roma l'accusa di un assente che non poteva scusare l'assenza per ragioni di stato era lecita, ma sconveniente, tanto che l'accusa a carico di un assente poteva essere addotta a sostegno di una richiesta di *restitutio in integrum*. Sul passo, vd. inoltre: TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 335 nt. 3; G. ZANON, *Le strutture accusatorie della cognitio extra ordinem nel principato*, Padova 1998, 26 nt. 13.

danna dell'assente nei processi criminali *extra ordinem* del primo principato non possono destare stupore: nelle *cognitiones extra ordinem*, molto probabilmente, erano stati recepiti i principi già elaborati e validi nei processi comiziali e nei *iudicia publica legitima*.¹⁴⁰

Siamo informati, in particolare, dell'operato degli imperatori: Claudio, Nerone e Domiziano.

Quanto al primo, sappiamo che egli sentenziava con molta facilità contro gli assenti e in favore della parte presente, senza distinguere se l'assenza fosse dovuta a colpa o ad altra necessità.¹⁴¹ Ciò corrisponde al contenuto dell'*edictum incerti imperatoris de praefinitione temporum circa appellationes in criminalibus causis*,¹⁴² da attribuire a Nerone,¹⁴³ il quale ricorda, però, un precedente provvedimento del padre Claudio in cui si sarebbe stabilito

¹⁴⁰ I punti di intersezione tra la repressione criminale repubblicana e quella del principato sono ben messi in luce da G. PUGLIESE, *Linee generali dell'evoluzione del diritto penale pubblico durante il principato*, in ANRW 14.2, Berlin-New York, 1982, 722 ss. [= *Scritti giuridici scelti*, II, Napoli 1985, 731 ss., paginazione che abbiamo seguito].

¹⁴¹ Suet., *Claud.* 15.2: *Absentibus secundum praesentes facillime dabat, nullo delectu, culpae quis an aliqua necessitate cessasset*. Nella stessa linea di condotta si colloca un altro passo di Svetonio nel quale si descrive Claudio condannare alla *relegatio* uno scriba questorio e un senatore uscito dalla pretura, senza neanche averli sentiti: Suet., *Claud.* 38: *Item scribam quaestorium, itemque praetura factum senatorem inauditos et innoxios relegavit*.

¹⁴² BGU, II, 628 r, ll. 11-13 [FIRA, I, 453 = MITTEIS, *Chrestomatie*, 2, n. 371]: ... *scirent fore u[st] al[te]ra parte audita ser[va]ret[u]r sententia aut [sec]undum praesentem pronunti[a]retur ...*. Dell'editto abbiamo conferma attraverso Dio Cass. 60.28.6-8, passo in cui lo storico informa che la quantità di processi aveva assunto un numero elevatissimo, e coloro che si aspettavano di perdere neppure si presentavano in giudizio, così, Claudio emise un editto con cui annunciava che avrebbe deciso contro costoro, anche in loro assenza.

¹⁴³ Sulla fonte papiracea vd.: É. CUQ, *Trois nouveaux documents sur les cognitiones casarianae*, in NRH-DFE 23, 1899, 111-116; C. FERRINI, *Sulla condanna degli imputati assenti nel diritto penale romano* cit., 183 ss.; A.A. SCHILLER, *The First Edict of BGU II 628 Recto*, in *The Classical Tradition: Literary and Historical Studies in Honor of Harry Caplan*, New York 1966, 293; U. ZILLETI, *Studi sul processo civile giustiniano*, Milano 1965, 76 s.; O. MONTEVECCHI, *La papirologia*, Torino 1973, 126, con attribuzione del provvedimento a Nerone; G. PURPURA, *Il papiro BGU 611 e la genesi del SC Turpilliano*, in AUPA 36, 1976, 228 ss.; ID., *Edictum Neronis de praefinitione temporum circa appellationes in criminalibus causis*, (FIRA I, 91), in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges*, Torino 2012, 523-534, con postilla bibliografica; V. ARANGIO-RUIZ, *Storia del diritto romano*⁷, rist. anast., Napoli 1984, 267; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 114 ss. e nt. 171; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 232, la quale propende ad attribuire l'editto contenuto nel papiro a Nerone o Traiano; P. BUONGIORNO, *Senatusconsulta claudianis temporibus facta. Una palinogenesi delle deliberazioni senatorie dell'età di Claudio (41-54 d.C.)*, Napoli 2010, 212 nt. 392. Sul provvedimento è tornato, di recente con una relazione densa e pienamente condivisibile nei risultati, B. SANTALUCIA, *Una tantum parte audita. Claudio, Nerone e i giudizi in assenza del reo*, in *Formazione e trasmissione del sapere: diritto, letteratura, società. VI incontro tra storici e giuristi dell'antichità*, 30 settembre-1 ottobre 2016, Aula Bachelet, Piazzale Europa 1, Trieste. La relazione è parzialmente confluita in ID., *Osservazioni su BGU II 628 r*, in IVRA 64, 2016, 270 s. Lo studioso è d'accordo nell'assegnare il provvedimento a Nerone, e specialmente al primo principato di Nerone quando la sua politica era ancora influenzata dagli insegnamenti di Seneca. In particolare, nella col. I sarebbe conservato il ricordo di un provvedimento del padre di Nerone, Claudio, ricordato in l. 1 *'divi [pa]rent[is] mei'*, con il quale l'imperatore avrebbe imposto alle parti di essere presenti in giudizio, fissando anche dei termini diversi tra le cause ordinarie e quelle capitali, a loro volta differenziati a seconda che le parti risiedessero in Italia, ovvero nelle provincie trans marine o transpadane, in applicazione delle disposizioni, per vero inutile, contenute nelle ll. 15 ss. di col. 1.

che nelle cause portate alla cognizione imperiale tramite *appellatio* o *remissio*,¹⁴⁴ quindi non necessariamente in secondo ma anche in primo grado, la parte assente sarebbe stata condannata ‘*altera parte audita*’, in applicazione del principio *litem secundum praesentem* di ascendenza repubblicana. In caso di assenza di entrambe le parti, la causa sarebbe stata cancellata dalla lista delle *cognitiones*.

Nerone avrebbe, invece, riformato la materia disponendo non solo o non tanto una modifica dei termini per la comparizione delle parti in giudizio, ma soprattutto l’accompagnamento coattivo da parte di *prosecutores* (col. II, ll. 7-8), accompagnatori, attestati anche da testi giurisprudenziali [come D. 48.3.7 (Macer 2 *de off. praes.*)]. In definitiva, mentre con il provvedimento di Claudio si sarebbe deciso a favore della parte presente, con Nerone sarebbe stata introdotta la regola della partecipazione coattiva al giudizio di entrambe le parti, una regola probabilmente ispirata da Seneca, certamente conforme ai principi romani contrari ai processi contro gli assenti.

Tuttavia, il provvedimento di Nerone non dovette avere molto séguito; già con l’imperatore Domiziano – del quale si ricorda la diligenza e l’abilità di rendere giustizia *extra ordinem* –¹⁴⁵ tornano ad essere testimoniati processi a carico di assenti, segno che la presenza coattiva delle parti imposta da Nerone ebbe scarsa eco. Accanto ad un riscontro¹⁴⁶ in grado di attestare ancora l’esistenza di assenti condannati senza essere sentiti e senza alcun accertamento sulle cause dell’assenza, abbiamo per la prima volta la notizia di un imputato assente assolto in virtù di un accertamento sul merito della causa che lo vedeva imputato, a prescindere dalle ragioni della sua assenza.¹⁴⁷ Si tratta di un segno, forse, di un primo mutato atteggiamento circa la posizione dell’imputato assente in giudizio: segno, questo, che i tempi cominciavano ad essere maturi per una prima importante riforma che di lì a breve si sarebbe registrata per opera dell’imperatore Traiano.

6. LA RIFORMA DI TRAIANO ATTESTATA DA ULPIANO IN D. 48.19.5 (ULP. 7 *DE OFF. PROC.*): ESTENSIONE E PORTATA.

Da un passo di Ulpiano, del quale avremo modo di occuparci diffusamente in seguito,¹⁴⁸ apprendiamo che fu per primo Traiano a riformare la materia mediante l’intro-

¹⁴⁴ BGU, II, 628 r, ll. 3-4: *pu[t]o [q]uod causas quæ a[e] a[d] principalem / notionem [...] provocatae vel [rem]issae fuissent[t] rell.* Come chiarito da B. SANTALUCIA, *Una tantum parte audita* cit., non essendosi affermata prima dell’età severiana alcuna nozione unitaria dell’appello in materia criminale, nel nostro testo dobbiamo intendere *appellatio* e *remissio* in senso lato, ossia quali modalità volte a sollecitare l’intervento imperiale sia da parte dei singoli, sia da parte di funzionari imperiali (specialmente governatori provinciali). Ciò consente di intendere il testo come relativo alla disciplina dei processi criminali *extra ordinem* svoltisi innanzi al tribunale imperiale. Sul significato dell’*appellatio ad principem* nel primo principato vd. G. PUGLIESE, *Linee generali* cit., 736 s.

¹⁴⁵ Suet., *Dom.* 8.1: *Ius diligenter et industrie dixit, plerumque et in foro pro tribunali extra ordinem.*

¹⁴⁶ Plin., *Ep.* 4.11.5-6: *Fremebat enim Domitianus aestuabatque in ingenti invidia destitutus. [6] Nam cum Corneliam Vestalium maximam defodere vivam concupisset, ut qui illustrari saeculum suum eius modi exemplis arbitretur, pontificis maximi iure, seu potius immanitate tyranni licentia domini reliquos pontifices non in Regiam sed in Albanam villam convocavit. Nec minore scelere quam quod ulcisci videbatur, absentem inauditamque damnavit incesti, cum ipse fratris filiam incesto non polluisset solum verum etiam occidisset; nam vidua abortu periiit.*

¹⁴⁷ Tac., *Agr.* 41.1: *Crebro per eos dies apud Domitianum absens accusatus, absens absolutus est.*

¹⁴⁸ *Infra*, § 8.

duzione del divieto di condanna dell'assente nei processi criminali:¹⁴⁹

D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*): *Absentem in criminibus damnari non debere Divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit* rell.

Trattandosi di un rescritto,¹⁵⁰ non possiamo credere ad una riforma dotata di efficacia generale fin da subito, ma è più ragionevole pensare ad una risposta che sarebbe valsa da precedente ed avrebbe influenzato la prassi dei tribunali criminali: non è un caso che per il periodo successivo all'intervento di Traiano non abbiamo più notizie di condanne di assenti; piuttosto, si registra l'inizio della riflessione giurisprudenziale in materia che, come vedremo, interrogandosi sui presupposti dell'assenza, arriverà a congegnare una disciplina differenziata a seconda dei presupposti e dei caratteri di essa, al fine di temperare il divieto di condanna degli assenti introdotto da Traiano e che nel frattempo si sarebbe generalizzato e sarebbe stato osservato, come ci sforzeremo di dimostrare, sia nei *iudicia publica legitima* sia nelle *cognitiones extra ordinem*.

Intanto occorre verificare i limiti e la portata del rescritto di Traiano. L'interpretazione del passo oggi comunemente accolta è quella a suo tempo fornita da Ugo Brasiello.¹⁵¹ Secondo lo studioso il rescritto di Traiano si sarebbe riferito ai soli processi *per quaestiones* sulla base di due argomenti di stampo lessicale: il testo discorre di *crimen* il quale, «senza maggiori determinazioni», sarebbe tipico dei soli *iudicia publica*, in cui la condanna dell'assente è sempre stata avversata; anche l'impiego del verbo *damno*¹⁵² sarebbe caratteristico dei

¹⁴⁹ Né si tratta di una riforma isolata. A prescindere dalle considerazioni che svolgeremo *infra*, § 6.1, ricordiamo intanto che ai tempi di Traiano – e probabilmente proprio sotto i suoi auspici – risale il senatoconsulto Rubriano (databile tra il 101 e il 105 d.C.) che contiene una disciplina dell'assenza, sebbene in tutt'altro settore. Il provvedimento, riportato in D. 40.5.26.7 (Ulp. 5 *fideicommissa*), disciplinava l'ipotesi dell'assenza volontaria dal giudizio dell'onere di una *libertas fideicommissae*. Il senatoconsulto mirava a fare raggiungere allo schiavo la condizione di libero, nonostante il disinteresse o l'ostruzione dell'onere. In merito vd., per tutti F.M. SILLA, *La 'cognitio' sulle 'libertates fideicommissae'*, Padova 2008, 22 ss., il quale specifica che l'assenza del chiamato non determinava la sua automatica condanna secondo le regole dell'*ordo* impiegate anche nelle *cognitiones extra ordinem*. Infatti, si imponeva al magistrato di accertare la volontarietà dell'assenza e di procedere solo dopo la verifica, mediante *causae cognitio*, della fondatezza della richiesta.

¹⁵⁰ Si deve a F. SAMPER, *Rescriptos preadrianeos*, in *Estudios Jurídicos en homenaje al Profesor Ursicino Alvarez Suárez*, Madrid 1978, 465 ss., la dimostrazione che anche prima della creazione dello *scrinium a libellis* in età di Adriano si può riscontrare la pratica da parte dei principi di rispondere alle suppliche dei sudditi, tanto che fin dai tempi di Tiberio è attestato un *acceptor a subscriptionibus*; del resto ancora ai tempi di Gaio, secondo l'autore, i rescritti non sarebbero stati dotati di autonomia sul piano dogmatico. Con particolare riferimento a Traiano, sono attestati circa venti provvedimenti qualificati espressamente in termini di rescritti. Da S.H.A., *vita Macrini*, 13.1, sappiamo che Traiano si sarebbe sempre rifiutato di dare risposta in calce ai libelli, forse un segnale della volontà di non fare pubblicare i rescritti per evitare che fungessero da precedenti per casi simili.

¹⁵¹ U. BRASIELLO, *Sull'assenza cit.*, 11 ss., la cui impostazione è accolta da M.G. ZOZ, *A proposito dei rapporti cit.*, 2901, dove per mera svista l'imperatore *Antoninus Magnus* menzionato da Marciano in D. 48.17.1 pr. viene identificato con Antonino Pio, mentre si tratta di Antonino Caracalla, vd. C.S. MACKAY, *Ancient Rome. A Military and Political History*, Cambridge 2004, 244, il quale ricorda che si deve a Macrino l'aver deificato Antonino Caracalla con il nome di Antonino Magno (del resto Severo e Caracalla, padre e figlio, spesso compaiono citati accanto nelle fonti come autori insieme di certe costituzioni imperiali). Simili indicazioni nel classico di H.J. ROBY, *An Introduction to the Study of Justinian's Digest*, rist. Cambridge 2011, 90.

¹⁵² Che secondo una congettura U. BRASIELLO, *Sull'assenza cit.*, 12, peraltro, sarebbe stato corretto da Ulpiano, mentre nel rescritto sarebbe comparsa originariamente l'espressione *ne absens puniatur*.

solì *iudicia publica legitima* che si concludevano appunto con una *damnatio*, mentre nella procedura straordinaria è messa maggiormente in rilievo la *punitio*.

Tuttavia, entrambi gli argomenti addotti da Ugo Brasiello non sono confortati dal linguaggio delle fonti che appare molto meno univoco di quello che lo studioso ha ritenuto. È possibile infatti riscontrare nelle fonti l'impiego sia del lemma *crimen* sia del verbo *damno* riferito ai *crimina extra ordinem*.

Prendiamo le mosse dalle ricorrenze di *crimen*. Il lemma, senza ulteriori specificazioni, è riferito alla procedura *extra ordinem* già nel *de officio proconculis* di Ulpiano.¹⁵³ In particolare, rileva l'espressione *hoc in criminibus stellionatus persecutio*¹⁵⁴ in cui ricorre il medesimo costruito con *in* e l'ablativo presente nel rescritto di Traiano. Ancora alla repressione straordinaria sono riferite le seguenti espressioni in cui il lemma *crimen*, senza ulteriori specificazioni, indica il crimine punito *extra ordinem*: *'criminis causa expirat*,¹⁵⁵ *'qui extra ordinem de crimine cognoscit*,¹⁵⁶ *'crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest*,¹⁵⁷ *'si eius criminis reus fuit*,¹⁵⁸ *'in quacumque causa criminis extincti debet is cognoscere cuius de pecuniaria re cognitio est*,¹⁵⁹ *'quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit*,¹⁶⁰ *'hoc autem vel pro criminibus quod obiicitur rell.*,¹⁶¹ *'crimine damnati*

¹⁵³ Mentre non possiamo trarre alcun argomento utile al fine di capire se in questo frammento Ulpiano si stesse occupando dei *iudicia publica legitima* o delle *cognitiones extra ordinem* dalla Palingenesi del libro settimo del *de officio proconsulis*, perché già Lenel (*volumen alterum*, 973 nt. 3) segnalava quanto fosse incerta la successione delle materia in questo libro. Ed in effetti il nostro frammento si trova in posizione equidistante dai passi che affrontano la repressione *extra ordinem* dei sacrileghi, dei cristiani, dei matematici e dei vaticinatori e dai frammenti che analizzano la procedura *per quaestiones*.

¹⁵⁴ D. 47.20.3.1-2 (Ulp. 8 *de off. proc.*): ... *quod enim in privatis iudicis est de dolo actio, hoc in criminibus stellionatus persecutio* ... [2] *poena autem stellionatus nulla legitima est, cum nec legitimum crimen sit*. Rileva ancora un altro frammento tratto dal *de officio proconsulis* di Ulpiano in cui l'espressione *levia crimina* è certamente riferita alla repressione criminale straordinaria: D. 48.2.6 (Ulp. 2 *de off. proc.*): *Levia crimina audire et discutere de plano proconsulem oportet et vel liberare eos quibus obiiciuntur, vel fustibus castigare vel flagellis servos verberare*.

¹⁵⁵ D. 48.17.1.4 (Marc. 2 *publ.*): *Sed et Papinianus libro sexto decimo responsorum scripsit, requirendum adnotatum, si provinciae praesidem intra annum adierit et satis obtulerit, non esse locum mandatis ut bona fisco vindicentur; nam et si intra annum mortus sit, criminis causa expirat et perit, et bona eius ad successores transmittuntur*.

¹⁵⁶ D. 48.19.13 (Ulp. 1 *de app.*): *Hodie licet ei qui extra ordinem de crimine cognoscit quam vult sententiam ferre, vel graviolem vel leviolem, ita tamen, ut in utroque modo rationem non excedat*.

¹⁵⁷ D. 48.19.26 pr. (Call. 1 *de cogn.*): *Crimen vel poena paterna nullam maculam filio infligere potest; namque unusquisque ex suo admissio sorti subiicitur, nec alieni criminis successor constituitur; idque divi Fratres Hierapolitanis rescripserunt*.

¹⁵⁸ D. 48.21.3.1 (Marc. *lib. sing. de delat.*): *Ut autem divus Pius rescripsit, ita demum bona eius, qui in reatu mortem sibi conscivit, fisco vindicanda sunt, si eius criminis reus fuit, ut, si damnaretur, morte aut deportatione adficiendus esset*.

¹⁵⁹ D. 48.1.6 (Marc. 14 *inst.*): *Defuncto eo, qui reus fuit criminis, et poena extincta, in quacumque causa criminis extincti, debet is cognoscere cuius de pecuniaria re cognitio est*.

¹⁶⁰ D. 49.13.1 (Macer 2 *de appell.*): *Quamvis pendente appellatione morte rei crimen extinctum sit, data tamen etiam de parte bonorum eius sententia proponitur rell.*

¹⁶¹ D. 48.3.1 (Ulp. 2 *de off. proc.*): *De custodia reorum proconsul aestimare solet, utrum in carcerem recipienda sit persona, an militi tradenda, vel fideiussoribus committenda vel etiam sibi. hoc autem pro criminis, quod obiicitur, qualitate vel propter honorem ... vel pro dignitate eius qui accusatur facere solet*.

*sententiam eiusmodi meruerunt*¹⁶², *quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit*¹⁶³, *si crimen quidem, quod in liberto probatum est*¹⁶⁴, *omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit*¹⁶⁵, *cogniturum de criminibus praesidem*¹⁶⁶.

Quanto poi all'impiego dei verbi *damno* e *punio*, l'argomento invocato da Brasiello è troppo debole, perché il riferimento terminologico è assai labile: occorre, infatti, segnalare tanto l'impiego del primo con riferimento alle *cognitiones extra ordinem*¹⁶⁷, quanto l'uso del secondo per indicare la punizione irrogata in esito ai processi *per quaestiones*¹⁶⁸, come pure è evidente in un passo di Marciano, sul quale tra breve ci soffermeremo, nel quale i due verbi sono impiegati nello stesso significato:

D. 48.17.1 pr. (Marc. 2 publ.): *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est ne quis absens puniatur; et hoc iure utimur, ne absentes damnentur; neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur.*

¹⁶² D. 50.1.15 pr. (Pap. 1 resp.): *Ordine decurionum ad tempus motus, et in ordinem regressus ad honorem exemplo relegati tanto tempore non admittitur, quanto dignitate caruit. Sed in utroque placuit examinari, quo crimine damnati sententiam eiusmodi meruerunt* rell.

¹⁶³ D. 49.9.1 (Ulp. 4 de appell.): *Quaeri solet an per alium causae appellationis reddi possunt, quae res in rebus pecuniariis et in criminibus agitari consuevit.*

¹⁶⁴ D. 38.2.15 (Tryph. 17 disp.): *Idem est, etsi crimen quidem, quod in liberto probatum est, meruerat capitis poenam, benignius autem punitus est libertus, veluti tantum relegatus, de calumniatore enim sensit praetor.*

¹⁶⁵ D. 1.12.1 pr. (Ulp. lib. sing. de off. praef. urbi): *Omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit* rell.

¹⁶⁶ D. 48.18.18.9 (Paul. 5 sent.): *Cogniturum de criminibus praesidem oportet ante diem palam facere, custodias se auditurum, ne hi qui defendendi sunt, subitis accusatorum criminibus obprimantur* rell.

¹⁶⁷ D. 48.19.8.5 (Ulp. 9 de off. proc.): *Praefecto plane urbi specialiter competere ius in metallum damnandi ex epistola divi Severi ad Flavium Cilonem exprimitur*; D. 49.19.9.11 (Ulp. 10 de off. proc.): *Nam in primis decuriones in metallum damnari non possunt*; D. 49.19.22 (Mod. 1 diff.): *In metallum damnati* rell. [= D. 48.19.36 (Herm. 1 iur ep.)]; D. 48.19.28 pr. (Call. 6 de cogn.): *summum supplicium esse videtur ad furcam damnatio* rell. D. 48.19.28.6 (Call. 6 de cogn.): *In opus metalli ad tempus nemo damnari debet.*

¹⁶⁸ D. 47.15.1.1 (Ulp. 6 ad ed. praet.): *Is autem praevaricator proprie dicitur qui publico iudicio accusaverit ... hic extra ordinem puniri solet*; D. 48.19.15 (Ven. Sat. 1 de off. proc.): *Poenae legis Corneliae puniendos* rell.; D. 48.16.1.7 (Marc. lib. sing. ad sen. Turp.): *Si quis autem ab accusatione citra abolitionem destiterit, punitur*; D. 48.10.1.9 (Marc. 14 inst.): *Si quis adversus hanc legem profectus aerario obrepserit, ut perinde puniatur, ac si falsum commisisset*; D. 48.5.39(38) pr. (Pap. 36 quaest.): *Si adulterium cum incesto committatur, ut puta cum privigna, nuru, noverca, mulier similiter quoque puniatur; id enim remoto etiam adulterio eveniret*; D. 4.4.37.1 (Tryph. 3 disp.): *Dixi nec si quid eorum commiserit, quae pro adulterio eadem lex punit*; D. 48.5.9(8) pr. (Marc. 2 de adult.): *Qui domum suam, ut stuprum adulteriumve cum aliena matre familias vel cum masculo fieret, sciens praebuerit vel quaestum ex adulterio uxoris suae fecerit: cuiuscumque sit condicionis, quasi adulter punitur*; D. 48.6.3.4 (Marc. 14 inst.): *Praeterea punitur huius legis poena, qui puerum vel feminam vel quemquam per vim stupraverit* (si tratta della *lex Iulia de vi publica*); D. 48.13.5(4).2(5) (Marc. 14 inst.): *Qua lege damnatus amplius tertia parte quam debet punitur* (qui il riferimento è alla *lex Iulia peculatus*); D. 48.13.11(9) pr. (Paul. lib. sing. de iud. pub.): *Sacrilegi capite puniuntur*; D. 48.4.3 pr. (Marc. 14 inst.): *Lex duodecim tabularum iubet eum qui hostem concitaverit quive civem hosti tradiderit capite puniri*; C. 9.46.1 (Alex. Sev., s.d.): ... *contra consuetudinem calumniam accusatoris puniri desideras* (il riferimento al processo *per quaestiones* discende dalla *calumnia* commessa dall'accusator, istituto quest'ultimo caratteristico dei *iudicia publica legitima*); C. 9.9.9 (Alex. Sev., a. 224): *eadem lege ex causa lenocinii puniatur* (la legge cui rinvia il testo è la *lex Iulia de adulteris*).

Da quanto detto, discende l'assenza di ragioni per limitare la riforma di Traiano ai soli *iudicia publica legitima*, come sostenuto da Ugo Brasiello. Piuttosto, a nostro avviso si è trattato di un intervento rivolto sia ai *iudicia publica legitima* sia alle *cognitiones extra ordinem*.¹⁶⁹ Anche perché se volessimo escludere dalla riforma di Traiano i processi *per cognitiones*, essi sarebbero stati considerati già tra il primo e il secondo secolo d.C. come una categoria autonoma di procedimenti opposti a quelli *per quaestiones*; ed invece, ancora ai tempi di Traiano i processi *per cognitiones* erano troppo eterogenei per essere disciplinati in termini unitari: la prima disciplina comune alle *cognitiones* risale all'*Oratio Marci*, della seconda metà del secondo secolo d.C. e relativa, peraltro, alle *cognitiones extra ordinem* di diritto privato.¹⁷⁰

6.1. Una conferma alla nostra tesi, secondo la quale l'intervento di Traiano avrebbe avuto portata generale e si sarebbe riferito sia alle *quaestiones* sia alle *cognitiones extra ordinem*, deriva da un breve riferimento ad un intervento di Traiano nella materia della *adnotatio* in qualità di *requirendi* degli imputati irreperibili. Da numerose testimonianze, tutte riconducibili alle *cognitiones extra ordinem*, in caso di assenza per irreperibilità dell'imputato, non potendo costui essere condannato, egli andava tuttavia iscritto come *requirendus* e dall'annotazione cominciava a decorrere un anno di tempo affinché l'assente si costituisse in giudizio, pena la confisca dei beni e altre conseguenze pregiudizievoli; esse dovevano fungere da deterrente per spingere l'imputato assente a costituirsi in giudizio.¹⁷¹

Del resto, anche dal nostro passo si arguisce l'applicazione *extra ordinem* della *obsignatio*

¹⁶⁹ In questo senso, pur senza dimostrazione, la presa di posizione di M. LAURIA, *Accusatio – inquisitio. 'Ordo' – 'cognitio extra ordinem' – 'cognitio': rapporti ed influenze reciproche*, in *Atti della R. Accademia di Scienze morali e politiche di Napoli*, 56.1, Napoli 1934, 24 s.

¹⁷⁰ Come dimostrato da F. ARCARIA, *Oratio Marci. Giurisdizione e processo nella normazione di Marco Aurelio*, Torino 2003, 278, solo l'*Oratio Marci* avrebbe, se non unificato, almeno per la prima volta fornito una disciplina comune e unitaria ai vari tipi di *cognitiones*.

¹⁷¹ Correggendo una precedente impostazione risalente ad Accursio il quale aveva ricostruito l'*adnotatio* come una descrizione pubblica dei beni dell'assente, F. DUARENUS, *Disputationum anniversarium libri duo*, I, c. 8, in *Opera Omnia. Diligenter emendata et aucta opportunis Notis*, IV, Lucae 1768, 12, ha chiarito che la *adnotatio* riguarda la persona dell'imputato assente ed è volta a consentire la sua ricerca al fine di farla comparire in giudizio. Della procedura dell'*adnotatio* in qualità di *requirendi* degli imputati assenti informano i cinque frammenti di cui è costituito il titolo 48.17 del Digesto rubricato *'De requirendis vel absentibus dammandis'*. Inoltre, da C. 9.40.1 (Ant. Carac. a. 211) apprendiamo che se il *requirendus* torna entro l'anno dall'annotazione e dimostra la sua innocenza, le *res* confiscate gli vengono riconsegnate. Un inquadramento della questione è presente in A. WACKE, *Audiatur et altera pars. Zum rechtlichen Gehör im römischen Zivil- und Strafprozeß*, in *Ars boni et aequi. Festschrift für Wolfgang Waldstein zum 65. Geburtstag*, Stuttgart 1993, 393-394. Per la limitazione dell'*adnotatio* ai soli processi *extra ordinem* vd., specificamente U. BRASIELLO, *Sull'assenza cit.*, 20 nt. 48 e 23. Al contrario, secondo F. BOTTA, *L'iniziativa processuale criminale delle personae publicae nelle fonti giuridiche di età giustiniana*, in S. PULIATTI, A. SANGUINETTI (a cura di), *Legislazione, cultura giuridica, prassi dell'impero d'oriente in età giustiniana tra passato e futuro. Atti del Convegno di Modena, 21-22 maggio 1998*, Milano 2000, 306 e nt. 65, l'*adnotatio* avrebbe potuto verificarsi anche per i crimini repressi *per quaestiones* in base a D. 49.16.4.5 (Arr. Men. 1 *de re mil.*), in cui si discorre di *adnotatio* per un processo criminale intentato in seguito a *postulatio*, atto che farebbe pensare ad un processo di stampo accusatorio, come quello delle *quaestiones*. Tuttavia, le fonti (cfr. *infra*, nt. 176) attestano anche per i processi *extra ordinem* l'impiego del sostantivo *postulatio*, ciò riduce la portata probatoria del passo. Per un inquadramento dell'istituto dell'*adnotatio* dell'imputato formalmente accusato, ma non costituito perché assente vd. V. MAROTTA, *Mandata principum*, Torino 1991, 167 nt. 102.

dei beni dei *requirendi*: infatti, la materia è regolata da fonti di *ius novum*, ossia alcune costituzioni imperiali e, precisamente, da mandati. Naturalmente, avendo l'*obsignatio* dei beni un effetto deterrente e volto a favorire la presentazione dell'imputato in processo, occorre presupporre un divieto di condanna dell'imputato assente, introdotto proprio da Traiano.

Il fatto che Traiano sia a conoscenza e sia intervenuto in merito alla procedura dell'*adnotatio* degli imputati assenti per irreperibilità, dimostra che questa procedura era applicata ai suoi tempi, proprio perché al regno di questo imperatore risale il primo divieto di condanna dell'imputato assente:

D. 48.17.5.pr.-2 (Mod. 12 *pand.*): *Mandatis cavetur intra annum requirendorum bona obsignari, ut si redierint et se purgaverint, integram rem suam habeant; si neque responderint, neque qui se defendant, habuerint, tunc post annum bona in fiscum coguntur.* [1] *Et intra annum medio tempore moventia, si qua sunt, ne aut mora deteriora fiant, aut aliquo modo intereant, venire debere, pretiumque eorum in deposito esse, divi Severus et Antoninus sanxerunt.* [2] *Sed et divus Traianus inter moventia fructus quoque haberi rescipit.*¹⁷²

Per cogliere il senso del richiamo al rescritto di Traiano contenuto nel paragrafo secondo – per vero dedicato ad un aspetto di dettaglio – conviene esaminare l'intero frammento. Si richiamano alcuni mandati imperiali che dispongono che entro l'anno (deve credersi da quando è avvenuta l'*adnotatio* dell'imputato assente come *requirendus*) i beni dei *requirendi* devono essere *obsignati* affinché, una volta tornati e costituiti in giudizio, gli assenti possano essere reintegrati nei loro beni, una volta giustificata l'assenza e dimostrata l'infondatezza dell'accusa.¹⁷³ Ma, se trascorso inutilmente l'anno, costoro non abbiano risposto né nessuno abbia assunto la loro difesa, allora i detti beni vengono incamerati dal fisco.

Nel primo paragrafo, si ricorda un intervento di Settimio Severo e Antonino Caracalla, i quali disporo che, in presenza di beni mobili nel patrimonio dell'*adnotatus*, essi dovevano essere venduti e il prezzo depositato se si correva il rischio di un loro deterioramento e della loro distruzione. Nel paragrafo secondo, si cita l'intervento di Traiano, il quale aveva già disposto che tra i beni mobili dovessero annoverarsi anche i frutti.

Ora, noi non crediamo che quest'ultimo rescritto di Traiano possa avere riguardato una materia diversa da quella trattata da Modestino, ossia la procedura di *adnotatio* degli imputati assenti nei processi criminali *extra ordinem* in qualità di *requirendi*. Se così fosse non ci spiegheremmo il motivo del ricordo di un precedente tanto lontano nel tempo, per di più emesso in una materia diversa da quella che formava oggetto dell'attenzione del giurista. Né del resto potrebbe credersi ad una costituzione imperiale, ancorché casistica, volta a chiarire in termini generali che i frutti andavano considerati tra i beni mobili, poiché si tratterebbe di un provvedimento di dubbio pregio sul piano giuridico e dogmatico, visto che nessuno potrebbe credere che i frutti siano assimilabili ai beni immobili.

¹⁷² A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones acerca de la presunción de inocencia en el ámbito penal romano*, in *Fundamenta iuris. Terminología, principios e interpretatio*, Almería 2012, 378. Segna il testo anche TH. MOMMSEN, *Gordians Decret von Skaptoparene*, in ZSS 12, 1892, 261 nt. 2, per anticipare al regno di Traiano la pratica della promulgazione dei rescritti: solo i rescritti promulgati sarebbero stati archiviati dalla cancelleria imperiale e ricordati in futuro tra le costituzioni casistiche.

¹⁷³ Così intendiamo il senso del verbo *purgo*, che in effetti si trova impiegato proprio nel significato di *excusare* (in contrapposizione ad *accusare*), ossia di dimostrare la propria innocenza e l'infondatezza dell'accusa rivolta nei luoghi indicati nel *Thesaurus linguae Latinae*, v. '*purgo (liberando a crimine)*', X.2, 17, 2686 s.

Crediamo, piuttosto, che il rescritto di Traiano ricordato da Modestino abbia disciplinato un profilo di dettaglio della *adnotatio* in qualità di *requirendus* dell'imputato assente, ossia di una procedura che presuppone il divieto di condanna dell'assente introdotto proprio dal predecessore di Adriano.

Orbene, poiché le testimonianze in nostro possesso sulla *adnotatio* sono relative alle *cognitiones extra ordinem* e poiché anche il passo di Modestino sembra riferirsi ad esse, tanto da individuare in alcuni mandati la relativa fonte di disciplina, ne segue che il divieto di condannare gli assenti introdotto da Traiano doveva riferirsi anche ai processi fuori dall'*ordo iudiciorum publicorum*. Pure nelle *cognitiones* l'assente non poteva essere condannato e andava, perciò, iscritto in una lista apposita nella qualità di *requirendus*, per permettergli entro un anno di chiarire la sua posizione, pena la confisca dei beni; l'iscrizione in qualità di *requirendus* avrebbe avuto l'effetto deterrente di indurre l'imputato assente e irreperibile a presentarsi per potere incardinare il giudizio nei suoi confronti.

Un altro indizio che il divieto di condanna degli assenti introdotto da Traiano si estendesse anche alle *cognitiones extra ordinem* è possibile desumere da:

D. 49.16.4.5-6 (Arr. Men. 1 *de re milit.*): *Reus capitalis criminis voluntarius miles secundum divi Traiani rescriptum capite puniendus est; nec remittendum est eo ubi reus postulat est, sed ut accedente causa militiae audiendus: [6] si dicta causa sit, vel requirendus adnotatus ignominia missus ad iudicem suum remittendus est, nec recipiendus postea volens militare, licet fuerit absolutus.*¹⁷⁴

Nonostante le incertezze che sono state segnalate,¹⁷⁵ crediamo di potere interpretare il testo come segue. Il reo di un crimine capitale che, per sfuggire alla punizione, si è arruolato, va punito con la pena capitale, secondo quanto stabilito da un rescritto di Traiano; né va rimesso innanzi al giudice del luogo in cui è stato accusato,¹⁷⁶ ma va sentito dal giudice del luogo in cui presta il servizio militare.¹⁷⁷ Viceversa, se il processo per il crimine capitale a suo tempo commesso è stato incardinato alla sua presenza, ovvero, in caso di assenza egli è stato *adnotatus* come *requirendus*, il militare è dimesso con disdoro dall'esercito e rinviato al suo giudice naturale, né potrà più arruolarsi, neppure se venga assolto.

Accogliendo la nostra lettura, il rescritto di Traiano ha disciplinato il trattamento del militare, reo di un crimine capitale, arruolatosi proprio per sfuggire alla repressione criminale. Ora, il punto che a noi più interessa è la possibilità che nei suoi confronti il processo venga incardinato mediante una *adnotatio* come *requirendus*, per sollecitarlo a comparire in giudizio.¹⁷⁸

¹⁷⁴ Sul passo vd.: U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 21 s.; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 97 s. e nt. 138, con difesa della genuinità del frammento; S.E. PHANG, *Roman Military Service. Ideologies of Discipline in the Late Republic and Early Principate*, Cambridge 2008, 133 nt. 152.

¹⁷⁵ V. GIUFFRÈ, *Il 'diritto militare' dei Romani*, Bologna 1980, 53; ID., *Testimonianze sul trattamento penale dei "milites"*, Napoli 1989, 30 nt. 9.

¹⁷⁶ Non inganni la presenza del participio *postulatus*, poiché non mancano attestazioni tanto del verbo *postulo*, quanto del sostantivo *postulatio* con riferimento alla procedura *extra ordinem* nel significato di accusare, per alcuni riscontri si vd.: D. 48.2.7 (Ulp. 7 *de off. proc.*); D. 24.2.11.2 (Ulp. 3 *ad legem Iuliam et Papiam*); D. 47.20.3 (Ulp. 8 *de off. proc.*).

¹⁷⁷ Con la nuova imputazione di arruolamento illecito secondo U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 22 nt. 51.

¹⁷⁸ Condivisibilmente L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 98, sottolinea la connessione tra il rescritto di Traiano e la procedura relativa al *requirendus adnotatus*, già operata quindi in questa epoca proprio in relazione all'assente accusato di un crimine capitale.

Anche in questo caso, sia il riferimento alla *adnotatio*, caratteristica delle *cognitiones extra ordinem*, sia la possibilità che il processo contro il militare si possa anche svolgere in provincia, depongono a favore della tesi per la quale fin da Traiano l'assente non potesse essere condannato, non solo nei processi per *quaestiones*, ma anche *extra ordinem*.

La conclusione alla quale crediamo di potere pervenire è, dunque, che fino al principato di Traiano il diritto romano conosceva il principio della automatica condanna dell'assente, temperato da possibilità di esercitare l'esilio o di giustificare l'assenza per ragioni di stato. Con un rescritto di Traiano venne introdotto il divieto di condanna degli assenti: entrambi gli interventi erano validi tanto per le *quaestiones publicae* quanto per le *cognitiones extra ordinem*. L'assente, proprio perché non processabile, sarebbe stato iscritto in qualità di *requirendus* in una lista che restava aperta per un anno, trascorso il quale, in caso di mancato reperimento, lo stato avrebbe incamerato i suoi beni. Ciò sarebbe certamente accaduto per la repressione *extra ordinem*, possiamo solo congetturarlo per il processo ordinario delle *quaestiones*, in cui vigeva del pari il divieto di condanna degli assenti, data assenza di esplicite attestazioni in questo senso.

6.2. La prova che la riforma di Traiano valesse anche per le *quaestiones publicae* si desume, in ogni caso, da un frammento di Ulpiano:

D. 48.8.4.2 (Ulp. 7 *de off. proc.*): *Idem divus Hadrianus rescripsit: constitutum quidem est, ne spadones fierent, eos autem qui hoc crimine arguerentur, Corneliae legis poena teneri eorumque bona merito fisco meo vindicari debere, sed et in servos qui spadones fecerint, ultimo supplicio animadvertendum esse et qui hoc crimine tenentur, si non adfuerint, de absentibus quoque tamquam lege Cornelia teneantur, pronuntiandum esse.*¹⁷⁹

Il rescritto di Adriano disciplinava l'estensione della pena prevista dalla *lex Cornelia de sicariis et veneficiis*, insieme con la confisca dei beni, a carico dei rei del crimine di castrazione.¹⁸⁰ Ora, il rescritto dispone anche che coloro che sono tenuti per questo crimine non si sono presentati in giudizio, anche se assenti devono essere giudicati ai sensi della legge Cornelia.

È dietro l'inciso *de absentibus quoque* che si può avvertire una eccezione al divieto introdotto da Traiano, e ormai generalizzato già sotto il regno di Adriano, di condannare gli assenti.¹⁸¹ L'ambito di applicazione della costituzione di Adriano era quello delle *quaestio-*

¹⁷⁹ Sul rescritto di Adriano vd.: U. BRASIELLO, *Sulla ricostruzione dei crimini in diritto romano. Cenni sulla evoluzione dell'omicidio*, in SDHI 42, 1976, 257, con la precisazione che il rescritto di Adriano non ricondusse il crimine di evirazione all'interno dell'ambito di disciplina della *lex Cornelia*, ma si trattò solo di una estensione della pena, ossia l'esilio, con l'aggravante della pena di morte per gli schiavi; D. DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano 1978, 99 e 121; F. GRELLÉ, *La 'correctio morum' nella legislazione flavia*, in ANRW II.13, Berlin-New York 1980, 344 ss. e nt. 16; V. MAROTTA, *Politica imperiale e culture periferiche nel mondo romano: il problema della circoncisione*, in Index 12, 1983-84, 414-416, con ulteriori indicazioni di letteratura anche relativa alla questione, ormai superata, circa la genuinità del testo, ed affrontata nelle ntt. 114-115. In ogni caso, va segnalato che i sospetti sulla genuinità del passo hanno riguardato solo il tratto compreso tra *plane* e *amiserunt*. Per una indagine a favore della natura insitica di questo inciso si vd. K.-H. BELOW, *Der Artz im römischen Recht*, München 1953, 128 ss., con un accenno alla possibilità di un processo in assenza del reo di castrazione; V.M. AMAYA GARCIA, *Coautoría y complicidad: estudio histórico y jurisprudencial*, Madrid 1993, 75 s.

¹⁸⁰ B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 209 nt. 79.

¹⁸¹ In questo senso vd. L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 99.

nes publicae, e in particolare dei procedimenti che si potevano incardinare innanzi alla *quaestio de sicariis et veneficiis*, a conferma della tesi qui sostenuta e secondo la quale anche ai *iudicia publica legitima* si estendeva il divieto di condannare gli assenti nei processi criminali, per la prima volta introdotto da Traiano.

7. L'ELABORAZIONE DELLA NOZIONE DI *ABSENTIA PER CONTUMACIAM* IN ETÀ ANTONINIANA NELL'AMBITO DEL PROCESSO PRIVATO E LA SUA INFLUENZA SULLA DISCIPLINA SEVERIANA DELL'ASSENZA DELL'IMPUTATO NEL PROCESSO CRIMINALE.

Affermatosi rapidamente il divieto di condannare l'imputato assente nel processo criminale fin dagli inizi del II secolo d.C., è proprio nel corso di questo periodo che, ad avviso di chi scrive, si devono rinvenire le premesse alla riflessione di età severiana circa il trattamento degli imputati assenti.

In particolare, siamo convinti che nel III secolo d.C. si registri l'introduzione di un temperamento all'indiscriminato divieto di condanna degli imputati assenti; a nostro avviso la nuova disciplina trova origine nella riflessione che ha portato sotto il regno di Antonino Pio all'elaborazione del concetto di contumacia nel campo del processo privato.

Finora abbiamo volutamente evitato di discorrere di contumacia e di processo contumaciale, espressioni queste piuttosto inflazionate anche nella letteratura specialistica sul nostro argomento, per rispettare l'evoluzione storica del diritto romano, il quale fino al II secolo d.C. sconosce il concetto di *contumacia* e disciplina l'assenza nel suo significato neutro di mancata presentazione da parte dell'imputato in giudizio.

Solo in due celebri rescritti dell'imperatore Antonino Pio, pervenuti uno tramite il Codice¹⁸² e l'altro tramite il Digesto,¹⁸³ ed entrambi relativi al processo privato¹⁸⁴ si comincia

¹⁸² C. 7.43.1 *Imp. Titus Aelius Antoninus A. Publicio. Non semper compelleris ut adversus absentem pronunties, propter subscriptionem patris mei, qua significavit etiam contra absentes sententiam dari solere. id enim eo pertinet, ut absentem damnare possis, non ut omnimodo necesse habeas. Sine die et cons.* Antonino Pio fornisce un'interpretazione autentica della disposizione del padre adottivo Adriano, chiarendo che la pratica seguita ai suoi tempi nei tribunali di condannare gli assenti non implica affatto il dovere per il giudice di condannare l'assente, ma solo la possibilità di farlo. Sul passo vd.: H. KRÜGER, *Das Versäumnisverfahren um die libertas fideicommissa*, in ZSS 48, 1928, 174; L. ARU, *Il processo civile contumaciale cit.*, 154 ss.; F. BONIFACIO, v. '*Contumacia (diritto romano)*', in NNDI, IV, Torino 1959, 770 s.; E. CORTESE, v. '*Contumacia (dir. rom.)*', in Enc. dir. 10, Milano 1962, 447 ss.; G. PROVERA, *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970, 186 ss. A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia cit.*, 61 ss.; L. D'AMATI, '*Litem deserere*', in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, II, Padova 2012, 224-226, la quale, pur ritenendo il testo relativo alla procedura *extra ordinem*, non esclude che il principio espresso nella costituzione potesse riguardare anche il processo formulare «che nel corso della sua evoluzione si modellava sempre di più sulla *cognitio* stessa». La studiosa si è, inoltre, occupata dell'inattività del convenuto nel processo formulare in: L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. In ricordo di M. Talamanca, I, Padova, 2011, p. 853 ss.; EAD., *L'inattività del convenuto nel processo formulare: 'indefensio', 'absentia' e 'latitatio'* cit.

¹⁸³ D. 4.1.7 pr. (Marc. 3 dig.): *Divus Antoninus Marcio Avito Praetori de succurrendo ei, qui absens rem amiserat, in hanc sententiam rescripsit: etsi nihil facile mutandum est ex sollemnibus, tamen ubi aequitas evidens poscit, subveniendum est. itaque si citatus non respondit et ob hoc more pronuntiatum est, confestim autem pro tribunali te sedente adiit: existimari potest non sua culpa, sed parum exaudita voce praeconis defuisse, ideoque restitui potest.* Il passo attesta un intervento a favore di un assente che non aveva presenziato al processo non per sua colpa: l'imperatore concede la *in integrum restitutio* alla parte convenuta che aveva perso la lite in quanto assente, ma che, presentatasi immediatamente in tribunale, era riuscita a dimostrare

ad ammettere che non ogni assenza deve essere sanzionata con la perdita della lite, in applicazione del principio di risaleza decemvirale '*praesenti litem addicito*' ancora valido per le *cognitiones extra ordinem* di diritto privato.¹⁸⁵ Si tratta dell'introduzione del processo comunemente definito 'contumaciale', espressione genericamente volta a segnalare che il giudice deve tenere conto anche delle ragioni della parte assente e, dunque, nel caso del convenuto, eventualmente assolverlo.

di non avere sentito la voce del *praeco*. Sul passo vd.: R. MARTINI, *Intorno al cosiddetto appello dell'assente*, in AG, 161, 1961, p. 28 nt. 8; G. CERVENCA, *Osservazioni sulla restitutio litis a favore dell'assente nella cognitio extra ordinem*, in IVRA 12, 1961, 197 ss.; ID., *Studi vari sulla «restitutio in integrum»*, Milano 1965 (rist. 1990), 71 s. e nt. 29; G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, a cura di G. SANTUCCI e N. SARTI, Bologna 2012 (rist. dell'edizione Milano 1963), 35, 94 e 121; L. RAGGI, *La restitutio in integrum nella cognitio extra ordinem. Contributo allo studio dei rapporti tra diritto pretorio e diritto imperiale in età classica*, Milano 1965, 327 nt. 110; T. MAYER-MALY, *Aequitas evidens*, in *Sein und Werden im Recht. Festgabe für Ulrich von Lübtow zum 70. Geburtstag am 21. August 1970*, Berlin 1970, 349 s.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, 333 ss.; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, 187 ss., con riferimento del rescritto al processo formulare e non alle *cognitiones extra ordinem* di diritto privato, come generalmente sostenuto in dottrina. Quest'ultimo studioso ha ribadito il suo avviso in ID., *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*², Torino 1991, 161 s. A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 59 ss.; L. D'AMATI, '*Litem deserere*' cit., 226-229, la quale riferisce il testo alle *cognitiones extra ordinem* e ne interpreta il contenuto in modo orientato ad escludere l'applicabilità al processo formulare del principio *dare litem secundum praesentem*.

¹⁸⁴ Molteplici argomenti si oppongono al punto di vista di L. FANIZZA, *Giuristi crimini leggi nell'età degli Antonini*, Napoli 1982, p. 83 nt. 192, con specifico riferimento a C. 7.43.1 e EAD., *L'assenza dell'accusato* cit., 71 s., sostenuto sulla base dell'autorevole precedente di A. STEINWENTER, *Studien zum römischen Veräumnisverfahren*, München 1914, 64, peraltro espresso in termini dubitativi (wenn auch vielleicht ursprünglich auf Strafverfahren bezüglich) e, aggiungiamo noi di J. BARON, *Abhandlungen aus dem Römischen Civilprozess*. III. *Der Denuntiationsprozess*, Berlin 1887, 85, secondo i quali i provvedimenti di Antonino Pio riferiti nelle note precedenti sarebbero relativi al processo criminale. Essi, testimoniando la possibilità della condanna del contumace, avrebbero manifestato una non univocità nelle decisioni della cancelleria imperiale. Infatti, i due rescritti di Antonino Pio avrebbero rappresentato una inversione di tendenza rispetto alla riforma di Traiano che vietava in tutti i casi di condannare l'assente. Tuttavia, contro questa tesi si oppongono i seguenti argomenti: (1) la pratica attestata ai tempi di Adriano di condannare gli assenti non può valere per i processi criminali, perché è lo stesso Adriano a presentare in D. 48.8.4.2 (Ulp. 7 *de off. proc.*) (*supra*, § 6.2) la condanna dell'assente reo del crimine di castrazione quale eccezione alla regola generale del divieto di condanna dell'assente, già in uso da diverso tempo per il processo criminale; (2) non si spiegherebbe il ricordo del vecchio precedente di Traiano ancora ai tempi di Ulpiano che lo riferisce; piuttosto, se i provvedimenti di Antonino Pio fossero stati volti a superare l'orientamento della cancelleria imperiale dei tempi di Traiano, ci si sarebbe aspettato un riferimento ad esso nelle costituzioni riportate nelle due note precedenti – come spesso accade quando gli imperatori richiamano precedenti interventi dei loro predecessori – quanto meno per considerarlo superato; (3) il contenuto dei titoli C. 7.43 e D. 4.1 è tutto di stampo privatistico e gli studiosi citati nelle due note precedenti hanno sempre collocato i rescritti di Antonino Pio in materia di processo contumaciale nell'ambito del processo privato; (4) infine, si consideri che Antonino Pio conosce la pratica dell'*adnotatio* degli imputati assenti, come dimostra D. 48.3.6.1 (Marc. 2 *de iud. publ.*), passo che riferisce l'esistenza di rescritti di Antonino Pio e di altri imperatori romani, secondo i quali gli *adnotati* in qualità di *requirendi* non devono essere trattati *quasi pro damnatis*, ma occorre che sulla loro posizione si indaghi *quasi re integra*. Ora, l'*adnotatio* presuppone il divieto (di risaleza traianea) di condanna dell'imputato assente, divieto che non si può conciliare con l'idea che proprio Antonino Pio avrebbe mutato orientamento e avrebbe consentito un processo contumaciale contro gli imputati assenti, con la conseguenza di ammettere la possibilità di una loro condanna.

¹⁸⁵ L. ARU, *Il processo civile contumaciale* cit., 154 ss.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 22 ss.

In altri termini, l'*absens* in età classica, nel processo privato, indica semplicemente colui che è oggettivamente e involontariamente irreperibile,¹⁸⁶ tanto che il suo trattamento può presupporre la qualifica di assenza *rei publicae causa*, quindi dotata di una causa di giustificazione che ne permette un trattamento di favore (come avveniva fin da età repubblicana nel processo criminale).¹⁸⁷ Ovvero, l'assenza poteva essere qualificata *absentia per contumaciam*, che avrebbe indicato il caso del soggetto il quale, pur se regolarmente citato in giudizio, avesse rifiutato di presentarsi in spregio all'autorità giudiziaria.¹⁸⁸ In questo caso, la contumacia avrebbe qualificato con un'accezione negativa l'assenza, tanto che il contumace, pur potendo essere assolto, andava incontro al divieto di appellare una eventuale sentenza di condanna.¹⁸⁹ Nel processo privato era stato già enucleato il concetto di *absentia per latitantiam*, ossia di assenza determinata dalla sottrazione alla *in ius vocatio* effettuata *fraudationis causa*, per frustrare cioè l'azione dell'avversario.¹⁹⁰

Ecco, siamo convinti che la riflessione giurisprudenziale di età severiana sull'assenza nel processo criminale sia stata influenzata dalle acquisizioni nel frattempo raggiunte nel campo del processo privato a partire dal II secolo d.C., e in particolare dall'elaborazione dell'*absentia per contumaciam*. Si tratta dell'assenza qualificata dalla disobbedienza dell'imputato a presentarsi in un processo nel quale era stato invitato più volte a comparire; adem-

¹⁸⁶ L'*absentia* è qualificata in termini puramente neutri, ossia la mancata presenza nel luogo in cui si taluno è ricercato, senza che occorra pensarlo al di là del mare o ai confini della città: D. 50.16.199 (Ulp. 8 *de omni. trib.*): *Absentem accipere debemus eum qui non est eo loci in quo loco petitur; non enim trans mare absentem desideramus et si forte extra continentia urbis sit, abest*. In termini analoghi si legga D. 39.2.4.5 (Ulp. 1 *ad ed.*), in cui si dice che l'assente che non compare *in iure*, va cercato in casa o nei luoghi a sé familiari. È semplicemente assente, e non contumace, colui che non ha avuto notizia del processo perché non ha udito il banditore o perché non è stato emanato l'editto perentorio, come sostiene Macro in D. 49.8.1.3 (Macer 2 *de appell.*).

¹⁸⁷ *Supra*, § 2. Naturalmente anche nel processo *extra ordinem* di età classica l'assenza giustificata era ammessa come causa di interruzione del processo: D. 48.1.10 (Pap. 2 *def.*): *Inter accusatorem et reum cognitione suscepta, excusatio pro absente iustis rationibus admittitur* rell.

¹⁸⁸ In D. 42.3.53.1 (Herm. 1 *iur. ep.*) il contumace è definito come colui il quale, regolarmente citato in giudizio, rifiuta di presentarsi in spregio all'autorità giudiziaria che lo ha chiamato. Questo fa comprendere l'inerenza della *contumacia* alle *cognitiones extra ordinem* in cui la chiamata in giudizio proveniva da un atto dell'autorità giudiziaria, a differenza del processo formulare in cui, come noto, l'*in ius vocatio* era atto privato dell'attore. Sempre da un passo di Ermogeniano – D. 42.1.53 (Herm. 1 *iur. ep.*) – ricaviamo quali erano i presupposti per la dichiarazione di contumacia, ossia un complesso meccanismo di citazione consistente in tre *edicta*, ovvero una triplice chiamata mediante *litterae*, ovvero ancora un solenne *edictum peremptorium*, realizzati i quali, in mancanza di una *iusta causa absentiae*, sarebbe intervenuta la dichiarazione di contumacia. Su questi profili vd., per tutti A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 64 ss.

¹⁸⁹ La volontarietà del comportamento del contumace, il quale decide di non presentarsi in giudizio spiega il trattamento di 'sfavore' – desumibile C. 7.65.1 (Ant. Carac. a. 213) e D. 5.1.73.3 (Ulp. 4 *de omni. trib.*) – derivante, da un canto, dal divieto di appellare l'eventuale sentenza di condanna e, dall'altro, dal cosiddetto *damnum litis*, per vero di controversa interpretazione, ossia dal danno conseguente al non essersi costituiti e, quindi, a non avere avuto la possibilità di difendersi.

¹⁹⁰ Tanto che potevano essere 'latitanti', anche nella stessa città del creditore, i debitori che per sfuggire ai creditori si nascondevano dietro le colonne, come sostenevano i *veteres* citati da Ulpiano in D. 42.5.36 (Ulp. 45 *ad Sab.*). Sulla nozione di *latitatio* – sempre limitata al processo privato come ricorda L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit. 34 – vd., per tutti, con indicazione di fonti e discussione di letteratura, A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 41-49, la quale sottolinea come la *latitantia* in età classica abbia finito per essere assorbita all'interno della nozione di *contumacia*.

piute le prescritte formalità, l'ordinamento presume che l'imputato abbia avuto notizia dell'esistenza del processo a suo carico; dunque la mancata costituzione in giudizio viene interpretata nei termini di una offesa all'autorità giudicante.

8. ANALISI DI D. 48.19.5 (ULP. 7 DE OFF. PROC.).

Lo stato del diritto criminale romano in età severiana sul punto relativo al trattamento dell'imputato assente – se si accetta la ricostruzione che abbiamo proposto – era rimasto identico fin dal divieto di Traiano: gli imputati assenti non potevano essere condannati né *extra ordinem* né nei *iudicia publica legitima*.

Tuttavia, l'elaborazione della nozione di *contumacia* in età antoniniana deve avere inciso notevolmente sulla nostra materia, infatti, nella riflessione dei giuristi di età dei Severi troviamo distinto il trattamento dell'assente (senza altra qualifica) da quello dell'*absens per contumaciam*. Mentre nel primo caso lo stato di irreperibilità dell'assente avrebbe giustificato la sua iscrizione, in qualità di *requirendus*, in una apposita lista, nel secondo caso, la contumacia avrebbe spinto i giuristi ad individuare un trattamento punitivo a carico dell'assente. Egli poteva anche essere condannato, sebbene limitatamente al caso dei *crimina leviora*.

Volgiamoci dunque al passo di Ulpiano, cui abbiamo già fatto riferimento quando abbiamo ricordato il divieto di Traiano di condannare gli imputati assenti.¹⁹¹ Il frammento espone la disciplina del trattamento dell'assente nel processo criminale di età severiana, con alcune notazioni che inducono a fornire una spiegazione del testo sul piano storico. Addurremo in seguito altre testimonianze coeve capaci di puntellare l'impianto del frammento e di fornire una conferma alla sua genuinità:

D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 de off. proc.): *Absentem in criminibus damnari non debere Divus Traianus Iulio Frontoni rescripsit. adversus contumaces vero, qui neque denuntiationibus, neque edictis praesidium obtemperassent, etiam absentes pronuntiari oportet secundum morem iudiciorum privatorum. Potest quis defendere, haec non esse contraria, quid igitur est? Melius statuatur in absentes pecuniarias quidem poenas, vel eas quae existimationem contigunt, si saepius admoniti per contumaciam desint, statui posse et usque ad relegationem procedi; verum si quid gravius irrogandum fuisset, puta in metalla vel capiti poenam non esse absentibus irrogandam.*¹⁹²

¹⁹¹ *Supra*, § 6.

¹⁹² Sul passo vd.: J. BARON, *Der Denuntiationsprozess* cit., 76 s.; T.O. MARTIN, *A curious parallel: D (48.19)5 pr.-Matt. XIII, 29*, in Seminar 6, 1948, 20-41, con particolare riferimento alle influenze cristiane subite da Ulpiano e che avrebbero spinto i commissari di Giustiniano a non intervenire sul testo e, anzi, a rallegrarsi della presenza di tracce del pensiero cristiano già in Ulpiano; A. DELL'ORO, *I libri de officio* cit., 149 s e nt. 164; R. FREUDENBERGER, *Das Verhalten der römischen Behörden gegen die Christen im 2. Jahrhundert dargestellt am Brief des Plinius an Trajan und den Reskripten Trajans und Hadrians*, München 1967, 106; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 15 ss.; F. SALERNO, "Ad metalla" aspetti giuridici del lavoro in miniera, in IVRA 54, 2003, 304 nt. 14; A. WÄCKE, *Audiatur et altera pars* cit., 390 ss.; A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht nach Ulpian. Buch 7 bis 9 De officio proconsulis*, Berlin 2006, 112 ss., il quale sottolinea che la disciplina dettata per la provincia prende le mosse dalla regolamentazione centrale. Nella impostazione dell'autore stupisce che l'analisi delle fonti venga condotta senza in alcun modo distinguere a quale rito processuale si riferiscono i vari interventi in materia di trattamento dell'imputato assente, che si sono succeduti fin dalla fine dell'età repubblicana: ciò rende impossibile seguire fino in fondo la rico-

Dopo avere ricordato il divieto di Traiano di condannare gli assenti, il giurista di Tiro attesta che la nozione di contumacia, elaborata nell'ambito del processo privato, viene estesa in età dei Severi al campo del diritto criminale. Infatti, prosegue il frammento, contro gli assenti, per i quali sia acclarata la contumacia¹⁹³ occorre emettere una sentenza secondo il costume ormai invalso nel processo privato. Dobbiamo dedurne che l'assente per contumacia avrebbe potuto essere sia condannato sia assolto, a seconda del convincimento maturato dal giudice.

A questo punto segue una domanda volta a legare la precedente disciplina ad un successivo intervento. Cosa succede, prosegue il passo, tenendo conto del fatto che taluno potrebbe sostenere che il divieto di Traiano di condannare degli assenti ricordato in apertura del passo, e la successiva possibilità di condannare i contumaci, siano in contraddizione. Ecco, l'espressione *melius statuatur* introduce un temperamento prevedendo la possibilità (*statui posse*) – si badi: non la necessità (*pronuntiari oportet*) – di una sentenza contro gli imputati contumaci per le ipotesi di crimini puniti con pene pecuniarie (o stimabili pecuniariamente) fino al limite della *relegatio*; mentre per i casi di pene più gravi, come la condanna *ad metalla* o alla pena capitale, essa non deve essere irrogata a nessun assente, neppure a quello che si è reso contumace.

Orbene, noi siamo convinti che queste due discipline attestate da Ulpiano, lungi dal dimostrare un rimaneggiamento del testo poiché in contrasto l'una con l'altra,¹⁹⁴ possano spiegarsi sul piano storico.

A nostro avviso, l'estensione della nozione di contumacia dal processo privato a quello criminale deve avere avuto come immediata conseguenza quella della introduzione di un

struzione dello studioso. Si vd., infine anche A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones* cit., 378 s.; F. FASOLINO, *Regole di giudizio e garanzie dell'imputato nel processo criminale romano: la presunzione di innocenza*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino 2016, 46.

¹⁹³ Per il fatto di non avere ottemperato alle *denuntiationes* o agli editti di chiamata in giudizio provenienti, in provincia, dai presidi. Nel processo privato il presupposto per l'avvio della procedura contumaciale era l'emanazione di un *edictum peremptorium*, che consentiva di valutare l'assenza dal processo come spregio all'autorità e di presumere la volontarietà del comportamento. Esso era emanato a seguito di una triplice citazione effettuata mediante *edicta*, *litterae* o *denuntiationes*, se la stessa andava deserta. La descrizione di questo complesso meccanismo di citazione è contenuta nei frammenti 68-73 del titolo D. 5.1 *'De iudiciis et ubi quisque agere vel conveniri debeat'*. Sulle modalità di accertamento della *contumacia* nel processo privato e per l'esame dei passi indicati vd.: L. ARU, *Il processo civile contumaciale* cit., 154 ss.; E. CORTESE, v. *'Contumacia (dir. rom.)'* cit., 450 s.; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia* cit., 78 ss. Secondo A. NOGRADY, *Römisches Strafrecht nach Ulpian* cit., 117, non è semplice da precisare quando la pratica del processo contumaciale privato abbia influenzato anche il processo criminale; tuttavia, l'esistenza del processo contumaciale criminale pare attestata da D. 48.1.10 (Pap. 2 *def.*), passo sul quale vd. nt. 187.

¹⁹⁴ Non ci convince l'interpretazione di U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 1 ss. e 11 ss., il quale sospetta del passo di Ulpiano sulla base di una asserita contraddizione interna al testo: il principio di divieto di condanna dell'assente introdotto da Traiano contraddirebbe il dovere di pronuncia contro l'imputato *contumax*, che a sua volta sarebbe in contraddizione con la limitazione del divieto di condanna dell'assente ai soli crimini più gravi. Tuttavia, noi crediamo che queste diverse discipline si possano spiegare sul piano storico, come progressivi adeguamenti del trattamento dell'imputato assente compiuti di età severiana. Avendo poi confutato (*supra*, § 6) l'idea di Brasiello, secondo il quale la riforma di Traiano avrebbe riguardato il solo processo *per quaestiones*, possiamo criticare anche l'altro assunto dell'autore e cioè che la disciplina di cui discorre Ulpiano sia relativa alle sole *cognitiones*: invero, crediamo che la materia venne disciplinata in età dei Severi in modo unitario, per quanto si debba riconoscere la progressiva scomparsa delle *quaestiones* nel corso dell'età del principato realizzata in pieno in età dei Severi (*infra*, nt. 199-201).

trattamento differenziato tra imputati assenti per irreperibilità e imputati assenti per contumacia, a seconda della gravità del reato.

Ecco perché in età severiana deve essere stato introdotto un temperamento consistente da un canto, nel limitare la sottrazione alla sanzione penale per i soli *crimina graviora*: in questo caso, sia gli imputati assenti perché irreperibili, sia gli imputati assenti perché contumaci non sarebbero stati punibili con la pena capitale o altre pene equiparate. Dall'altro canto, il temperamento cui accennavamo, consistette nel consentire al giudice (ma senza che sussistesse uno specifico obbligo in questo senso) di pronunciarsi nei soli casi di *crimina leviora*, puniti con pene pecuniarie o ad esse equiparate e, comunque entro il limite della *relegatio*, nei confronti degli *absentes per contumaciam*.

Ci pare, ancora, che tale nuovo assetto potrebbe essere stato frutto di un intervento normativo imperiale, come tanti se ne segnalano, lo vedremo, in questa materia. Ci convince in questo senso l'espressione *melius statuetur*, alla quale non crediamo si possa attribuire un significato discorsivo, del tipo 'meglio si dirà' ovvero 'è meglio dire', poiché in questo senso Ulpiano utilizza di solito l'espressione *melius est dicere*.¹⁹⁵

Allora si può provare ad attribuire a *melius statuetur* un significato conforme agli usi linguistici di Ulpiano. In particolare, siamo convinti che la locuzione rinvii ad un più opportuno intervento, collocabile tra l'età degli Antonini e quella dei Severi, che ha avuto il merito di adeguare la disciplina del trattamento degli imputati assenti all'introduzione della *contumacia* nel processo criminale. In questo senso, ci convince sia l'impiego dell'avverbio *melius* da parte di Ulpiano per indicare un miglioramento o un perfezionamento rispetto ad un precedente assetto,¹⁹⁶ sia soprattutto il ricorrere di *statuo* con riferimento all'attività normativa dell'imperatore.¹⁹⁷

In conclusione, la locuzione *melius statuetur*, riconducibile alla mano di Ulpiano¹⁹⁸ e non ad una glossa,¹⁹⁹ potrebbe descrivere il trattamento dell'imputato assente in età dei

¹⁹⁵ D. 5.1.61 (Ulp. 26 *ad ed.*); D. 9.2.27 (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 9.4.8 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 15.1.19 (Ulp. 29 *ad ed.*); D. 24.3.14 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 27.4.3 (Ulp. 39 *ad ed.*); D. 39.2.40 (Ulp. 43 *ad Sab.*); D. 41.1.44 (Ulp. 19 *ad ed.*); D. 43.4.3 (Ulp. 68 *ad ed.*); D. 48.5.30(29) (Ulp. 4 *de adult.*).

¹⁹⁶ Si cfr. i seguenti riscontri: D. 26.4.5.1 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 34.4.3.9 (Ulp. 24 *ad Sab.*); D. 41.1.44 (Ulp. 19 *ad ed.*). Ancora l'espressione *melius erit*, nel significato di sarà più opportuno compare in D. 42.1.15.7 (Ulp. *De off. proc.*). Per altri riferimenti dell'utilizzo di *melius* nella giurisprudenza cfr. V.I.R., I, Berolini 1903, v. 'bonus', 596/3-597/20.

¹⁹⁷ Si cfr. D. 1.4.1 (Ulp. 1 *inst.*) con riferimento ad *epistulae* e *subscriptiones*; D. 24.1.3 (Ulp. 32 *ad Sab.*) con riferimento forse ai *decreta* o ai rescritti; D. 26.2.1 (Ulp. 34 *ad Sab.*) con riferimento ai rescritti; D. 50.2.3.1 (Ulp. 3 *de off. proc.*) con riferimento agli editti. In V.I.R., V, Berolini 1939, v. 'statuo', sub III, 673, il nostro verbo ha un significato corrispondente a *constituo*, verbo impiegato da Gaio (Gai 1.5) proprio per indicare il diritto scaturente dalle costituzioni imperiali. Il verbo *statuo* è impiegato largamente dalla cancelleria nelle costituzioni imperiali, come si ricava da R. MAYR, *Vocabularium codicis Iustiniani. Pars prior (pars latina)*, Pragae 1923, col. 2303, v. 'statuere'.

¹⁹⁸ Significativamente, difende il *principium* del passo di Ulpiano che ci occupa, addirittura S. SOLAZZI, L'editto «qui absens iudicio defensio non fuerit», in *Scritti giuridici in onore di Vincenzo Simoncelli nel XXV anno del suo insegnamento*, Napoli 1917, 428 s. nt. 2. Per la genuinità del testo vd. ancora: E. VOLTERRA, «Delinquere» nelle fonti giuridiche romane, in *Scritti giuridici*, VII (*Diritto criminale e diritti nell'antico Oriente mediterraneo*), Napoli 1999, 148 (= 16 dell'originale). Accogliendo la genuinità della locuzione *melius statuetur* non possiamo condividere i dubbi sulla genuinità del testo manifestati da M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* cit., 58 nt. 14.

¹⁹⁹ Per la presenza di un glossema nel passo di Ulpiano vd.: P. KOSCHAKER, Rec. a M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalprozess der Römer*, in ZSS 40, 1919, 368 e nt. 1. Escludiamo che il

Severi, distinguendo l'assente irreperibile, che non può mai essere condannato, dall'assente contumace, che può essere condannato solo per i crimini puniti meno gravemente, ossia con una pena pecuniaria e fino al limite della *relegatio*. Si tratta di una disciplina attestata per le sole *cognitiones extra ordinem* e non per le *quaestiones publicae*, per le quali doveva restare valido il divieto risalente a Traiano di condanna dell'imputato assente;²⁰⁰ tuttavia il problema dell'estensione di questa regola ai *iudicia publica legitima* dovette avere una limitata portata pratica in età severiana, poiché l'operatività delle *quaestiones*, prima quelle capitali e,²⁰¹ poi, le altre²⁰² si venne ben presto esaurendo.²⁰³

9. CONFERME ALL'IMPIANTO DEL PASSO DI ULPIANO DESUMIBILI DA ALTRE FONTI DI ETÀ SEVERIANA.

L'impianto del passo di Ulpiano e il complesso delle informazioni che se ne possono desumere viene confermato dall'esame di altri passi di età severiana, primo fra tutti un

tratto introdotto da *melius statuetur* possa essere una glossa anche perché si tratterebbe di un passaggio troppo lungo per precisare la disciplina precedentemente esposta, dunque contrariamente alla logica esplicativa o correttiva di una glossa, che ha per definizione stessa una certa limitatezza di estensione. Del resto, a volere espungere il tratto, il passo resterebbe monco e privo della distinzione tra crimini puniti più gravemente e crimini puniti meno gravemente, distinzione che è invece caratteristica della disciplina severiana della nostra materia. Mentre secondo F. WIEACKER, *Textstufen klassischer Juristen*, Göttingen 1960, 407, il tratto compreso tra *quis defendere* e *ad relegationem procedi*, che non interessa ai nostri fini tanto che non lo abbiamo neppure trascritto, ha tutta l'aria di essere una glossa. E. ALBERTARIO, *Delictum e crimen*, in *Studi di diritto romano*, III. *Obbligazioni*, Milano 1936, 157 s., ritiene il passo interpolato, ma solo sulla base di indizi formali poco consistenti.

²⁰⁰ A meno di non voler credere che anche per l'imputato nelle *quaestiones publicae* fosse possibile un accertamento della contumacia parallelo a quello delle *cognitiones*. A stretto rigore, provenendo la chiamata in giudizio nelle *quaestiones* dall'accusatore (*in ius eductio*), non sarebbe configurabile la *contumacia* intesa come spregio all'autorità di presentarsi in giudizio. Ma poiché la chiamata in giudizio, come visto precedentemente (*supra*, § 4), nel giorno dell'udienza proveniva dal presidente della *quaestio* che aveva effettuato la *nominis receptio in absentia rei*, avrebbe potuto legarsi a quell'invito la disobbedienza a presentarsi in giudizio da parte dell'imputato; naturalmente, si sarebbero dovuti attivare in questo tipo di procedura equivalenti misure volte ad assicurare la conoscenza del processo e, dunque, a fare scattare la valutazione circa la volontarietà della mancata presentazione in giudizio dell'imputato.

²⁰¹ D. 48.1.8 (Paul. *lib. sing. de iud. pub.*): *Ordo exercendorum publicorum capitalium in usu esse desiit, durante tamen poena legum, cum extra ordinem crimina probantur.*

²⁰² D. 1.12.1 pr. (Ulp. *lib. sing. de off. praef. urbi*): *Omnia omnino crimina praefectura urbis sibi vindicavit nec tantum ea quae intra urbem admittuntur, verum ea quoque quae extra urbem intra Italiam epistola divi Severi ad Fabium Cilonem praefectum urbi missa declaratur.*

²⁰³ Solo fino al II secolo d.C. è attestata l'operatività delle *quaestiones publicae* vd.: U. BRASIELLO, *La repressione penale in diritto romano* cit., 46; ID., *Sulla desuetudine dei «iudicia publica»*, in *Studi Betti*, IV, Milano 1962, 554 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 223 s.; secondo il quale il fenomeno dell'atrofizzarsi dei *iudicia publica* si sarebbe verificato anche precedentemente all'età dei Severi, in concomitanza con il fenomeno della graduale repressione *extra ordinem* di crimini contemplati da leggi pubbliche del popolo romano. Di conseguenza, conclude l'autore, se anche per i giuristi severiani i giudizi pubblici erano considerati materia ancora viva, essi erano ormai atrofizzati e in concreto sostituiti dalla repressione *extra ordinem*. Secondo F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali «de publicis iudiciis» e cognitio extra ordinem criminale*, in *Studi Martini*, I, Milano 2008, 292 s., la completa attribuzione della giurisdizione criminale agli organi straordinari si ha solo a partire dalla prima età dei Severi; nelle opere *de publicis iudiciis* di III secolo, il processo per *quaestiones* forniva una cornice teorica di riferimento ai processi delle *cognitiones extra ordinem*.

noto passo di Marciano caratterizzato dai medesimi principi ispiratori volti ad esporre il trattamento dell'assente nel processo criminale di età severiana:

D. 48.17.1 pr. (Marc. 2 publ.): *Divi Severi et Antonini Magni rescriptum est, ne quis absens puniatur: et hoc iure utimur, ne absentes damnentur: neque enim inaudita causa quemquam damnari aequitatis ratio patitur. 1. si autem gravius quis puniatur, puta in opus metalli vel similem poenam sive capitale: hoc casu non est irroganda in absentem poena, sed absens requirendus adnotatus est, ut copia sui praestet.*²⁰⁴

La intelligenza del passo non può prescindere dalla sicura caduta di un tratto centrale in cui il giurista si occupava del trattamento dell'assente nel caso di *crimina leviora*, come riconosciuto fin da Mommsen,²⁰⁵ la cui opinione è generalmente accolta in dottrina.²⁰⁶ L'inciso *si autem gravius quis puniatur*, nell'introdurre la disciplina nel caso di *crimina graviora*, si giustifica solo presupponendo che precedentemente Marciano avesse discusso dei *crimina leviora*, seguendo un *iter* comune, anche in questo, al passo di Ulpiano analizzato nel paragrafo precedente.

Tutto lascia credere, dunque, che anche Marciano descrivesse il regime che permetteva la condanna dell'assente contumace nel caso di crimini puniti con pena pecuniaria o fino al limite della *relegatio*. In ordine a quello che, invece, del passo è pervenuto possiamo desumere le due seguenti informazioni che non solo non contrastano fra loro, ma si accordano perfettamente con quanto ricavato da D. 48.19.5. pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*):

(a) secondo un rescritto di Settimio Severo e Antonino Caracalla, nessun assente deve essere condannato: la *ratio aequitatis* non tollera, infatti, alcuna condanna *inaudita causa*: si tratta di una posizione conforme al precedente di Traiano citato da Ulpiano;

(b) per i crimini puniti con pena più grave, come la condanna *ad metalla* o la pena capitale, all'assente non va irrogata alcuna sanzione, la quale è sostituita dalla *adnotatio* dell'assente in qualità di *requirendus*, come deterrente all'irreperibilità.

Si tratta di due punti che non sono in contraddizione a patto di ricordare quanto la disciplina della *contumacia* abbia inciso sulla nostra materia. Il rescritto di età severiana richiamato nel *principium* del passo [punto (a)] ben può esprimere, sulla scia del precedente di Traiano, che nessun assente debba essere condannato. Infatti, solo il contumace è punibile per i reati meno gravi, mentre l'assente non contumace è da assolvere per qualunque crimine sia imputato. Ed anche la riflessione contenuta nel *principium* è coerente con que-

²⁰⁴ I seguenti studiosi hanno avuto modo di occuparsi del frammento: M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* cit., 58 nt. 14, 59 nt. 18 e 60 nt. 20; L. FANIZZA, *L'assenza dell'accusato* cit., 92; A. WACKE, *Audiatur et altera pars* cit., 390 ss.; A. LÓPEZ PEDREIRA, *Algunas reflexiones* cit., 380; F. LONGCHAMPS DE BERIER, *Audiatur et altera pars. Eine fehlende Säulenschrift am Warschauer Justizpalast und die Bedeutung der Parömie im polnischen Recht*, in J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.-P. CORIAT (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos. Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 434, con difesa della genuinità del passo. Cfr. inoltre, sotto il profilo della sistematica delle opere '*de publicis iudiciis*' F. BOTTA, *Opere giurisprudenziali "de publicis iudiciis" e cognitio extra ordinem criminale* cit., 314 ss., il quale istituisce un felice parallelo con il libro settimo dell'opera *de officio proconsulis* di Ulpiano.

²⁰⁵ *Digesta Iustiniani. Editio maior*, II, Berolini 1870, 839, nt. 3: *excidit caput de absentium in poenas leviores damnatione* (cf. D. 48.19.5 pr.). Similmente nell'*Editio minor*, I, rist. Hildesheim 1988, 861 nt. 24: *intercidit caput de absentium in poenas leviores damnatione* (Mo.).

²⁰⁶ M. WŁASSAK, *Anklage und Streitbefestigung* cit., 59 nt. 18.

sti principi: l'assente, anche se contumace, non è condannabile alle pene più gravi o alla pena capitale previste per i *crimina graviora*.²⁰⁷

Ciò detto, crediamo che il contenuto del passo sia classico, in particolare siamo convinti che debba risalire a Marciano l'inciso *hoc iure utimur*, sospettato di essere interpolato insieme a tutto il *principium*.²⁰⁸ Infatti, è stato dimostrato che l'espressione *hoc iure utimur*, oltre ad essere spessissimo impiegata dai giuristi romani – a tacer d'altri, si pensi a Gaio²⁰⁹ – trova applicazione anche nelle fonti letterarie a partire da Terenzio.²¹⁰

Crediamo genuino anche il paragrafo 1 del frammento. Innanzi tutto per una ragione di ordine logico: se fossero stati i bizantini a scrivere il tratto *si autem praestet* che contiene la disciplina dell'assenza per i casi di crimini più gravi, non ci spiegheremmo la cesura relativa al segmento in cui Marciano si stava occupando dei crimini più lievi: il passo, infatti, risente di una sconnessione evidente che non si spiega se si pensa ad un rimaneggiamento successivo che avrebbe, al contrario, dovuto evitare proprio ogni illogicità nel testo.

Inoltre, sia l'espressione *gravius quis puniatur*, e più in genere la classificazione dei crimini in più gravi e meno gravi, sia la categoria dei crimini capitali che compare nel passo crediamo possa ricondursi all'originale classico.

Cominciamo dall'espressione *gravius quis puniatur*. In letteratura sono stati segnalati diversi luoghi del Digesto, tutti classici, in cui si riscontra un uso del comparativo simile a quello (*gravius*) presente nel nostro passo.²¹¹ Inoltre, non mancano testi, due dei quali di Ulpiano,²¹² capaci di attestare l'impiego del comparativo di *gravis* per indicare un reato punito con una pena più grave.²¹³ Possiamo concludere dicendo che la distinzione tra

²⁰⁷ Diversamente, secondo la lettura di U. BRASIELLO, *Sull'assenza* cit., 2 s., le due parti del passo di Marciano conterrebbero una contraddizione (l'assente non si può mai condannare / l'assente non si può condannare nei soli crimini più gravemente puniti o capitali) che si spiegherebbe pensando che la prima parte del frammento si riferisca alle *quaestiones publicae* e la seconda alle *cognitiones*. Tuttavia, oltre alle già esposte (*supra*, nt. 194) ragioni di dubbio circa la ricostruzione di Brasiello, crediamo che si possa aggiungere la seguente considerazione. Ci sembra difficile credere che in età severiana, quando ormai il processo *per quaestiones* era quasi completamente estinto potessero essere emessi rescritti proprio per questo tipo di processo, si tratta di una difficoltà a riferire il rescritto menzionato nel *principium* di D. 48.17.pr.-1 (Marc. 2 *publ.*) al solo processo *per quaestiones*.

²⁰⁸ Da parte di: H. NIEDERMEYER, *Über antike Protokoll-Literatur*, Göttingen 1918, 78; P. KOSCHAKER, Rec. a M. Wlassak, *Anklage und Streibefestigung* cit., 368 e nt. 1, con letteratura; F. PRINGSHEIM, *Jus aequum und jus strictum*, in ZSS 42, 1921, 646 nt. 8, ritiene interpolato il passo in virtù del riferimento all'*aequitas* che per l'autore sarebbe di ascendenza bizantina; similmente vd. G. VON BESELER, *Aequitas*, in ZSS 45, 1925, 455.

²⁰⁹ Gaio impiega diverse volte l'espressione *alieno iure utimur*: 1.80; 1.135; 2.227; 3.64; 4.163.

²¹⁰ In aderenza ad una concezione strumentalistica del diritto, caratteristica dell'età repubblicana, per la quale vd. R. SANTORO, *'Iure uti' in Ter., Hec. Prol. II, 3-4*, in AUPA 49, 2004, 235 ss.

²¹¹ E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 374 s., segnala D. 26.10.1.8 (Ulp. 35 *ad ed.*): *facta atrociora*, D. 49.7.1.5 (Ulp. 4 *de appell.*): *graviora crimina*, D. 39.4.16.1 (Marc. *lib. sing. de delat.*): *gravius admisisse*, D. 49.16.3 (Mod. 4 *de poen.*): *gravius ... admiserit*. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 246 nt. 204, ritiene che la distinzione tra crimini più e meno gravi si debba all'elaborazione da parte della giurisprudenza classica.

²¹² Si tratta di testi non sospettabili di essere stati interpolati, provenendo dalla *Collatio legum*: Coll. 11.7.1.3: *VLPIANUS libro octavo de officio proconsulis sub titulo de abigeis: Rescriptum divi Hadriani sic loquitur, quasi grauior poena sit metalli: nisi forte hoc sensit diuus Hadrianus gladii poenam dicendo ludi damnationem*. Coll. 15.2.1.3: *VLPIANUS libro VII de officio proconsulis sub titulo de mathematicis et uaticinatoribus: ... Nam qui de principis salute, capite puniti sunt uel qua alia poena grauiore adfecti*.

²¹³ Cominciamo con un passo dello stesso Marciano: D. 48.19.11 (Marc. 2 *de pub. iud.*): *... in gravio-*

crimina graviora e *crimina leviora*, che sta alla base del trattamento dell'assente secondo Ulpiano e Marciano, era ben nota ai giuristi classici.

Costoro certamente conoscevano anche la categoria dei crimini capitali come dimostra un passo di Modestino, ritenuto genuino in letteratura,²¹⁴ che riconduce l'*appellatio* '*capitalis*' nel linguaggio giuridico, a differenza di quello corrente, al crimine che comporta la pena di morte o la perdita della cittadinanza: D. 50.16.103 (Mod. 8 reg.): *licet 'capitalis' Latine loquentibus omnis causa existimationis videatur, tamen appellatio capitalis mortis vel amissionis civitatis intellegenda est*.

In conclusione, crediamo di potere affermare la genuinità del passo di Marciano e la classicità delle informazioni che ne desumiamo, le quali si integrano con i dati forniti da Ulpiano in D. 48.19.5 (Ulp. 7 *de off. proc.*): in età dei Severi, a fronte del generico divieto di condannare gli assenti e fino a quel momento vigente, si precisò che in realtà l'assente contumace poteva (non doveva) essere condannato *extra ordinem* se accusato di *crimina leviora*, mentre il divieto assoluto di condanna, valido per tutti gli assenti, anche se contumaci, restava in vigore per i processi incardinati innanzi alle *quaestiones publicae* residue e per i *crimina graviora*, puniti *extra ordinem* con le pene più gravi, ossia la condanna *ad metalla* e la pena capitale.²¹⁵ In quest'ultimo caso, all'assente irrepibile veniva irrogata la misura della iscrizione in qualità di *requirendus* in una apposita lista, al fine di 'costringerlo' a costituirsi in giudizio, dietro la minaccia dell'irrogazione di una sanzione di carattere pecuniario.

ribus poenis. Si vd. ancora: D. 48.5.39(38).3 (Pap. 36 *quaest.*): *crimina graviora*; D. 48.7.1.5 (Ulp. 4 *de appell.*): *graviora crimina*; D. 48.19.14 (Macer 2 *de re milit.*): *Quaedam delicta pagano aut nullam aut leviolem poenam irrogant, militi vero graviorem*; D. 48.20.7 pr. (Paul. *lib. sing. de port. quae liberis daman-torum conceduntur*): *graviorem poenam*; D. 49.16.4.10 (Arr. Men. 1 *de re milit.*): *gravius autem delictum*; D. 49.16.4.14 (Arr. Men. 1 *de re milit.*): *levius itaque delictum emansiois habetur, ut erroris in servis, desertiois gravius, ut in fugitivis*; D. 50.2.5. (Pap. 2 *quaest.*): *crimine leviole*. Cfr. anche C. 9.1.1 e C. 9.40.1.

²¹⁴ A. CARCATERRA, *Le definizioni dei giuristi romani. Metodo mezzi fini*, Napoli 1966, 141, il quale specifica che nel linguaggio giuridico '*poena capitalis*' deve essere intesa in senso più ristretto rispetto alla lingua latina corrente; R. FIORI, *Homo sacer* cit., 56 s., con letteratura. Infine, E. LEVY, *Die römische Kapitalstrafe* cit., 354 s., riferisce all'elaborazione della giurisprudenza classica la distinzione tra crimini capitali e non capitali. Ancora, lo studioso sottolinea (330) come il lemma *caput*, in tutti gli impieghi penalistici, indichi la punizione che costa la testa al reo. Infine, rileva ai nostri fini un passo del giurista Paolo in cui si distingue tra *iudicia publica capitalia* e *iudicia publica non capitalia*, a seconda che comminino la pena di morte o la perdita della cittadinanza in virtù dell'esilio, istituto che ha ormai assorbito l'*aquae et ignis interdictio*, ovvero che prevedano pene pecuniarie o coercizioni corporali: D. 48.1.2 (Paul. 15 *ad ed. praet.*): *Publicorum iudiciorum quaedam capitalia sunt quaedam non capitalia. capitalia sunt ex quibus poena mors aut exilium est, hoc est aquae et ignis interdictio: per has enim poenas eximitur caput de civitate ... non capitalia sunt, ex quibus pecuniaria aut in corpus aliqua coercitio poena est*.

²¹⁵ Due costituzioni imperiali consentono di confermare queste conclusioni. Secondo C. 9.40.1 (Ant. Carac. a. 211) l'assente imputato per *gravia crimina* non può essere condannato, ma deve essere annotato in qualità di *requirendus* al fine di dargli la possibilità di costituirsi in giudizio e dimostrare la sua innocenza. Il testo rileva ai nostri fini perché dimostra l'impiego anche da parte della cancelleria imperiale della categoria dei crimini (più) gravi, contrapposta a quella dei crimini (più) lievi. Rileva anche C. 9.2.6 pr. (Gord. a. 243), rescritto che ribadisce il divieto di condannare l'imputato assente accusato di un crimine capitale, il quale, secondo la consuetudine, va annotato come soggetto *requirendus* in aderenza ad un *vetus ius*, che non avremmo difficoltà a riportare all'applicazione consuetudinaria, nella prassi dei tribunali, del primo divieto di condanna degli assenti disposto da Traiano, secondo la testimonianza di Ulpiano contenuta in D. 48.19.5 pr. (Ulp. 7 *de off. proc.*). Del resto, Traiano, come detto, conosceva già la pratica dell'*adnotatio* dell'imputato di crimine capitale assente.

Se volessimo ridurre ad una sola proposizione la disciplina dell'assenza nel processo criminale di età classica, potremmo dire che l'assente andava sempre assolto, a meno che non fosse dichiarato contumace in un processo incardinato *extra ordinem* e per il quale era prevista la condanna *usque ad relegationem*. In caso di irreperibilità, a fronte del divieto di condanna dell'imputato assente, in diritto romano era prevista l'iscrizione del reo in una lista di *requirendi*, volta a spingere l'assente irreperibile a presentarsi in giudizio, pena, dopo il protrarsi della irreperibilità per un anno, l'incameramento dei beni da parte del fisco.

FRANCESCA TERRANOVA
(Università di Palermo)

Tracce di ‘*improbis intestabilisque*’
nella Parafrasi di Teofilo e nei Basilici

ABSTRACT

The research is a part of a wider study on the *improbis* and the so called *intestabilitas* in the Roman sources and focuses on analysis of a passage of the Theophilus'Paraphrase (2.10.6) and some σχόλια added to the Basilica [especially, Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6 e Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14] – texts that have not been taken into account (except for PT. 2.10.6 only) by the scholars who studied the implications associated with the *improbis intestabilisque esse*. The Author aims to verify the presence of traces of that institute in the aforementioned Byzantine sources, which may be useful for a more complete reconstruction of the historical evolution of the Roman formulaic *improbis intestabilisque* terminology.

PAROLE CHIAVE

‘*Improbis intestabilisque*’; *testamenti factio (cum testibus)*; testimonianza; uso della lingua latina nelle fonti giuridiche bizantine.

TRACCE DI ‘IMPROBUS INTESTABILISQUE’ NELLA PARAFRASI DI TEOFILO E NEI BASILICI

SOMMARIO: 1. Premessa: confini e ragioni della ricerca. – 2. Sulle tracce di ‘*improbus intestabilisque*’ nella Parafrasi di Teofilo (2.10.6) ... – 3. ... e in alcuni σχόλια dei Basilici, con particolare riguardo a Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6 e Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14. – 4. Spunti di riflessione per ulteriori indagini.

1. PREMESSA: CONFINI E RAGIONI DELLA RICERCA.

Nel quadro di più ampi studi che abbiamo in corso sulla testimonianza e, in particolare, sulla storia del significato dei termini ‘*improbus intestabilisque*’, hanno destato la nostra curiosità un passo tratto dalla Parafrasi greca alle Istituzioni giustiniane (2.10.6)¹ e alcuni luoghi dei Basilici [*praecipue*, Sch. 1 a Bas. 39.1(Pb).6 e Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14],² del tutto trascurati³ dagli studiosi che si sono occupati delle questioni che ruotano intorno alla ‘*improbitas*’ ed alla c.d. ‘*intestabilitas*’.⁴

¹ Il testo di PT. 2.10.6 è *infra* riportato al § 2.

² Invero, nel presente lavoro di ricerca abbiamo preso in esame tutti gli *scholia* dei Basilici nei quali ricorrono translitterazioni in lingua greca (‘*ἰντεστάβιλῖς*’, ‘*ἰντεστάβιλῖς*’, ‘*ἰντεσταβίλῖς*’, ‘*ἰντεσταβίλιος*’, ‘*intestabélῑς*’) del sostantivo ‘*intestabilis*’. Una rassegna completa di tali luoghi può rinvenirsi *infra*, § 3, nel testo, ed altresì, *ivi*, nt. 59.

³ Da quel che ci risulta, in letteratura è stato preso in considerazione – per lo più fuggacemente (si veda, tra gli studiosi più antichi, ad esempio, F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette tradotte ed arricchito di copiose note e confronti col codice civile del Regno d'Italia*, XXII, tradotto e annotato da S. PEROZZI *et alii*, Milano 1906, 590 nt. 93) – solo il brano tratto dalla Parafrasi greca delle Istituzioni di Giustiniano (2.10.6) ove ricorrono i termini *improbus intestabilisque*. Tra i più recenti contributi dedicati al tema, un esame del passo teofilino testé citato può rinvenirsi in G. PAPA, *Si ... intestabilis ex lege esse iubetur*, in SDHI 81, 2015, 18 ss., che segnala l’inclinazione della storiografia che ha studiato la condizione nella quale può venire a trovarsi il testimone qualificato ‘*improbus intestabilisque*’ «a isolare le singole fattispecie in cui la sanzione trovava compimento nell’ambito di ricostruzioni incentrate per lo più sulla disciplina della testimonianza o della diffamazione o ancora dell’eresia, e dunque sostanzialmente refrattarie a spinnersi oltre il piano *stricto sensu* ‘effettuale’» (ID., *op. cit.*, 3). Vedremo, tuttavia, che nelle fonti bizantine prese in esame in queste pagine più ampi sono i problemi messi in campo dall’interpretazione dei suddetti termini, non riducibili meramente alla questione concernente i possibili effetti sanzionatori che ne discendono [in proposito v. *infra*, spec. §§ 3 e 4, a proposito di PT. 2.10.6 e Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14].

⁴ In letteratura si è soliti comunemente adoperare le espressioni ‘*intestabilitas*’ ed ‘*improbitas/improbitas*’. È bene, tuttavia, precisare che mentre il primo termine non si riscontra, per quel che siamo riusciti ad appurare, nelle fonti latine di età romana, il secondo, invece, è sicuramente attestato già in opere dell’età repubblicana. Rinviamo, per un primo orientamento, ai luoghi riferiti nel Thes. ling. Lat. VII.1, v. *improbitas*, coll. 685 s. nonché, con precipuo riferimento ai testi giurisprudenziali, a quelli rinvenibili nel VIR III,

A tali testi intendiamo dedicare in queste pagine la nostra attenzione allo scopo di verificare in primo luogo se, nella letteratura giuridica bizantina, e in ispecie nel pensiero degli *antecessores*,⁵ possa scorgersi un qualche interesse per le implicazioni giuridiche che discendono dall'*improbis intestabilisque esse*; in secondo luogo, e in connessione al suddetto aspetto, per accertare, da una parte, se, ed in che misura, rimanga traccia nelle scuole giuridiche bizantine della questione circa la portata tecnica da attribuire al sostantivo '*intestabilis*', che sul punto – com'è notissimo – pare essere ancora dibattuta nella giurisprudenza di età classica, quanto meno per quel che concerne i profili sanzionatori che ne conseguono;⁶ dall'altra, se sussista un qualche interesse anche per l'individuazione dell'accezione semantica di '*improbis/improbis*'.⁷

È bene ricordare, in proposito, che di quest'ultimo sostantivo parrebbe essersi perduta, nei frammenti dei giuristi che ci sono stati tramandati tramite i *Digesta Iustiniani* [D. 22.5.21 pr. (Char. *lib. sing. de test.*), 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*), 28.1.26 (Gai. 22 *ad ed. prov.*), 47.10.5.9 (Ulp. 56 *ad ed.*)], la connessione con *intestabilis*, a motivo, se si accoglie un'opinione avanzata di recente in letteratura, del venire meno nel corso dell'età classica delle ragioni poste originariamente a fondamento della stretta correlazione tra i due termini;⁸

v. *improbis*, col. 441 e, per quelli escerpiti dai Codici Teodosiano e Giustiniano, ai brani rintracciabili con l'*Auxilium in Codices Theodosianum Iustinianumque investigandos* (ACTI).

⁵ Sul termine *antecessor* (translitterato ἀντικίνησος) «usato nelle costituzioni programmatiche riguardanti il *Corpus Iuris* e nella letteratura giuridica d'età giustiniana ... per indicare gli insegnanti di diritto», probabilmente «mutuato dal lessico delle attività militari, con riferimento alle quali il termine allude a coloro che vanno in avanscoperta, che precedono le truppe (per la ricognizione dei luoghi)» si veda di recente, per tutti, G. FALCONE, *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 147 ss., con letteratura ivi citata e discussa, spec. ntt. 1-3, 7.

⁶ Ci riferiamo in proposito a quanto può desumersi, qualora se ne accetti la genuinità, dalla lettura congiunta di due notissimi frammenti del Digesto che non prenderemo in esame in queste pagine (se non per alcuni profili strettamente funzionali all'analisi delle fonti di età bizantina delle quali ci occuperemo), riservandoci di trattare di essi in un'autonoma sede d'indagine, vale a dire 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*) e 28.1.26 (Gai. 22 *ad ed. prov.*).

⁷ In luogo di '*i m probis*', non di rado si rinviene nelle fonti '*i n probis*' [ciò può notarsi anche per i derivati: verbi (ad esempio, *improbis inprobo*), sostantivi (come è il caso di *improbis/inprobis*), forme avverbiali (quale *improbis inprobe*) o ancora per il grado superlativo dell'aggettivo (così *improbissimus/inprobissimus*)]. In effetti, il termine in questione è composto dal prefisso privativo '*in-*' (alla stessa stregua, del resto, della seconda parola della locuzione in esame, *i n testabilis*) e dal sostantivo '*probus*', prefisso che può mutare in '*im-*' se seguito dalle consonanti labiali *b*, *p* ed *m* e che «employé pour créer des formes adjectives et adverbiales, comme ἄ-, ἄν- en grec; cf. *probus*, *improbis*, et demeuré naturellement dans leurs dérivés *improbo*, *improbis*, etc.». Così A. ERNOUT-A. MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la Langue Latine. Histoire des mots*⁴, Paris 1959, v. *in-*, 311 col. II.

⁸ Si veda sul punto R. FIORI, *Fides e bona fides. Gerarchia sociale e categorie giuridiche*, in ID. (a cura di), *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 3, Napoli 2008, specialmente, per i profili che rilevano ai fini della nostra indagine (e per la citazione più sopra riportata), 244 ntt. 31 e 32, il quale, muovendo dall'attribuzione alle qualifiche di '*boni*', '*optimi*', '*sani*', '*fortes*', '*probi*' di un'originaria accezione sociale (o meglio, gerarchico-sociale) – che avrebbe assunto solo nello sviluppo successivo senso morale autonomo, a partire grosso modo dagli ultimi due secoli della Repubblica, con l'affermarsi a Roma, mutuando il modello braudeliano, di una «economia-mondo» –, ritiene plausibile che «nelle successive norme in materia (o nelle ripetizioni della regola decemvirale...)» di XII tab. 8.22, essendo ormai mutato «il tessuto sociale entro cui si giustificava l'*improbis* ..., resta solo l'*intestabilis*». Degno di rilievo è, ad ogni modo, che all'interno della compilazione giustiniana, diversamente da quanto può evincersi dai

ad avere rilievo giuridico in tali luoghi è, infatti, la sola qualifica di *intestabilis*.⁹

frammenti del Digesto che accennano alla sola condizione di *'intestabilis'*, ricorre nel manuale imperiale (2.10.6, nonché nel corrispondente luogo della Parafrasi di Teofilo, su cui ci soffermeremo tra breve, § 2) l'originaria espressione *'improbis intestabilisque'* risalente alla legislazione decemvirale. Dello stesso studio rinviamo anche, almeno, a *La gerarchia come criterio di verità: 'boni' e 'mali' nel processo romano arcaico*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013, particolarmente, circa la qualifica di *'improbis'* ed *'intestabilis'* 212 ntt. 181 e 182; è appena il caso di ricordare che questi ultimi lavori si inseriscono all'interno di un più ampio filone di indagini intrapreso dall'autore a proposito del modello del *'bonus vir'* nel pensiero di Cicerone, su cui v., *praecipue*, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, *passim*; *Il vir bonus tra filosofia greca e tradizioni romane nel de officiis di Cicerone*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus. Un modello ermeneutico della riflessione giuridica antica*, Incontro di studio. Trani, 28-29 ottobre 2011, Bari 2013, 19 ss., seguito da R. CARDILLI, *'Vir bonus' e 'bona fides'*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus cit.*, 179 ss., spec. 186 ss. Per un diverso orientamento circa la portata semantica in età repubblicana dei termini *optimus*, *probus* e *fortis*, in chiave di rilevanza «etico-comportamentale» delle suddette qualifiche piuttosto che «sociale», nell'arco temporale di III-II sec. a.C., v. G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana* (a proposito di Cato, *or. fig.* 186 Sblend. = 206 Malc.), in AUPA 54, 2010-2011, 57 ss.; ID., *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus' nella prassi giudiziaria d'età repubblicana. Con un'Appendice su 'optimus', 'probus', 'fortis'*, in A. LOVATO (a cura di), *Vir bonus cit.*, 39 ss., 83 ss. e su *'probus'* 88; ID., *La formula 'ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione' e la nozione di 'vir bonus'*, in *Fundamina* 20, 2014, 258 ss.

⁹ I quattro passi escerpti dai *Digesta Iustiniani*, menzionati *supra* nel testo, sono gli unici luoghi tratti dagli scritti giurisprudenziali romani pervenutici nei quali è richiamato il termine *intestabilis*: cfr., a tal riguardo, VIR III, fasc. 1/3 (*inaedificatio-ipse*), v. *intestabilis*, col. 897. Neppure in sede di trattazione dell'istituto della *testamenti factio (cum testibus)* all'interno del testamento si rinviene, nelle opere dei giuristi tramandate al di fuori della compilazione giustiniana, alcun cenno alla condizione di colui che *'leges iubent improbum instabilemque esse'* (pensiamo, ad esempio, al manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio o ai *Tituli ex corpore Ulpiani*, dove l'istituto *de quo* è menzionato); ciò a differenza di quanto può, invece, evincersi dalla lettura di I. 2.10.6 (sul punto v. *infra*, § 2, e ivi nt. 20). Com'è noto, nei sopramenzionati frammenti, la qualifica di *intestabilis* viene fatta discendere da alcune fattispecie circoscritte e ben delineate, riconducibili, in almeno tre frammenti dei quattro tramandati nelle Pandette, alla sanzione nella quale sarebbe incorso colui che avesse commesso una particolare forma di *iniuria*, vale a dire che fosse stato condannato per aver composto e diffuso un *'carmen famosum'*, divenuto poi in età storica, un *libellum* o *librum 'ad infamiam alicuius pertinentem'*. Si guardino, in tal senso, D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi*; 22.5.21 pr. (Char. *lib. sing. de test.*): *Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit*; 47.10.5.9 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur*. D. 28.1.26 (Gai. 22 *ad ed. prov.*), *Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam putant, neue [ne vel. Mommsen] ipsi dicatur testimonium*, riferisce, invece, un testo in cui l'*incipit* (*'Cum lege quis intestabilis iubetur esse'*) ha sollevato non pochi dubbi in letteratura circa l'individuazione di quale fosse la legge alla quale avrebbe fatto riferimento il giurista di età antoniniana (sul problema, per cenni, *infra*, nt. 18), il che rende parecchio arduo stabilire il contesto normativo nel quale la sanzione in esame avrebbe trovato applicazione. Anche in età tardoantica, ed in ispecie nel Codice Teodosiano, il sostantivo *intestabilis* (al quale si fa esplicito riferimento in C.Th. 16.5.9 pr. e 16.5.54 pr.) trova impiego in un contesto specifico, vale a dire nei confronti degli eretici e degli apostati. Ci sembra, inoltre, opportuno incidentalmente rilevare che in letteratura si suole estendere tale sanzione anche ad ulteriori fattispecie, diverse da quelle trattate nei passi del Digesto poc'anzi citati dove ricorre il termine *intestabilis*: per limitarci ad un esempio, si ritiene che essa fosse comminata nell'ipotesi in cui si fosse riconosciuti colpevoli in un processo per *adulterium*. A sostegno dell'assunto si suole addurre quanto può leggersi in D. 22.5.14 (Pap. *lib. sing. de adult.*). È appena il caso di sottolineare che si tratta di una

Non priva di utilità ci sembra, dunque, un'indagine volta ad appurare se anche nei corrispondenti passi dei Basilici, e nei relativi *σχόλια*, ai testi del Digesto poc'anzi menzionati, sopravviva un qualche cenno alla condizione giuridica in cui viene a trovarsi il soggetto ritenuto *intestabilis*, sganciato dal riferimento alla qualifica di *improbis*, o se, in difformità da quanto emerge da tali luoghi delle Pandette, riaffiori nel diritto bizantino, e in particolare nella rielaborazione del diritto classico compiuta dagli *antecessores*, il ricordo della stretta, e forse inscindibile, unione tra *improbis* ed *intestabilis*, così come fissata nel versetto decemvirale comunemente collocato per lo più dagli editori nella *tabula VIII*,¹⁰ ove i due sostantivi ricorrerebbero, per la prima volta, congiunti ('*qui se sieriit testarier libripensue fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto*').¹¹

Avvertiamo, sin da ora, il lettore che non ci addentreremo in queste pagine a trattare del complesso problema dell'evoluzione storica dei suddetti termini, per la cui ricostruzione riteniamo, del resto, imprescindibile l'esame di tutti i luoghi (non meramente giuri-

questione che si ricollega ai problemi, assai discussi in letteratura, inerenti l'individuazione delle pene fissate dalla *lex Iulia de adulteriis* nonché il suo rapporto con le eventuali disposizioni in materia che precedono nel tempo l'emanazione di tale legge. Sul punto rinviamo, in particolare, a G. RIZZELLI, *Lex Iulia de adulteriis. Studi sulla disciplina di adulterium, lenocinium, stuprum*, Lecce 1997, *passim*, spec. 269 ss., con ampi riferimenti agli studi precedenti ed, altresì, a C. FAYER, *La famiglia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, III. *Concubinato, divorzio, adulterio*, Roma 2005, 189 ss., con letteratura ivi nelle note discussa. Per ulteriore bibliografia sull'istituto dell'*adulterium* v. anche i richiami bibliografici menzionati da F. PERGAMI, *Nuovi studi di diritto romano tardoantico*, Torino 2014, 30 nt. 1.

¹⁰ Non vi è uniformità di pensiero tra gli editori circa la collocazione del versetto decemvirale '*qui se sieriit testarier libripensue fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto*'. Per lo più si è propensi a disporlo all'interno della tab. VIII (diversamente, ad esempio, M. VOIGT, *Die XII Tafeln: Geschichte und System des Zivil- und Kriminalrechts wie -Prozesses der XII Tafeln nebst deren Fragmenten*, I, Leipzig 1883, 699, che lo colloca in XII tab. 2.4). Alcuni, infatti, lo pongono in XII tab. 8.22; altri in XII tab. 8.11. Tra i soli editori del testo delle *leges XII tabularum*, circa il primo orientamento, si vedano, a titolo esemplificativo, H.E. DIRKSEN, *Übersicht der bisherigen Versuche zur Kritik und Herstellung des Textes der Zwölf-Tafel-Fragmente*, Leipzig 1824, 607 ss.; R. SCHÖLL, *Legis duodecim Tabularum reliquiae*, 1866, 149; S. RICCOBONO, in FIRA, I², *Leges*, 62; C.G. BRUNS, *Fontes Iuris Romani Antiqui, Post curas Theodori Mommseni editionibus quintae et sextae adhibitas, septimum edidit Otto Gradenwitz*, I. *Leges et negotia*, Tubingae 1909, 33; D. FLACH, *Die Gesetze der frühen römischen Republik. Text und Kommentar*, Darmstadt 1994, 182. Per il secondo orientamento, rimandiamo a M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes*, II, London 1996, 690 s.

¹¹ Com'è noto, il tenore del versetto decemvirale in questione è tramandato in Gell., *Noct. Att.* 15.13.11: *Confessi autem aeris, de quo facta confessio est, in XII. tabulis scriptum his uerbis: Aeris confessi rebusque iudicatis XXX. dies iusti sunt. Item ex isdem tabulis id quoque est: Qui se sieriit testarier libripensue fuerit, ni testimonium fariatur, improbus intestabilisque esto* [citiamo dall'edizione teubneriana dell'opera curata da M. Hertz (Lipsiae 1861); v. in proposito anche Gell., *Noct. Att.* 7.7.2]. Di esso si sono occupati, nella sola letteratura più recente, nell'ambito per lo più di contributi dedicati specificamente alla ricostruzione della condizione giuridica in cui si trova il soggetto qualificato *improbis intestabilisque* o, più in generale, alla testimonianza, P. DOMÍNGUEZ TRISTÁN, *Algunas consideraciones sobre la noción de intestabilis*, in *La prueba y medios de prueba: de Roma al Derecho Moderno. Actas del VI Congreso Iberoamericano y III Congreso Internacional de Derecho Romano*, Madrid 2000, 215 ss., con bibliografia ivi discussa nelle note alla quale rinviamo (negli stessi Atti, un cenno alla portata del versetto decemvirale è in D. DE LAPUERTA, *La illamada prueba de intestabilis. La inhabilitación para testificar y para aportar testigos*, in *La prueba cit.*, 377 ss.); L. LOSCHIAVO, *Figure di testimoni e modelli processuali tra antichità e primo Medioevo*, Milano 2004, 15 s.; M. HUMBERT, *Intestabilis*, in *Fides humanitas ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2543 ss., con letteratura ivi citata alle ntt. 3-4; M. SALAZAR REVUELTA, *Antecedentes jurídicos de la prueba testifical*, in *IVRA* 59, 2011, 131 ss.; da ultimo, G. PAPA, *Si ... intestabilis ex lege esse iubetur cit.*, spec. 4 ss.

sprudenziali) nei quali essi ricorrono.¹² Darne conto in questo contesto significherebbe optare per una trattazione, per forza di cose, approssimativa e superficiale. Ragion per cui ci proponiamo piuttosto di affrontare tale indagine in un'autonoma, e quindi più appropriata, sede.

2. SULLE TRACCE DI 'IMPROBUS INTESTABILISQUE' NELLA PARAFRASI DI TEOFILO (2.10.6) ...

È invero risaputo che, all'interno della compilazione giustiniana, permane traccia della sopraccennata stretta correlazione tra *improbis* ed *intestabilis* in un passaggio del manuale imperiale, in sede di trattazione dell'istituto della *testamenti factio (cum testibus)*. Riportiamo il brano unitamente con il corrispondente luogo della Parafrasi di Teofilo,¹³ che costituisce oggetto della nostra disamina:

I. 2.10.6 *Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est. sed neque mulier neque impubes neque servus neque mutus neque surdus neque furiosus nec cui bonis interdictum est nec is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse, possunt in numero testium adhiberi* rel.;¹⁴

PT. 2.10.6 Ἐκεῖνοι πρὸς μαρτυρίαν παραλαμβάνεσθαι δύνανται μεθ' ὧν ἔχομεν TE-

¹² Né riteniamo – è appena il caso di precisarlo – che per ricostruire la storia della sanzione in esame sia sufficiente lo studio dei soli passi tratti dai *Digesta Iustiniani*, retro menzionati nel testo (e alla nt. 9), dai quali, solo in minima parte e con i dovuti accorgimenti metodologici, siamo in grado di trarre informazioni circa la condizione di colui che è qualificato *improbis intestabilisque* in età repubblicana.

¹³ È noto che in passato diversi dubbi sono stati avanzati dagli studiosi quanto all'attribuzione della Parafrasi greca delle Istituzioni giustiniane allo stesso Teofilo chiamato da Giustiniano a far parte della commissione incaricata di approntare il manuale imperiale. In tal senso si è espresso in particolare Ferrini – mutando avviso rispetto a un suo orientamento iniziale [v. *Intorno all'opportunità di una nuova edizione della Parafrasi di Teofilo e intorno alle fonti di questa, ai sussidi e al metodo*, in V. ARANGIO-RUIZ (a cura di), *Opere*, I. *Studi di diritto bizantino*, Milano 1929, 1 ss., già in RIL 16, 1883, 56 ss.; *La Parafrasi di Teofilo ed i Commentari di Gaio*, in *Opere*, I cit., 15 ss., già in RIL 16, 1883, 565 ss.] e tornando a più riprese sul tema in diversi suoi lavori: *Note critiche al libro IV dello Pseudo-Teofilo*, in (RIL 17, 1884, 891 ss. =) *Opere*, I cit., 27 ss.; *La Glossa torinese delle Istituzioni e la Parafrasi dello Pseudo-Teofilo*, in (RIL 17, 1884, 714 ss. =) *Opere*, I cit., 41 ss., spec. 51; *Prolegomena a "Institutionum graeca paraphrasis Theophili antecessore vulgo tributa" pars prior (Berolini, MDCCCLXXXIII)*, in *Opere*, I cit., 58 e soprattutto, *Delle origini della Parafrasi greca delle Istituzioni*, in (Archivio giuridico 37, 1886, 353 ss. =) *Opere*, I cit., 104 ss., spec. 112 ss. nonché *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*, in (Memorie Istituto Lombardo 9, 1886, 13 ss. =) *Opere*, I cit., 139 ss., spec. 147 ss. Tuttavia, i dubbi quanto alla paternità teofilina dell'opera sembrerebbero essere stati pressoché accantonati dalla dottrina successiva «specie dopo l'individuazione di un paio di scolii che già verso la metà del VI secolo attribuiscono PT all'antecessore costantinopolitano». Così G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in AUPA 45.1, 1998, 278 nt. 132 con bibliografia ivi citata, 305 s. Nella sola letteratura più recente rinviando anche a J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum, with a translation by A.F. MURISON*, Chimaira-Groningen 2010, XVIII ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Teofilo e la spes generandi*, in IVRA 58, 2010, 172 nt. 12, con ulteriore letteratura, ora in EAD., *Studi su Teofilo*, Torino 2016, 161 nt. 12.

¹⁴ Riportiamo il testo tratto dalle Istituzioni giustiniane seguendo la restituzione di P. KRÜGER (*Corpus Iuris Civilis*, I¹³, Berlin 1963, rist. Hildesheim 2000). Per il contesto espositivo da cui è tratto il brano, rimandiamo *praecipue* a G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, spec. 216 ss. nonché ID., *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 2004, 192 nt. 171.

STAMENTIFACTIONA, τουτέστιν οἷτινες ὕφ' ἡμῶν δύνανται γράφεσθαι κληρονόμοι καὶ γράφειν ἡμᾶς. εἰσὶ δέ τινες παντελῶς εἰργόμενοι τῆς ἐν διαθήκαις μαρτυρίας, οἷον γυνή, ἄνηθος, οἰκέτης, ἄλαλος, κωφός, μαινόμενος, ἄσωτος, ἔτι δὲ καὶ ὁ IMPROBUS INTESTABILISQUE. τίς δὲ οὗτός ἐστιν; οἷον διατιθεμένου τινὸς ἐκλήθη ΤΙΤΙΟΣ ἐπὶ μαρτυρίαν· ἐμαρτύρησε, τουτέστιν ὑπέγραψεν ἐν τῇ διαθήκῃ καὶ ἐσφράγισεν. τελευτήσαντος τοῦ TESTATOROS οὐκ ἠθέλησε παραγενέσθαι καὶ μαρτυρῆσαι ὅτι αὐτοῦ ἐστιν ἢ τε ὑπογραφή καὶ ἡ σφραγίς. μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι, καὶ οὐκ ἐῷσιν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης οὐδὲ διδόασιν αὐτῷ τοῦ διατίθεσθαι παρρησίαν οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ μαρτυρεῖν ἐτέρου διατιθεμένου. λέγεται οὖν ὁ τοιοῦτος IMPROBUS INTESTABILISQUE.¹⁵

In I. 2.10.6, alla preliminare specificazione che possono adibirsi quali testimoni coloro ‘*cum quibus testamenti factio est*’, segue un’elencazione dei soggetti – introdotti dalla congiunzione avversativa ‘*sed*’¹⁶ – (la donna, l’impubere, lo schiavo, il muto, il sordo, il *furiosus*, colui al quale fosse stata interdetta l’amministrazione dei beni¹⁷ e, infine, che le leg-

¹⁵ Citiamo la fonte dalla recente edizione olandese curata da J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* cit., 298 s. riportando altresì in nota la traduzione inglese realizzata da Murison (su cui v. *op. cit.*, *Prolegomena*, 5.2, XLIV-XLV; nonché S. CORCORAN, *Murison and Theophilus*, in BICS 53.2, 2010, 93 ss.) che abbiamo confrontato (segnalando eventuali difformità nella restituzione del testo) con quella latina, più antica, rinvenibile nell’edizione della Parafrasi curata da Reitz (*Theophili antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Caesarearum*, I, Hagae Comitum 1751, 337 s.); abbiamo preferito quest’ultima alla traduzione latina di Ferrini (*Institutionum graeca Paraphrasis Theophilo antecessoris vulgo tributa*, I, Berolini 1884, 157) seguendo sul punto i rilievi di G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones* cit., 223 s., cui rimandiamo.

Murison: Those persons can be taken to witness with whom we have *testamenti factio*; that is, such persons as are capable of being appointed heirs by us and of appointing us heirs. But there are some persons that are entirely excluded from witnessing wills; as a woman, a youth under puberty, a slave, a mute, a deaf person, a lunatic, a prodigal, and a person that is *improbus intestabilisque*. And who is meant by this expression? Take a case. When a man was making his will, Titius was invited to be a witness; he acted as a witness, that is, he signed and sealed the will; but on the death of the testator, he refused to come and bear witness that the signature and the seal were his. Such a person the law cannot endure, and they do not permit him to take anything under another’s will, nor do they give him leave to make a will, nor do they allow him to be a witness to another making his will. And such a person is called *improbus intestabilisque* (a bad character and therefore incapable of taking any part in the making of a will).

Reitz: Ad testimonium ii adhiberi possunt, cum quibus habemus testamenti factionem, id est qui a nobis heredes scribi, ac scribere nos possunt. Sunt autem quidam omnino prohibiti a testimonio testamentario (in Reitz, I.337 leggiamo: ‘ἐν διαθήκῃ μαρτυρίας’), *veluti mulier, impubes, mutus, surdus, furiosus, prodigus, servus, item & improbus intestabilisque* (in Reitz, *ibidem*, l’ordine dei *testes inidonei* è il seguente: ‘γυνή, ἄνηθος, ἄλαλος, κωφός, μαινόμενος, ἄσωτος, οἰκέτης, ἔτι δὲ καὶ ὁ IMPROBUS INTESTABILISQUE’). Sed quisnam hic est? *veluti*: testante aliquo, vocatus fuit Titius ad testimonium; testis fuit, hoc est subscripsit in testamento & signavit. Mortuo testatore, noluit adesse ac testimonium perhibere, suam esse & subscriptionem & signum. Oderunt hunc leges, neque permittunt eum quid capere ex alieno testamento: neque dant ei testandi licentiam, neque concedunt ei testem esse *alio* testamentum condente. Dicitur autem hic *improbus intestabilisque*.

¹⁶ Sul punto, per cenni, *infra*, in questo stesso paragrafo e ivi nt. 34.

¹⁷ Sull’inidoneità dei soggetti annoverati in I. 2.10.6 a fungere *iure* da testimoni in un testamento vengono in rilievo Tit. Ulp. 20.7 – che riferisce un elenco differente da quello tramandato nel manuale imperiale (*‘Mutus surdus furiosus pupillus femina neque familiae emptor esse neque testis lipripensue fieri potest’*) –, nonché alcuni luoghi giurisprudenziali collocati dai compilatori giustinianeî sotto il titolo primo del ventottesimo libro dei *Digesta Iustiniani* (*‘Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamenta*

gi¹⁸ stabilissero essere *improbis intestabilisque*) che non possono essere chiamati in qualità di testimoni ad integrare con la loro presenza la realizzazione di un testamento (*non 'posunt in numero testium adhiberi'*).¹⁹

Il passo è collocato all'interno di una più ampia trattazione (I. 2.10.6-11) sugli individui che possono essere considerati *testes idonei* in un testamento.²⁰ Analogo schema esposi-

fiani'), molti dei quali sono stati tratti dal *libro primo ad Sabinum* di Ulpiano: ad esempio, sulla donna, 28.1.20.6 (Ulp. 1 *ad Sab.*); sull'impubere, 28.1.20 pr. (*ibidem*); sullo schiavo, 28.1.20.7 (*ibidem*); sul *furius*, 28.1.20.4 (*ibidem*); sul *prodigus*, 28.1.18 pr. (*ibidem*).

¹⁸ Il riferimento ad una o più leggi o senatoconsulti che avessero stabilito in cosa consistesse l'*improbis intestabilisque esse* (e quali fossero – possiamo conseguenzialmente supporre – le misure sanzionatorie che ne discendevano) non si rinviene solo in I. (nonché PT.) 2.10.6 ma anche in D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit ...*; 28.1.26 (Gai. 22 *ad ed. prov.*), *Cum lege quis intestabilis iubetur esse ...*; 47.10.5.9 (Ulp. 56 *ad ed.*): *... intestabilis ex lege esse iubetur*. Com'è noto, dalle scarse informazioni reperibili nei singoli contesti citati è molto controverso ricostruire quale fosse il provvedimento richiamato nonché il suo presunto contenuto. Si noti, altresì, che I. e PT. 2.10.6 sono gli unici luoghi nei quali si discute, al plurale, di 'leggi', a differenza degli altri testi menzionati che contengono il richiamo ad una legge, o genericamente, alla legge, o ancora ad un senatoconsulto. La questione non può essere trattata in maniera esaustiva in queste pagine e ci proponiamo di affrontarla in un contesto autonomo, in una con l'esegesi dei frammenti testé menzionati. Per una sintesi dei problemi dibattuti in letteratura su tale aspetto rinviamo al recente contributo di G. PAPA, *Si ... intestabilis ex lege esse iubetur* cit., 9 nt. 17, 11 nt. 20, 12 nt. 21, 13 nt. 23, 18 nt. 33.

¹⁹ È appena il caso di ricordare che il verbo '*adhibeo*' (così come, per citare altri esempi, i verbi '*rogo*' e '*perhibeo*') è impiegato nelle fonti giurisprudenziali romane con una valenza tecnica, con la quale si pone l'accento sulla necessità che la partecipazione dei testimoni ad un atto librare, e in particolare ad un *testamentum per aes et libram*, non possa considerarsi meramente incidentale né tanto più involontaria. Per la validità dell'atto, infatti, non «bastava ... che i testimoni fossero presenti, bisognava che fossero stati previamente *rogati* e che fossero consenzienti». Così, per tutti, F. GALLO, *La pretesa pubblicità dei trasferimenti nel diritto romano arcaico e classico*, in SDHI 23, 1957, 199 nt. 58. Era, infatti, necessario che i *testes* venissero esplicitamente 'chiamati' dalle parti a partecipare all'atto, integrando con la loro presenza un requisito strutturale essenziale per la validità dello stesso (sulla questione rinviamo, in particolare, a G.G. ARCHI, *Oralità e scrittura nel «testamentum per aes et libram»*, che citiamo da *Scritti di diritto romano*, II. *Studi di diritto privato*, 2, Milano 1981, 735 ss., ove, muovendo in particolare dalla stesura di Gai 2.115-116, lo studioso prospetta l'ipotesi che il *testamentum per aes et libram* di età classica prevedesse tre «elementi formali *ad substantiam* del testamento civile...: la *venditio familiae*; la *nuncupatio*; i *testes*»: così ID., *op. cit.*, 737). In altri luoghi del manuale imperiale è impiegata, altresì, l'espressione '*recte adhiberi*' (così in I. 2.10.9) per sottolineare che non ogni soggetto poteva essere 'validamente' chiamato come testimone ma era necessario che ad essere *adhibitus* fosse un *testis* considerato *idoneus*.

²⁰ Non priva di un certo interesse è, a nostro modo di vedere, la circostanza che nel manoscritto veronese delle Istituzioni di Gaio (2.105-107) e nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (20.3-8), ove pure è preso in esame l'istituto della *testamenti factio cum testibus*, in sede di trattazione del *tertium genus testamenti*, non figurì tra i *testes inidonei* colui che '*leges iubent improbum intestabilemque esse*'. Autorevole dottrina [v. C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, che citiamo da E. ALBERTARIO (a cura di), *Opere*, II. *Studi sulle fonti del diritto romano*, Milano 1929, 365] ha ravvisato nelle Istituzioni di Marciano la fonte di riferimento impiegata dai compilatori – con un buon grado di approssimazione, probabilmente proprio da Teofilo [sul punto v., per tutti, G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones* cit., *passim*, spec. 305 ss., per un quadro di sintesi 390 ss., il quale suggerisce di confrontare il manuale imperiale con la Parafrasi di Teofilo per individuare indirettamente quale sia stato l'apporto di Doroteo alla stesura delle Istituzioni (ID., *op. cit.*, 305 ss., 323 ss., 384 ss.) e ipotizza, altresì, circa il ruolo di Triboniano, che egli non si sia limitato, verosimilmente, a una mera attività di coordinamento del lavoro svolto dagli altri due *antecessores* (ID., *op. cit.*, 230 ss.; in proposito v. anche M. VARVARO, *Lo stile di Triboniano e la compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in SDHI 68, 2002, 331)] – per la stesura dei §§ 5-7 di I. 2.10

tivo può rinvenirsi nei corrispondenti luoghi della Parafrasi di Teofilo (PT. 2.10.6-11), che tuttavia, rispetto al ῥητόν, sono intercalati da numerose esemplificazioni, spiegazioni e commenti degli istituti trattati.

Ricalca pressoché il ῥητόν l'*incipit* del § 6 di PT. 2.10 ('Εκεῖνοι πρὸς μαρτυρίαν παραλαμβάνεσθαι δύνανται μεθ' ὧν ἔχομεν TESTAMENTIFICATION'),²¹ cui fa seguito il medesimo elenco riportato in I. 2.10.6 dei soggetti ai quali veniva preclusa l'idoneità a testimoniare ('εἰσὶ δὲ τινες παντελῶς εἰργόμενοι τῆς ἐν διαθήκαις μαρτυρίας, οἷον γυνή, ἄνηβος, οἰκέτης, ἄλαλος, κωφός, μαινόμενος, ἄσωτος, ἔτι δὲ καὶ ὁ IMPROBUS INSTABILISQUE'). Da tale punto in poi, a differenza di quanto può leggersi nel corrispondente luogo del manuale imperiale, rinveniamo in PT. 2.10.6 una digressione alquanto dettagliata volta ad esplicitare agli studenti il significato dell'espressione *improbus instabilisque* (o meglio, secondo noi, della porzione di testo '*is, quem leges iubent improbum instabilemque esse*' contenuta nel ῥητόν).

Si tratta di uno di quei luoghi della Parafrasi sui quali vale la pena porre particolare attenzione, in quanto l'*antecessor* parrebbe svolgere in essi delle considerazioni in via autonoma e rispetto al ῥητόν e rispetto alle Istituzioni di Gaio.²² In proposito, infatti, è bene

[sulla scorta, da una parte, della citazione di Pomponio in I. 2.10.5 ('*secundum quod Pomponio visum est*'), dall'altra, del richiamo ai rescritti di Adriano, Settimio Severo e Antonino Caracalla in I. 2.10.7 ('*tam divus Hadrianus Catonius Vero, quam postea divi Severus et Antoninus rescripserunt*')] Di diverso avviso sul punto A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, Catania 1908, 336 ss., per il quale la congettura di Ferrini è di natura meramente indiziaria. Ribadisce che tale proposta «—in assenza di alcun conforto testuale — è da ritenersi largamente ipotetica», nella letteratura più recente, G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano* cit., 192 nt. 171 (di cui si veda anche *La legislazione imperiale* cit., 217 nt. 129). Il suggerimento di Ferrini andrebbe, ad ogni modo, verificato ed ulteriormente approfondito alla luce dei problemi che ruotano intorno alla ricostruzione palingenetica delle Istituzioni di Marciano, sulle quali ad oggi non pochi sono gli aspetti oscuri che pone siffatta indagine. In proposito, rinviando specialmente a L. DE GIOVANNI, *Per uno studio delle 'Institutiones' di Marciano*, in SDHI 49, 1983, spec. 95 ss.; ID., *Giuristi severiani: Elio Marciano*, Napoli 1989, 11 ss.; ID., *La giurisprudenza severiana tra storia e diritto. Le Institutiones di Elio Marciano*, in Athenaeum 94, 2006, 487 ss.; D. LIEBS, *Ālius Marcian. Ein Mittler des römischen Rechts in die hellenistische Welt*, in ZSS 128, 2011, 39 ss.; S. PIETRINI, *L'insegnamento del diritto penale nei libri Institutionum*, Napoli 2012, 47 ss., 60 ss.

²¹ L'esordio di PT. 2.10.6 differisce dal corrispondente luogo del manuale imperiale solo per la spiegazione fornita, incidentalmente, dal parafraste dei termini *testamenti factio* che leggeva nel ῥητόν: 'τοῦτέστιν οἵτινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται γράφεσθαι κληρονόμοι καὶ γράφειν ἡμᾶς', sui quali torneremo *infra*, nel testo di questo stesso paragrafo.

²² Interessanti prospettive di ricerca possono, a nostro avviso, trarsi da quei luoghi della Parafrasi di Teofilo che sembrerebbero non trovare riscontro nei due manuali istituzionali, quello giustiniano e quello gaiano (nella versione tramandata nel palinsesto Veronese) e nei quali, ad esempio, l'*antecessor* svolge le sue considerazioni giuridiche, specie sotto forma di commento. Sul problema delle fonti impiegate dal parafraste v., ultimamente, A.S. SCARCELLA, *The personality of Theophilus and the sources of the Paraphrase: a contribution*, in Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law 9, 2014, 121 ss., nonché, nello stesso volume della rivista, F. TERRANOVA, *The ὅρος ἥτοι ἐτυμολογία of testamentum and the problem of sources in the Paraphrase of Theophilus*, in *ibidem*, 243 ss.; da ultimo, C. RUSSO RUGGERI, *L'insegnamento di Teofilo tra Istituzioni e Parafrasi. Un significativo esempio di recupero culturale realizzato attraverso l'uso strumentale dei mezzi didattici, del linguaggio e della retorica bizantini*, in *Studi su Teofilo* cit., 1 ss. Sull'orientamento, seguendo il quale può ragionevolmente ipotizzarsi che «dietro la Parafrasi ci sia del materiale classico non confluito nelle *Institutiones*» e che si tratti di un «fenomeno ... forse più ricorrente di quanto si creda o di quanto appaia a primo acchito, nel senso che, anche laddove Teofilo sembri avanzare una propria personale spiegazione o esprimere una personale opinione, non è affatto detto che l'interpretazione proposta non tragga origine da uno spunto classico, che il Parafraste avrebbe recepito e sviluppato» rin-

incidentalmente ricordare che, secondo un orientamento ormai consolidato in letteratura, è ritenuto certo che nell'opera di elaborazione del materiale, confluito poi nel testo della Parafrasi, Teofilo avesse presente il manuale gaiano (insieme, probabilmente, alle *Res cottidianae*, opera che del resto è una delle fonti del ῥητόν).²³

Proprio su tale commento dei termini in esame, intendiamo senza indugio soffermarci.

Per i profili che interessano la nostra indagine ci sembra, in primo luogo, importante rilevare che in PT. 2.10.6 il parafraste fornisca una notazione esplicita solo dell'espressione *improbis intestabilisque*, che – a differenza dei sostantivi impiegati per riferirsi agli altri soggetti, presenti nell'elencazione, che non possono *iure* rivestire il ruolo di testimoni nell'atto – non è tradotta in lingua greca e neppure translitterata.²⁴ Sul punto, è appena il caso di ricordare che, la scelta di mantenere la stessa locuzione latina impiegata nel manuale imperiale, non è affatto estranea al *modus docendi* di Teofilo. La presenza di vocaboli latini può, infatti, riscontrarsi in numerosi passaggi della Parafrasi nei quali l'*antecessor* è solito soffermarsi a spiegare alcuni istituti e termini della lingua latina, aventi una precisa valenza tecnica.²⁵

viamo dell'autrice anche a *Teofilo e la spes generandi* cit., *passim*, spec. 175 ss., ora in *Studi su Teofilo* cit., 169 nonché *Gaio, la Parafrasi e le "tre anime" di Teofilo*, in SDHI 78, 2012, 197 ss., ora in *Studi su Teofilo* cit., 115 ss., con ulteriore bibliografia ivi nelle note citata.

²³ È merito anzitutto di Ferrini aver rilevato, a più riprese, nei suoi lavori la corrispondenza di alcuni luoghi della Parafrasi di Teofilo con il manuale istituzionale gaiano, ipotizzando in ragione di ciò che il parafraste avesse attinto a una versione greca delle Istituzioni gaiane o ad un'opera greca che le commentava. Rinviamo, tra i suoi studi *retro* citati alla nt. 13, particolarmente a *La Parafrasi di Teofilo ed i Commentari di Gaio; La Glossa torinese delle Istituzioni e la Parafrasi dello Pseudo-Teofilo; Delle origini della Parafrasi greca delle Istituzioni*; cui *adde* anche *I commentari di Gaio e l'indice greco delle Istituzioni*, in *Opere*, I cit., 81 ss., già in *Byzantinische Zeitschrift* 6, 1897, 734 ss. L'ipotesi dell'esistenza di un commento greco alle Istituzioni gaiane al quale il parafraste si sarebbe rifatto è considerata, da più parti in letteratura, largamente congetturale, in ragione della mancanza di «concrete tracce di una rielaborazione pregiustiniana del materiale gaiano». Così G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones* cit., spec. 306 s. e ntt. 235-237 (con letteratura ivi richiamata e discussa), per il quale «la spiegazione, assai semplice, dei frequenti punti di contatto fra PT e GI va individuata ... nella circostanza che, fino ad allora, Teofilo aveva tenuto i corsi del primo anno insegnando proprio il manuale gaiano» (ID., *op. cit.*, 311); da ultimo, sul tema rinviamo ai lavori sulla Parafrasi di Teofilo di Russo Ruggeri, citati alla nota precedente. Circa la questione se le *Res Cottidianae* gaiane costituissero una delle fonti della Parafrasi di Teofilo si vedano, inoltre, per un primo orientamento, V. ARANGIO-RUIZ, *La compilazione giustiniana e i suoi commentatori bizantini (da Ferrini a noi)*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano 1946, spec. 91 ss.; P. DE FRANCISCI, *Saggi di critica della Parafrasi greca, delle Istituzioni giustiniane*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano 1965, spec. 6 s., 71; B. SANTALUCIA, *Contributi allo studio della Parafrasi di Teofilo*, in SDHI 31, 1965, 171 ss. (con ulteriore letteratura citata alla nt. 4); M. AMELOTTI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, II², M. BIANCHINI (a cura di), Torino 1983, 112; nella letteratura più recente, G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones* cit., 311 e ivi nt. 244.

²⁴ Quanto rilevato nel testo per l'espressione *improbis intestabilisque* può notarsi anche per la locuzione 'TESTAMENTIFICATIONA' che ricorre nell'esordio di PT. 2.10.6.

²⁵ L'impiego di termini latini non è estraneo ad altre opere bizantine risalenti al VI-VII secolo d.C., specie se si tratta di termini giuridici romani dei quali si conserva la radice latina e muta la sola desinenza finale in base alla declinazione greca. Sul punto opportunamente è stato osservato, in effetti, che le «difficoltà incontrate dai compilatori riguardano prevalentemente il lessico tecnico, per il quale la lingua greca non aveva un patrimonio adeguato. Le soluzioni adottate sono diverse: il mantenimento della forma latina; l'adozione di forme miste latine e greche; la translitterazione e/o traduzione in greco». La «presenza e/o assenza di latinismi» rappresenta, pertanto, «un elemento di distinzione utile anche per identificare il

Anche la domanda che apre la digressione sul senso dell'espressione *improbis intestabilis* (‘τίς δὲ οὗτος ἐστίν;’) è frequente all'interno della Parafrasi, data la nota derivazione dell'opera dai corsi universitari tenuti dal maestro di Costantinopoli.²⁶ La presenza di tale

livello stilistico delle opere giuridiche». Così G. MATINO, *Lingua e letteratura nella produzione giuridica bizantina*, in *XX^e Congrès International des Études Byzantines*, Collège de France – Sorbonne, 19-25 août 2001, *Pré-actes. I. Séances plénières*, Paris 2001, 48. Sull'uso del latino e delle translitterazioni nei testi giuridici bizantini rinviamo, inoltre, senza alcuna pretesa di completezza, a N. VAN DER WAL, *Die Schreibweise der dem lateinischen entlehnten Fachworte in der frühbyzantinischen Juristensprache*, in *Scriptorium* 37.1, 1983, spec. 50 ss.; F. BURGMANN, Λέξεις ῥωμαϊκαί. *Lateinische Wörter in byzantinischen juristischen Texten*, in W. HÖRANDNER, E. TRAPP (a cura di), *Lexicographica Byzantina: Beiträge zum Symposium zur byzantinischen Lexikographie* (Wien, I.-4.3.1989), Wien 1991, 61 ss.; B.H. STOLTE, *The Law of New Rome: Byzantine Law*, in D. JOHNSTON (a cura di), *The Cambridge Companion to Roman Law*, Cambridge 2015, 361 s.; da ultimo, H. DE JONG, *Using the Basilica*, in *ZSS* 133, 2016, 311 e ivi nt. 86 con altra bibliografia. Circa il problema delle traduzioni dei termini tecnici latini, ἐξελληνισμοί, che non di rado contengono errori e fraintendimenti da parte del traduttore, rinviamo inoltre a H.J. SCHELTEMA, *Ueber die Natur der Basiliken*, in *RHD* 23, 1955, 296 s., ora in N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, R. MEIJERING (a cura di), *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningen 2004, 290 ss.; N. VAN DER WAL, *Der Basilikentext und die griechischen Kommentare des sechsten Jahrhunderts*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 1158 ss., spec. 1161 ss. [dell'autore v. anche *Problèmes linguistiques rencontrés par les juristes byzantins*, in M. GOSMAN, J. VAN OS (a cura di), *Non nova, sed nove. Mélanges de civilisation médiévale dédiés à Willem Noomen*, Groningen 1984, 279 ss. nonché *Les termes techniques grecs dans la langue des juristes byzantins*, in *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law* 6, 1999, 127 ss.]; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco-romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, 82 s.; H. DE JONG, *Using the Basilica* cit., 313. Ulteriori richiami bibliografici possono rinvenirsi in J.H.A. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino* cit., 139 nt. 97 cui adde, da ultimo, F. SITZIA, *Lettori del Digesto nel mondo bizantino*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, spec. 208 ss.

Nella Parafrasi di Teofilo si assiste, tuttavia, ad un uso massiccio della lingua latina, per il quale è forse riduttivo ipotizzare che i vocaboli del linguaggio latino tecnico siano tramandati meramente per una difficoltà nel rintracciare un corrispettivo nella lingua greca. Per avere un quadro dell'ampiezza del fenomeno, basti passare in rassegna la copiosa elencazione di termini ed espressioni latine, o anche aventi radice latina e desinenza finale appartenente alla declinazione greca, rinvenibili nella Parafrasi, raccolte nell'edizione olandese dell'opera: v. J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* cit., 996 ss. (v. anche XXIII ss. circa l'impiego nella Parafrasi di termini latini tecnici). Inoltre, anche le rubriche dei titoli sono mantenute da Teofilo nella lingua originaria, il che si potrebbe giustificare alla luce dell'esigenza, avvertita dall'*antecessor*, di predisporre per gli studenti «un immediato strumento di raccordo con il libro di testo» e con le altre parti del *Corpus Iuris Civilis*, tra cui i *Digesta*, i cui richiami, già nel testo istituzionale, «sembrano rivolti a favorire un uso integrato delle due compilazioni, prevalentemente (anche se non esclusivamente) indirizzate a fini didattici». Così, seguendo un'ipotesi avanzata di recente in letteratura, A.S. SCARCELLA, *Il latino nella Parafrasi. Teofilo e il recupero della lezione degli antichi*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, 6, Tricase 2016, 545 ss., spec. 556 ss., nonché C. RUSSO RUGGERI, *L'insegnamento di Teofilo tra Istituzioni e Parafrasi* cit., spec. 77 ss. e ivi nt. 167. Una delle caratteristiche delle modalità di insegnamento degli *antecessores* risiederebbe, del resto, proprio nei frequenti «collegamenti... tra una parte e l'altra della Compilazione: strumento che, se da un lato, assecondava la rappresentazione di *Institutiones*, *Digesta* e *Codex* ... come elementi di un complessivo prodotto giuridico unitario, dall'altro lato, sul piano didattico ..., ben si prestava a sperimentare concretamente l'unitarietà e la coerenza interna del percorso formativo sì come immaginate con la riforma» attuata con la cost. *Omnem*. In tal senso G. FALCONE, *'Legum cunabula' e 'antiquae fabulae'* (cost. *Imperatoriam* 3), in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Scritti in onore di Antonino Metro*, II, Milano 2010, 290.

²⁶ Sul frequente uso nella Parafrasi di «domande formulate in modo diretto», quali «espediti di Teo-

quesito è stata addotta, in letteratura, quale indizio della presumibile ragione (forse non l'unica, desumibile dall'esame del testo)²⁷ che ha indotto Teofilo a presentare ai discenti un chiarimento dei termini in esame: ossia «far luce su una figura che in qualche modo sarebbe potuta risultare di difficile comprensione per gli studenti che appartenevano ad ambiti culturali diversi da quello tipicamente romano».²⁸

Ciò che, infatti, appare di un certo rilievo è proprio la spiegazione, fornita dal parafraste, che va ben al di là di una mera traduzione e anche di una semplice esemplificazione del senso di *improbis intestabilisque* nella lingua latina.

Vediamo di seguire il ragionamento condotto da Teofilo.

L'*incipit* del passo si apre con un esempio: 'οἷον διατιθεμένου τινὸς ἐκλήθη ΤΙΤΙΟΣ ἐπὶ μαρτυρίαν'. La chiamata di un soggetto ('Titios') alla testimonianza si traduce, quando si intende procedere alla confezione di un testamento in età giustinianea, nella sottoscrizione del documento scritto, contenente le disposizioni di ultima volontà del testatore, e nell'apposizione del sigillo da parte del testimone ('ἐμαρτύρησε, τοῦτέστιν ὑπέγραψεν ἐν τῇ διαθήκῃ καὶ ἐσφράγισεν'). Morto poi il testatore, accade – nel caso esemplificativo illustrato dal parafraste – che il *testis*, il quale aveva integrato con la sua presenza la realizzazione dell'atto, si rifiuti di presentarsi e di attestare che la sottoscrizione e il sigillo siano i suoi ('τελευτήσαντος τοῦ ΤΕΣΤΑΤΟΡΟΣ οὐκ ἠθέλησε παραγενέσθαι καὶ μαρτυρῆσαι ὅτι αὐτοῦ ἐστὶν ἢ τε ὑπογραφή καὶ ἡ σφραγίς').²⁹ Non ammettendo ciò le leggi ('μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι'), viene in chiusura del passo riferita la sanzione giuridica fissata per tale condotta, che consisterebbe nella triplice impossibilità di ricevere qualcosa per testa-

filo per vivacizzare il discorso e renderlo più incisivo, richiamando l'attenzione degli studenti» si veda, per tutti, G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in RHD 68, 2000, 424 ss. (nonché ID., *Genesi e valore della definizione di συνάλλαγμα nella Parafrasi di Teofilo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, III, Napoli 2001, 103 nt. 82). Allo studioso rinviamo anche per quanto concerne il problema della «precisa genesi della letteratura giuridica derivante dall'insegnamento» di Teofilo (ID., *La formazione del testo della Parafrasi cit.*, 417 ss. cui *adde Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores cit.*, spec. 154 ss.). Su tale questione è tornata, in tempi recenti, anche C. RUSSO RUGGERI, *Theophilus and the student publisher: a resolved issue?*, in Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law 9, 2014, 99 ss., ora in *Studi su Teofilo cit.*, 81 ss. Per un quadro di sintesi delle questioni e degli orientamenti della dottrina sul punto rinviamo, da ultimo, a A.S. SCARCELLA, *Il latino nella Parafrasi cit.*, 545 s. nt. 4.

²⁷ Rinviamo in proposito alle osservazioni svolte *infra*, § 4.

²⁸ In tal senso, G. PAPA, *Si ... intestabilis cit.*, 19 e ivi nt. 34. Sulla circostanza che già dal IV sec. nell'Impero d'Oriente la conoscenza e l'impiego della lingua latina fossero in forte declino anche negli ambienti di corte e in quelli sociali più elevati nei quali si parlava e si scriveva quasi esclusivamente in greco e sulle ragioni che indussero Giustiniano a scegliere il latino per la redazione delle opere della sua compilazione ampi riferimenti bibliografici possono rinvenirsi nei recenti contributi di C. RUSSO RUGGERI, *L'insegnamento di Teofilo tra Istituzioni e Parafrasi cit.*, 1 ss., nelle note della trattazione, nonché A.S. SCARCELLA, *Il latino nella Parafrasi cit.*, spec. 547 ss. e ivi spec. ntt. 9, 15, 17, 21-27, 30.

²⁹ Anche in uno scolio a PT. 2.10.6, appartenente a un apparato di glosse alla Parafrasi pubblicato da Ferrini nel 1886 (v. C. FERRINI, *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo cit.*, in Mem. Ist. Lomb. 9, 1886, 13 ss. = *Opere*, I cit., 139 ss., dal quale citiamo) e considerato in letteratura, per una serie di indizi, coevo al tempo degli *antecessores* (in tal senso v., per tutti, H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970, 22 s.; sugli scolii alla Parafrasi rinviamo, più di recente, a R. MEIJERING, *Traces of Byzantine legal literature in Theophilus scholia*, in Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law 9, 2014, 383 ss.; S. TROIANOS, *Die Quellen des byzantinischen Rechts*, tr. da D. Simon e S. Neye, Berlin-Boston 2017, 95 s.), si legge, in corrispondenza del termine *intestabilis*: «ὁ μὴ θέλων μαρτυρῆσαι» (*sic* C. FERRINI, *op. cit.*, 184).

mento, testare e svolgere il ruolo di *testis* in un altro testamento ('καὶ οὐκ ἔῴσιν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης οὐδὲ διδῶσιν αὐτῷ τοῦ διατίθεσθαι παρρησίαν οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ μαρτυρεῖν ἑτέρου διατιθεμένου').

Tra i punti, degni di approfondimento, che la lettura di PT. 2.10.6 suggerisce, ve ne sono in particolare due, che non ci sembra abbiano costituito oggetto di riflessione da parte della letteratura, sui quali vogliamo soffermare la nostra attenzione: l'esplicazione del contenuto della fattispecie sanzionatoria in cui consiste propriamente la condizione di *improbis intestabilisque* del *testis*, da una parte, e la fissazione, in via pregiudiziale, della condotta tenuta dal testimone, sanzionata per l'appunto dalle leggi, dall'altra, che a ben vedere costituisce il presupposto dal quale discende tale attribuzione.

Circa il primo aspetto può rinvenirsi, a nostro avviso, nella Parafrasi quasi un tentativo di sintesi dell'orientamento giurisprudenziale sul tema, che sembrerebbe essere maturato nella giurisprudenza di età severiana, inequivocabilmente espresso in un notissimo frammento tramandato nei *Digesta Iustiniani*:

D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*), *Si quis ob carmen famosum damnetur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi*.³⁰

Si tratta di un testo che non possiamo, di certo, escludere che fosse noto a Teofilo. Anzi, in favore di tale ipotesi depongono, secondo noi, più indizi. In primo luogo, va tenuta in debita considerazione la circostanza, ormai da più parti sottolineata in letteratura, che l'*antecessor* di Costantinopoli aveva fatto parte anche della commissione incaricata di approntare il Digesto (oltre che il primo Codice e le Istituzioni).³¹ Alla luce di ciò è, quindi, più che ragionevole ipotizzare che Teofilo avrebbe potuto agevolmente attingere anche ad opere giurisprudenziali diverse da quelle che vennero impiegate per la stesura del manuale imperiale (e differenti anche rispetto alle Istituzioni gaiane, sulle quali l'*antecessor* aveva tenuto le sue lezioni prima della riforma degli studi attuata da Giustiniano con la cost. *Omnem*). In secondo luogo, specificamente proprio dal testo oggetto della nostra disamina (2.10.6) emerge, in modo inequivoco, uno stretto nesso tra la condizione di *improbis intestabilisque* e l'istituto della *testamenti factio*, alla stessa stregua di quanto può desumersi dalla lettura di D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*), dove le sanzioni che colpiscono il testimone riguardano, non genericamente la sua inidoneità a compiere un qualsiasi atto che richieda la sua presenza, da un lato, e a prendere parte ad altri *negotia* in qualità di *testis*, dall'altro, bensì specificamente il suo diretto coinvolgimento, in qualità di testatore o di testimone, in un testamento (proprio, nella prima ipotesi; altrui, nella seconda).

³⁰ Nella letteratura più antica (in proposito v., ad esempio, S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II. *Obbligazioni ed azioni – Diritto ereditario, Donazioni*², 1928, 514 nt. 2; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni. Parte generale*, rist. corretta della I edizione a cura di G. BONFANTE e di G. CRIFÒ, Milano 1974, 377 nt. 6), la frase '*ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi*' è stata considerata un glossema o un'interpolazione. Se così fosse, sarebbe legittimo chiedersi se anche il termine '*intestabilis*' sia stato inserito dai compilatori giustinianeî in sostituzione della più antica espressione '*improbis intestabilisque*' o se può considerarsi genuino. Come anticipato nelle premesse di queste pagine, rimandiamo ad un futuro lavoro l'esame di tali problemi, la cui trattazione, per la loro complessità, sarebbe sacrificata in questa sede. Ai fini della presente indagine, peraltro, i dubbi sull'autenticità della chiusa di D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*) non incidono sui risultati raggiunti, se non nella misura in cui lasciano trapelare un contributo al dibattito sul valore attribuibile all'*improbis intestabilisque esse* da parte dei giuristi del VI sec. d.C. ancora più cospicuo di quanto da noi suggerito nelle conclusioni (v. *infra*, § 4).

³¹ Rinviamo in proposito ai contributi degli studiosi *retro* citati, ntt. 22-23.

Ora, rispetto al tenore di tale frammento ulpiano, PT. 2.10.6 differisce nella misura in cui ricomprende nella condizione di *improbis intestabilisque* (e non meramente di *intestabilis*) anche l'impossibilità di ricevere qualcosa per testamento. La ragione di una tale, più ampia, nozione, discende ragionevolmente dall'*incipit* del passo in esame, nel quale Teofilo si era soffermato, incidentalmente, a specificare quale fosse la portata giuridica dei termini 'testamenti factio', espressione che con gli studenti leggeva nel ῥήτον:

PT. 2.10.6: ... τούτέστιν οἵτινες ὅφ' ἡμῶν δύνανται γράφεσθαι κληρονόμοι καὶ γράφειν ἡμᾶς κτλ.³²

Fedele quindi a tale prodromica definizione, non deve stupire che l'*antecessor* traduca, in via consequenziale, le misure sanzionatorie che discendono dall'*improbis intestabilisque* esse alla luce di quella nozione, annoverandovi anche l'impossibilità di ricevere qualcosa per testamento.

Seguendo l'esposizione svolta in PT. 2.10.6, emerge dunque che per il parafraste l'essere *testes idonei* in un *testamentum* era strettamente connesso al riconoscimento della *testamenti factio* (sia attiva che passiva, per adoperare una terminologia di comodo, non presente nelle fonti romane, ma della quale ci si serve comunemente in letteratura).³³ Seb-

³² Il tenore della spiegazione dei termini *testamenti factio* in PT. 2.10.6 è, in modo pressoché analogo, reiterato in una glossa a I. 2.10.6, contenuta nella c.d. Glossa Torinese alle Istituzioni giustinianee: v., tra le edizioni del testo, A. ALBERTI, *La "Glossa Torinese" e le altre glosse del Ms. D. III. 13 della biblioteca nazionale di Torino*, Torino 1933, 58, nr. 216': *Testamenti factionem habere videntur, quibus licet facere testamentum aut licet de testamento adquirere*. Siamo chiaramente dinanzi ad uno di quei casi dai quali si evince, in maniera inequivoca, che la Glossa Torinese alle Istituzioni giustinianee ha tratto spunto dalla Parafrasi teofilina nel trattare della definizione di *testamenti factio*, il che è un episodio tutt'altro che isolato all'interno di tale opera (in tema con quanto da noi trattato in queste pagine, si veda anche *infra*, nel testo di questo stesso paragrafo, il contenuto di gl. 218* a I. 2.10.6), specie per quanto concerne lo «strato più antico dell'apparato di glosse, risalente, con ogni verosimiglianza, agli anni tra il 543 e il 546 d.C.». Si rinvia sulla questione al lavoro di G. FALCONE, *I prestiti dalla Parafrasi di Teofilo nella c.d. Glossa Torinese alle Istituzioni*, in SDHI 62, 1996, 255 ss.

³³ In tal senso, per tutti, P. VOGLI, *Diritto ereditario romano*², I, *Introduzione. Parte generale*, Milano 1967, 387. Secondo alcuni studiosi (così, ad esempio, G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, Milano 1967, 1 nt. 1; più di recente, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 680; sul problema rimandiamo, inoltre, a G. DE LAS HERAS, *Testamentifacio: origines y naturaleza*, in SCDR 11, 1999, 43 s., con bibliografia), tale terminologia è stata enucleata per la prima volta dai giuristi medievali. Si è, altresì, rilevato (*sic* B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955, 81 s.; in senso adesivo v. anche M. HUMBERT, *Intestabilis* cit., 2553 nt. 16) che la *testamenti factio* accomunava inizialmente tutti i partecipanti al *testamentum per aes et libram*: parti e testimoni, avendo quest'ultimi funzione costitutiva all'interno dell'atto. Inoltre, si ipotizza, quanto meno in origine, la sussistenza di uno stretto nesso tra *testamenti factio* e *status*. Sul punto, v. B. BIONDI, *op. cit.*, 83: «La *testamentifacio* è anzitutto determinata dallo *status* della persona. Il diritto romano parte dal concetto che solo il *paterfamilias*, in quanto libero, *civis romanus* e *sui iuris*, possa disporre per testamento». Più di recente, sul collegamento tra *testamenti factio* e *status* rinviando anche a G. DE LAS HERAS, *op. cit.*, 46; L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000, 129 s.; C. CORBO, *Incertaine personae e capacità successoria. Profili di una società e del suo diritto*, Napoli 2012, 21 ss. Si noti, inoltre, che della *testamenti factio cum testibus* si tratta nelle fonti precipuamente a proposito del *tertium genus testamenti* (v., in particolare, Tit. Ulp. 20.3-8; I. 2.10.5-10 cui corrisponde PT. 2.10.5-10), quasi che in tale istituto la richiesta di testimonianza rivestisse un ruolo ancora più significativo, anche rispetto agli altri atti librali, tutti contraddistinti dalla regola secondo la quale i testimoni che vi partecipavano dovevano essere non meno di cinque, maschi, cittadini romani, puberi (v., a titolo esemplificativo,

bene, è evidente che, non per tutti i soggetti contenuti nell'elencazione che Teofilo rinveniva nel ῥητόν, è possibile postulare una perfetta corrispondenza tra idoneità a testimoniare e capacità di testare e ricevere qualcosa per testamento.³⁴

Ciò detto, non siamo in grado di stabilire, tuttavia, sulla base delle opere giurisprudenziali tramandateci (e, in particolare, degli esigui frammenti riportati nel Digesto e degli altri testi giurisprudenziali pervenutici al di fuori di esso), se Teofilo si fosse rifatto, nell'enucleare la suddetta spiegazione del contenuto sanzionatorio che discende dall'*improbus intestabilisque esse*, all'orientamento di qualche altro *iurisperitus*, che interpretava in maniera più estensiva, rispetto a quanto tramandato in D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*), la sanzione giuridica in esame, includendovi anche l'impossibilità di essere beneficiari in un testamento.³⁵

Invero, il legame tra quest'ultima sanzione e la condizione di *intestabilis* è altresì esplicitamente attestato nella letteratura latina,³⁶ per quanto è a nostra conoscenza, in un unico testo attribuito al c.d. *Commentator Cruquianus* dei *sermones* del poeta latino Orazio. Ci riferiamo a

Schol. Cruq., *ad Hor. sat. 2.3.181: intestabilis cui non licet testamentum condere vel testamentum quid ab alio accipere*.³⁷

per il *testamentum per aes et libram*, Gai 2.104, 2.115; Tit. Ulp. 20.2; I. 2.10.1; PT. 2.10.1; per la *mancipatio*, Gai 1.119; Boeth., *Ad Cic. top.* 5.28; Tit. Ulp. 19.3; per la *coemptio*, Gai 1.113; per la *solutio per aes et libram*, Gai 3.174).

³⁴ Non a caso, infatti, l'elencazione dei soggetti che non possono validamente rivestire in un testamento il ruolo di *testes* è introdotta nella Parafrasi dall'impiego della particella avversativa 'δέ', utilizzata per tradurre la congiunzione '*sed*' rinvenibile nelle Istituzioni di Giustiniano, quasi come se si volesse, in un certo qual modo, fissare delle eccezioni al principio poco prima espresso in ragione del quale 'Ἐκεῖνοι πρὸς μαρτυρίαν παραλαμβάνεσθαι δύνανται μεθ' ὧν ἔχομεν TESTAMENTIFACTIONA' ('*Testes autem adhiberi possunt ii, cum quibus testamenti factio est*' in I. 2.10.6). Circa i problemi che possono trarsi dall'elenco riferito in I. 2.10.6, che ci riserviamo di affrontare in una futura indagine, rinviamo alle osservazioni svolte, in tempi recenti, da M. HUMBERT, *Intestabilis* cit., spec. 2552 ss.

³⁵ L'espressione 'οὐκ ἔῴσιν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἄλλοτρίας διαθήκης' è piuttosto vaga e potrebbe, ipoteticamente, sanzionare tanto la facoltà di un soggetto di essere istituito erede in un testamento quanto quella di essere contemplato in esso nella qualità di legatario. Sul punto, v. *infra*, § 3, le considerazioni da noi svolte a proposito di Sch. 3 *ad Bas.* 21.1(Pa).14.

³⁶ Non è chiaro infatti se nei due luoghi del Codice Teodosiano nei quali si ravvisa il termine *intestabilis* quest'ultimo alluda anche, nelle intenzioni della cancelleria imperiale che ha redatto il provvedimento, alla *testamenti factio* c.d. passiva, sebbene autorevole dottrina lo abbia ipotizzato. A titolo esemplificativo v., per tutti, P. VOGLI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo Impero*, II. *Le costituzioni del V secolo*, che citiamo da *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, 211.

³⁷ La fonte in questione è ricordata nella letteratura più antica del Settecento e dell'Ottocento (a titolo esemplificativo, si vedano J.H.A. ESCHER, *De testium ratione quae Romae Ciceronis aetate obtinuit. Dissertatio inauguralis*, Turici 1842, 33 nt. 64; W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858, 134 e ivi nt. 1 con letteratura). Con il nome di *Commentator Cruquianus* si allude all'apparato di scoli all'opera oraziana che Jacques de Crucque (noto anche come Jacob Cruucke; latinizzato, Jacobus Cruquius) aveva reperito in alcuni manoscritti (e tra di essi, in particolare, nel c.d. *Blandin[ian]us vetustissimus codex* risalente probabilmente al IX-X sec. d.C.), conservati nel monastero benedettino di S. Pietro a Blandigny presso Gand. Di essi il filologo aveva appena fatto in tempo a curare un'edizione critica (I. CRUQUIUS, *Q. Horatius Flaccus, ex antiquissimis undecim lib. M.S. et Schedis aliquot emendatus, & plurimis locis cum Commentariis antiquis expurgatus & editus*, Antverpiae 1578) prima che gli stessi andassero perduti in occasione di un incendio dell'abbazia avvenuto nel 1556.

Si tratta, tuttavia, di una fonte alquanto discussa, e sotto il profilo della paternità e sotto il profilo della sua datazione,³⁸ che quindi non può, allo stato delle fonti di cui disponiamo, se non in via largamente ipotetica, offrire alcun solido contributo allo studio delle possibili opere, anche non meramente giurisprudenziali, utilizzate nella Parafrasi greca delle Istituzioni giustiniane.

Esaurito per il momento l'esame delle misure punitive connesse alla condizione di ‘*improbus intestabilisque*’, trattiamo adesso della seconda informazione, secondo noi degna di essere approfondita, contenuta in PT. 2.10.6, vale a dire l'individuazione da parte del maestro di Costantinopoli, attraverso un esempio volto a chiarire meglio la nozione, della condotta del testimone suscettibile di sanzione. Ad incorrere nell'attribuzione da parte delle leggi della qualifica di ‘*improbus intestabilisque*’ è, per Teofilo, quel testimone che si rifiuta di presentarsi³⁹ e di riconoscere come propri la sottoscrizione e il sigillo in precedenza apposti al documento testamentario del testatore: ‘τελευτήσαντος τοῦ TESTATOROS οὐκ ἠθέλησε παραγενέσθαι καὶ μαρτυρῆσαι ὅτι αὐτοῦ ἐστὶν ἢ τε ὑπογραφή καὶ ἢ σφραγίς’. Da tale luogo ha, con un buon grado di verosimiglianza, tratto spunto la c.d. Glossa Torinese alle Istituzioni giustiniane, nella quale in corrispondenza di I. 2.10.6 si legge

*Intestabiles sunt qui subscriptiones suas perfide negant.*⁴⁰

Ora, tornando a PT. 2.10.6, è bene rilevare che la spiegazione circa la condotta del *testis* suscettibile di essere qualificato *improbus intestabilisque* non trova, per quanto siamo riusciti ad appurare, alcun riscontro negli altri scritti giurisprudenziali di età romana di cui disponiamo, e ciò a differenza che per l'individuazione degli effetti sanzionatori che discendono dall'*improbus intestabilisque esse*, poc'anzi riferiti, per i quali un appiglio può rinvenirsi in quanto leggiamo in D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*), sia pure comprendendo

Gli studiosi sono abbastanza divisi sull'attendibilità delle informazioni che si leggono in tale edizione, in quanto è arduo stabilire, in mancanza di un raffronto con notizie complementari pervenute da altre fonti, se gli *scholia* in questione appartenessero realmente all'apparato rinvenuto nel *codex Blandinianus* (che conteneva probabilmente scolii di provenienza pseudoacroniana, e dunque databili non prima del V sec. d.C.) o fossero piuttosto commenti dell'umanista fiammingo a quest'ultimi (che, pertanto, avrebbe potuto ipoteticamente, per quanto concerne lo *scholium supra* menzionato nel testo – ma la questione andrebbe indagata studiando l'opera nella sua interezza – trarre le sue informazioni da quanto leggeva proprio nella Parafrasi di Teofilo, della quale, del resto, è attestata «ampia diffusione, anche in ambito occidentale»: citiamo da G. MATINO, *Problemi di natura letteraria e di struttura linguistica nella 'Parafrasi' delle Institutiones di Teofilo antecessor*, in Ταλαρίσκος. *Studia greca* Antonio Garzya sexagenario a discipulis oblata, Napoli 1987, 310 e ivi nt. 92). Su tali problemi, per un primo orientamento, rinviamo in particolare a G. PASQUALI, *Storia della tradizione e critica del testo*, Firenze 1988, 381 ss.; D. BO, *Nota critica* in T. COLAMARINO, D. BO (a cura di), *Le opere di Quinto Orazio Flacco*², Torino 1969, 31 nonché a D. VERBEKE, *Horace from Bruges to Cambridge: the editions by Jacobus Cruquius and Richard Bentley*, in D. SACRÉ, J. PAPY (a cura di), *Syntagmatia. Essays on neo-latin literature in honour of Monique Mund-Dopchie and Gilbert Tournoy. Supplementa humanistica Lovaniensia*, Leuven 2009, spec. 463 s., con letteratura.

³⁸ Si veda quanto rilevato nella nota precedente.

³⁹ La «formulazione generica» della frase ‘οὐκ ἠθέλησε παραγενέσθαι καὶ μαρτυρῆσαι’ può sottintendere, implicitamente, il rifiuto da parte del testimone di presentarsi tanto in giudizio che in sede stragiudiziale. In tal senso, G. PAPA, *Si ... intestabilis* cit., 19 e ivi nt. 35.

⁴⁰ V. A. ALBERTI, *La "Glossa Torinese"* cit., 58, nr. 218* nonché su tale glossa G. FALCONE, *I prestiti dalla Parafrasi di Teofilo* cit., 277.

quest'ultimo testo solo la *testamenti factio* c.d. attiva e l'idoneità a rivestire il ruolo di *testis* in un testamento altrui.

Alla luce delle osservazioni svolte, PT. 2.10.6 rappresenta, sorprendentemente, un *unicum* tra le fonti di età giustiniana, sia perché l'*antecessor* dedica equamente attenzione e alla descrizione della condotta del *testis*, suscettibile di incorrere in condanna, e alla individuazione dei risvolti sanzionatori che ne sarebbero derivati, sia perché, discostandosi da quanto ragionevolmente avrebbe potuto reperire nei *Digesta Iustiniani*, presenta ai suoi studenti un esempio che non si rinviene nella selezione dei testi fatti confluire in tale opera:⁴¹ ossia, il caso di un testimone che, preso parte ad un atto negoziale, e in specie ad un testamento, viene meno al suo ruolo e pone in essere una condotta vietata dalle leggi e suscettibile, in ragione di ciò, di essere punita con l'attribuzione della qualifica di *improbis intestabilisque*.

Pur con tutte le cautele imposte da simili tentativi di ricostruzione e nella consapevolezza che possiamo formulare sul punto delle valutazioni solo in via meramente congetturale, crediamo non possa escludersi che Teofilo nel commentare le parole '*is, quem leges iubent improbum intestabilemque esse*' avesse tenuto in considerazione non solo il materiale giurisprudenziale raccolto nelle Pandette (ed, in particolare, l'orientamento di Ulpiano ricordato in D. 28.1.18.1, Ulp. 1 *ad Sab.*) ma anche l'archetipo dove per la prima volta i due termini, secondo la tradizione, ricorrevano in una formulazione unitaria, vale a dire il testo delle XII Tavole.

Di ciò può scorgersi, a nostro modesto avviso, indizio nell'andamento del discorso condotto da Teofilo – sia sotto il profilo del contenuto delle argomentazioni sia per quanto concerne l'ordine espositivo adottato – sul quale ci siamo in queste pagine soffermati.⁴² In PT. 2.10.6, infatti, l'*antecessor* sembra quasi avere sotto gli occhi il tenore formulare del versetto decemvirale di tab. VIII, secondo la versione conservata nelle Notti Attiche di Gellio:

XII tab. 8.11 (o 8.22)

'*qui se sierit testarier libripensue fuerit ...*'

PT. 2.10.6

'... οἷον διατιθεμένου τινὸς ἐκλήθη ΤΙΤΙΟΣ ἐπὶ μαρτυρίαν· ἐμαρτύρησε, τοῦτέστιν ὑπέγραψεν ἐν τῇ διαθήκῃ καὶ ἐσφράγισεν ...'

'... *ni testimonium fariatur ...*'

'... τελευτήσαντος τοῦ ΤΕΣΤΑΤΟΡΟΣ οὐκ ἠθέλησε παραγενέσθαι καὶ μαρτυρῆσαι ὅτι αὐτοῦ ἐστὶν ἢ τε ὑπογραφή καὶ ἢ σφραγίς ...'

'... *improbis intestabilisque esto*'

'...μισοῦσι τὸν τοιοῦτον οἱ νόμοι, καὶ οὐκ

⁴¹ Sui quali v. *retro*, nt. 9.

⁴² In senso adesivo a tale ipotesi v., nella letteratura più recente, G. PAPA, *Si ... intestabilis* cit., che adduce ulteriori argomenti a suo sostegno, spec. 17 s., non tutti tuttavia, a nostro avviso, condivisibili. L'impiego del termine 'νόμοι' (che traduce fedelmente il sostantivo latino '*leges*' di I. 2.10.6), in particolare, non crediamo che sia stato impiegato da Teofilo per alludere esplicitamente al testo decemvirale. Si può supporre, infatti, che se il parafrase avesse voluto indicare agli studenti il testo delle XII Tavole si sarebbe servito forse di altre espressioni, quali ad esempio 'δωδεκάδελτος νόμος' (sostantivo quest'ultimo che viene spesso sottinteso), attestate in numerosi passaggi dell'opera: rimandiamo, in proposito, ai luoghi richiamati in J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* cit., 1032.

ἐῶσιν αὐτὸν λαβεῖν τι ἐξ ἀλλοτρίας διαθήκης
οὐδὲ διδόασιν αὐτῷ τοῦ διατίθεσθαι παρ-
ρησίαν οὐδὲ συγχωροῦσιν αὐτῷ μαρτυρεῖν
ἐτέρου διατιθεμένου'.

Dal confronto tra i due testi, la dettagliata παραγραφή di Teofilo si configura come una sorta di interpretazione dei *verba* decemvirali, che tiene conto dei necessari aggiornamenti e adeguamenti alla realtà giuridica del VI sec. d.C. Infatti, da un lato, nella trattazione del maestro di Costantinopoli, l'esempio presentato riguarda la partecipazione di un testimone, non ad un qualsiasi atto negoziale (ed in ispecie librare), bensì ad un testamento (istituto quest'ultimo che, nella sua forma più antica, la c.d. *mancipatio familiae*, avrebbe potuto rientrare, in ipotesi, nella regolamentazione decemvirale di XII tab. 8.22); dall'altro, si tiene conto del fatto che ormai si ricorreva al documento testamentario scritto e che da tempo erano cadute in desuetudine le formalità (a tacer d'altro, la presenza del *libripens* richiamato nel versetto in questione) prescritte per il *testamentum per aes et libram*.

3. ... E IN ALCUNI ΣΧΟΛΙΑ DEI BASILICI, CON PARTICOLARE RIGUARDO A SCH. 1 AD BAS. 39.1(PB).6 E SCH. 3 AD BAS. 21.1(PA).14.

Conclusa per il momento l'esegesi di PT. 2.10.6 e riservandoci di svolgere in chiusura di queste pagine alcune riflessioni che provino a rispondere ai quesiti posti in premessa,⁴³ volgiamo adesso la nostra attenzione ai Basilici e al connesso apparato di σχόλια.

Dallo studio di tali scolii sono emersi alcuni dati, che ci accingiamo subito a presentare, per soffermarci successivamente ad esaminare in particolare due testi – Sch. 1 ad Bas. 39.1(Pb).6 e Sch. 3 ad Bas. 21.1(Pa).14 – che reputiamo significativi ai fini della nostra indagine.

È bene subito mettere in rilievo che, dei passi dei Basilici corrispondenti ai quattro luoghi del Digesto dove è tramandato l'impiego del vocabolo *intestabilis*, solo per due di essi (Bas. 21.1.20 pr.⁴⁴ e 60.21.5.9)⁴⁵ sono restituiti alcuni σχόλια nei quali il termine in esame è rife-

⁴³ V. *infra*, § 4.

⁴⁴ BT 1017/16-17: Απόβλητος εἰς μαρτυρίαν γίνεται ὁ καταδικασθεὶς ἐπὶ τῷ ποιῆσαι ταραχώδη φλυαρίαν (Hb. II, 400: Non admittitur ad testimonium is, qui ob editum carmen famosum condemnatus est), corrispondente a D. 22.5.21 pr. (Char. lib. sing. de test.): *Ob carmen famosum damnatus intestabilis fit*. Citiamo i Basilici e il relativo apparato di σχόλια dalla più recente edizione groningana, curata da H.J. Scheltema, con il concorso di N. van der Wal e D. Holwerda. Riteniamo utile, per le ragioni già segnalate da Gorla [I «Basilici» e l'edizione di K.-W.-E. Heimbach, in *Collana della «Rivista di diritto romano» – Testi 7*, Milano 2002, che citiamo da P. GARBARINO, A. TRISCIUOGGIO, E. SCIANDRELLO (a cura di), *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, Alessandria 2016, 682 s.] dare conto anche della traduzione latina riportata nell'edizione di Heimbach, sebbene filologicamente non sempre attendibile, avendo l'accortezza, di volta in volta, di segnalare le difformità di restituzione del testo, ove rilevanti ai fini dell'indagine.

⁴⁵ BT 2896/1-4: Ὁ πρὸς ἀτιμίαν τινὸς βιβλίον γράφας ἢ συνθεὶς ἢ ἐκδεδωκὸς ἢ δόλον ποιήσας ἐφ' ᾧ τὶ τοιῶτον γενέσθαι, εἰ καὶ ὀνόματι ἐτέρου ἢ ἀνωνύμως ἐξέδωκεν, ἐνάγεται καὶ καταδικασθεὶς κωλύεται μαρτυρεῖν (Hb. V, 617: Qui ad infamiam alicuius librum scribit, vel componit, vel edit, vel dolo facit, ut quid horum fiat, etiamsi nomine alterius vel etiam sine nomine ediderit, tenetur, et condemnatus testis esse prohibetur), che ricalca D. 47.10.5.9 (Ulp. 56 ad ed.): *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolo malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius*

rito mediante l'impiego delle translitterazioni greche 'ιντεσταβίλιος', 'ιντεστάβιλις' e del termine latino grecizzato 'intestabélis'.⁴⁶ Gli scolii in questione sono

Sch. 1 *ad* Bas. 21.1(Pa).20 (BS 1244/4-7): Τοῦτ' αὐτὸ ἔχεις ἐν τῷ πραττομένῳ δετεσταμέντις μονοβιβλίῳ διγ. ιη'. Οὐλιανοῦ ῥητῷ, ὅτι ὁ καταδικασθεὶς OB CARMEN FOMOSOM (τουτέστιν ὡς ᾠδὴν συντάξας ἀθέμιτον) ἱντεσταβίλιός ἐστι (τουτέστιν οὔτε ἄλλω διατιθεμένῳ δύναται μαρτυρεῖν, οὔτε ἄλλος αὐτῷ μαρτυρεῖ);⁴⁷

Sch. 16 *ad* Bas. 60.21(Pe).5 (BS 3548/8-9): Ὁ Κύριλλος καὶ τὸ Πλάτος γίνεταί INTESTABÉLIS. Καὶ ζητεῖ βιβ. κα'. τίτ. α. κεφ. κα'. ὅτι καὶ διατίθεσθαι κωλύεται;⁴⁸

Sch. 22* *ad* Bas. 60.21(Pe).5 (BS 3549/14-18): Ἐάν τις βίβλον εἰς ἀτιμίαν τινὸς ἀνήκουσαν ἢ τὸν οἰονδήποτε χάρτην συγγράψῃται ἢ συνθήσῃ ἢ ἐκδῶ ἢ κατὰ δόλον παρασκευάσῃ τούτων τίποτε γενέσθαι, εἰ καὶ ὀνόματι ἄλλου τὸν τοιοῦτον χάρτην ἐξέδωκεν ἢ καὶ ἀνωνύμως, ἐξεστὶ κατ' αὐτοῦ κινεῖν τὴν ἰνιουριάρουμ· καὶ ἐάν καταδικασθῇ, ἱντεστάβιλις ὑπὸ τοῦ νόμου κελεύεται εἶναι κτλ.⁴⁹

Il primo è, con un buon grado di approssimazione, uno scolio antico.⁵⁰ Di ciò può

nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur.

⁴⁶ Per Bas. 35.1.27 e 35.1.19.1 non rinveniamo un apparato di scolii e i testi sono ricostruiti sulla base di altre fonti bizantine: cfr., rispettivamente, BT 1563/10-11: Ὁ κωλυόμενος διατίθεσθαι οὔτε μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ ...; Hb. III, 544: Qui testamentum facere prohibetur, nec testis est in testamento (corrispondente a D. 28.1.26, Gai. 22 *ad ed. prov.*, *Cum lege quis intestabilis iubetur esse, eo pertinet, ne eius testimonium recipiatur et eo amplius, ut quidam putant, neque [ne vel: Mommsen] ipsi dicatur testimonium*), il cui testo è restituito sulla base di quanto può leggersi in Syn., Δ.13.18 [(a cura di) Z. VON LINGENTHAL, K. EDUARD, *Jus Graeco-Romanum*, V, *Synopsis Basilicorum*, Lipsiae 1869, 206] ed in Tip. 21.1.46 [(a cura di) F. DOELGER, Τυπούκειτος. *Librorum LX Basilicorum summarium. Libros XIII-XXIII*, Roma 1929, 179]; BT 1561/14-15: Καὶ ὁ διὰ φάμουσον καταδικασθεὶς οὔτε διατίθεται οὔτε μαρτυρεῖ ἐν διαθήκῃ; Hb. III, 542: Qui ob carmen famosum damnatus est, neque testamentum facit, neque testis est in testamento (che riprende D. 28.1.18.1, Ulp. 1 *ad Sab.*: *Si quis ob carmen famosum damnatur, senatus consulto expressum est, ut intestabilis sit: ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi*), il cui testo è restituito tenendo conto di quanto si legge nell'*Epanagoge cum Prochiro composita, quam continet codex Parisinus graecus 1367* e in sch. 2 *ad* Bas. 21.1(Pa).20 (BS 1224/8-9).

⁴⁷ Hb. II, 400: non admittitur ad testimonium] Idem habes lib. 28 Digest. tit. 1 dig. 18 ('ἐν τῷ κη'. βιβ. διγ. τίτ. α'. διγ. ιη': in proposito v. la differente redazione groningana, su cui *infra*, nt. 51). Ulpiani, eum, qui ob carmen famosum damnatus sit, id est, qui canticum illicitum composuerit, intestabilem esse, id est, neque in testamento, alterius testem esse, neque alium in testamento eius.

⁴⁸ Hb. V, 618 (Sch. 18 *ad ibidem*): et condemnatus testis esse prohibetur] Cyrillus et τὸ Πλάτος habent: *fit intestabilis*. Et quaere lib. 21 tit. 1 cap. 21 de eo, quod etiam testamentum facere prohibetur.

⁴⁹ Hb. V, 618 (Sch. 16 *ad ibidem*): quid ad infamiam alicuius librum scribit] Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem vel quamlibet chartam conscripserit, composuerit, ediderit, dolove fecerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit eiusmodi chartam, vel sine nomine, licet in eum agere iniuriarum: et si condemnatus sit, intestabilis esse lege iubetur rel.

⁵⁰ È appena il caso di ricordare che gli studiosi sono soliti distinguere gli *scholia* c.d. antichi («che sono in sostanza estratti dalla letteratura giuridica del VI e inizio VII secolo, e che si riferiscono alla legislazione di Giustiniano») da quelli c.d. nuovi, distinzione che, malgrado siano stati individuati dei criteri di differenziazione, alcuni dei quali piuttosto affidabili, «non è decisamente un'impresa semplice»: in proposito

scorgersi indizio nella presenza della citazione di un frammento tratto dal Digesto.⁵¹ Il testo, pur riferendosi a un passo dei Basilici che riprende un brano dei *Digesta Iustiniani* escerpito dal *liber singularis de testibus* di Arcadio Carisio (D. 22.5.21 pr.),⁵² suggerisce esplicitamente un'opportuna correlazione tra Bas. 21.1.20 e D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*), del quale traduce pressoché fedelmente la porzione del frammento nel quale viene esplicitato in cosa consista l'*intestabilis esse*: 'τουτέστιν οὔτε ἄλλω διατιθεμένῳ δύναται μαρτυρεῖν, οὔτε ἄλλος αὐτῷ μαρτυρεῖ' ('*ergo nec testamentum facere poterit nec ad testamentum adhiberi*') nel luogo ulpiano di cui sopra).

Il secondo è, invece, uno *scholium* ragionevolmente tardo, come può evincersi dalla circostanza che il riferimento che ivi ricorre non è più a un frammento del Digesto, bensì dei Basilici, e dall'impiego dell'abbreviazione 'κεφ.', che si riferisce al κεφάλαιον ('βιβ. κα'. τит. α. κεφ. κα').⁵³ Della sua tradizione recenziore è indizio anche l'*incipit* del passo, ove si attesta che il sostantivo oggetto della nostra indagine si rinveniva e in un'opera di Cirillo (probabilmente nella sua *summa* al Digesto) e nel 'τὸ Πλάτος' (sottinteso, τῶν Διγέστων), appellativo quest'ultimo con il quale, nella letteratura bizantina di età successiva al VI-VII sec. d.C., si designavano l'ἴνδιξ e le παραγραφαί di Stefano ai frammenti del Digesto.⁵⁴ Di un certo interesse è, ad ogni modo, che ancora in uno scolio di età tarda si serbasse il ricordo della presenza in opere bizantine più risalenti di tale sostantivo, del quale si conserva la radice latina ('intestabélis').

Infine, l'ultimo brano, per il quale è difficile stabilire a quando risalga,⁵⁵ restituisce, in effetti, una traduzione abbastanza corrispondente al contenuto di D. 47.10.5.9 (Ulp. 56 *ad ed.*).⁵⁶

La presenza delle translitterazioni, come abbiamo in precedenza rilevato per l'uso di vo-

rinviamo, per un primo orientamento, almeno a J.H.A. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione* cit., 118 ss., 143 ss. e ivi nt. 107 (da cui abbiamo tratto la citazione più sopra riportata) con ampia letteratura richiamata; H. DE JONG, *Using the Basilica* cit., 305 ss.

⁵¹ Vi si legge: 'ἐν τῷ πραττομένῳ δετεσταμέντις μονοβιβλίῳ διγ. ιη' (BS 1244/4-5). Il libro 28 dei *Digesta Iustiniani* rientra tra quelli che gli *antecessores* prendevano in esame a lezione (in particolare, esso è ricompreso tra quelli definiti nella *const. Omnen*, § 4, *libri singulares*; μονοβιβλία nel linguaggio dei giuristi bizantini) e che erano chiamati 'τὰ πραττόμενα βιβλία'. Sul valore di tale espressione tecnica e sul fatto che la sua presenza in uno scolio possa costituire sicuro indizio della provenienza del frammento da un commentario di un *antecessor* rinviamo, per tutti, a N. VAN DER WAL, Πράττειν, πράττομενος und πράξις als Fachworte im frühbyzantinischen Rechtsunterricht, in Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law 1, 1984, 93 ss.

⁵² V. *retro*, nt. 44.

⁵³ In proposito rinviamo, per tutti, a H.J. SCHELTEMA, *Subseciva III. Die Verweisungen bei den frühbyzantinischen Rechtsgelehrten*, in RHD 30, 1962, 355 ss., spec. 356, ora in N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, R. MEIJERING (a cura di), *Opera minora* cit., 116 ss., spec. 117.

⁵⁴ Sul punto v., per tutti, H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, Leiden 1970, 24. Su Stefano e Cirillo esaustivi ragguagli possono rinvenirsi in J.H.A. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione* cit. 127 e ivi nt. 57, 128 e ivi nt. 63 con letteratura.

⁵⁵ Non vi sono, a nostro avviso, solidi ed espliciti indizi che inducano a sostenere con certezza che Sch. 1 *ad* Bas. 21.1(Pa).20 non faccia parte degli *scholia* c.d. più antichi (sul punto v. *retro*, nt. 50), fatta eccezione per la mancanza di una iscrizione con l'attribuzione del frammento all'autore originario.

⁵⁶ Trascriviamo nuovamente il testo del frammento (già riportato *retro* nt. 9), per agevolarne il confronto con Sch. 22* *ad* Bas. 60.21(Pe).5: *Si quis librum ad infamiam alicuius pertinentem scripserit composuerit ediderit dolove malo fecerit, quo quid eorum fieret, etiamsi alterius nomine ediderit vel sine nomine, uti de ea re agere liceret et, si condemnatus sit qui id fecit, intestabilis ex lege esse iubetur.*

caboli latini o di termini latini grecizzati nel testo della Parafrasi teofila, denota la consapevolezza da parte dei giuristi di età bizantina che, nelle opere della compilazione giustiniana, determinate espressioni rivestissero un significato tecnico ben preciso, che difficilmente si era in grado di rendere a pieno nella traduzione in lingua greca.⁵⁷

Quest'ultimo dato è, invero, l'unico veramente interessante che emerge dalla lettura degli σχόλια più sopra riportati. Non è possibile trarre dalla loro stesura alcun elemento a sostegno dell'ipotesi della sussistenza di un dibattito, nella letteratura giuridica bizantina, circa la portata tecnica dei termini oggetto della nostra disamina. Appare evidente, infatti, che i frammenti poc'anzi riportati sono abbastanza fedeli alle informazioni conservate nei *Digesta Iustiniani*, ove viene meno del tutto il riferimento all'espressione *improbis intestabilisque* – ricordata invece nel manuale imperiale (2.10.6) – e si discute, tutt'al più, solo delle eventuali sanzioni nelle quali sarebbe incorso il soggetto qualificato *intestabilis* (alla stessa stregua, per intenderci, di quanto può evincersi dal contenuto di D. 28.1.18.1, Ulp. 1 *ad Sab.*).

Giunti a questo punto dello studio, saremmo portati a ritenere, fondatamente, che qui si esaurisce il contributo che è in grado di offrire alla nostra ricerca la lettura dei Basilici. Come vedremo subito, così in effetti non è.

Per non lasciare nulla d'intentato, infatti, ci siamo risolti ad estendere l'indagine al di là dei luoghi dei Basilici (e dei relativi scolii) corrispondenti ai passi del Digesto che tramandano il termine *intestabilis*. Abbiamo, pertanto, condotto una capillare ricerca semantica, non solo dell'espressione in esame, *improbis intestabilisque*, ma anche delle singole parole della locuzione, nonché delle rispettive trascrizioni greche, se eventualmente presenti, ed, infine, dei corrispettivi con i quali tali termini latini sono solitamente tradotti nella lingua greca, ossia ἀναιδής / ἄδοκιμος e ἁμαρτυρός.⁵⁸

Abbiamo così reperito, insieme ad ulteriori frammenti nei quali ricorre la translitterazione in lingua greca del sostantivo *intestabilis*,⁵⁹ anche altri due scolii sui quali soffermiamo adesso la nostra attenzione.

⁵⁷ In tal senso, rinviamo per tutti a C. RUSSO RUGGERI, *L'insegnamento di Teofilo tra Istituzioni e Parafrasi* cit., 77 s., la quale sottolinea per l'appunto che «l'inserimento in un testo greco di termini giuridici latini era uno degli espedienti a cui i bizantini del tempo facevano ricorso tutte le volte in cui si trovavano a dover trattare una questione giuridica secondo il diritto romano: problema di non facile soluzione, dato che la lingua greca non aveva un adeguato corrispondente patrimonio tecnico-giuridico e non sempre era possibile trovare dunque inequivoche equivalenze tra i termini giuridici propri delle due lingue». Sul punto v., insieme alla letteratura citata *retro* nt. 25, anche le considerazioni svolte *infra*, § 4.

⁵⁸ Ci siamo serviti, a tal fine, del *Thesaurus linguae Graecae online*. Incidentalmente, ci sembra opportuno segnalare che le traduzioni del termine *improbis*, *supra* menzionate nel testo, sono attestate ad esempio in *Corp. glos. Lat.* (a cura di G. GOETZ-G. GUNDERMANN): 2.78.43 (*Improbis* ἀναιδής); 2.85.48 (*improbis* ἀγενής · ἀναιδής · || ἄδοκιμος); 3.125.16 (*anaedis* *improbis*); 3.333.13 (ἄδοκιμος *improbis*). Più problematica, e per lo più fraintesa, appare la traduzione del sostantivo *intestabilis*, e non solo perché la lingua greca non disporrebbe di un corrispettivo in grado di renderne a pieno il senso, bensì, secondo noi, verosimilmente per la difficoltà di coglierne anzitutto la valenza semantica nella lingua latina (sul punto v. anche *infra*, § 4): v., a titolo esemplificativo, *Corp. glos. Lat.* 2.90.43 (*intestabilis* ἀπηγορευμένος · ἀτιμὸς · μηπρός · δεκτεός · || εἰς μαρτυρίαν); 2.218.34 (ἀδιαθετός *intestatus* *intestabilis*); 3.452.72 (*intestabilis*, ἁμαρτυρήτος); 3.475.61 (*intestabilis* ἁμαρτητός). Si legga, in proposito, anche uno scolio a PT. 2.10.6 (segnalato da C. FERRINI, *Scolii inediti allo Pseudo-Teofilo contenuti nel manoscritto Gr. Par. 1364*, in *Opere*, I cit., 184; v. *retro*, nt. 29), ove in corrispondenza del termine *improbis* si legge 'ὁ ἀναιδής'.

⁵⁹ Vengono in rilievo tre scolii collocati tutti all'interno del lib. 39 tit. II dei Basilici (Περὶ παρανόμου καὶ ῥηγνυμένης καὶ ἀκύρου διαθήκης) corrispondente a D. 28.3 (*De iniusto rupto irritato facto testamento*):

Prendiamo anzitutto in esame Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6,⁶⁰ che riportiamo nella porzione di testo che rileva ai fini della nostra indagine:

Sch. 27§ *ad* Bas. 39.2(Pb).6 (BS 2349/4-5): Τότε δὲ ἔρρωται, ὅτε μηδεὶς τῶν κεκωλυμένων γέγραπται, οἷός ἐστιν δεπορτάτος καὶ ἰντεσταβίλιος, ἢ κατὰ τὸ ἰθ'. κεφ.; Sch. 3§ *ad* Bas. 39.2(Pb).7 (BS 2349/19): Οἷός ἐστιν ὁ δεπορτάτος καὶ ὁ ἰντεσταβίλιος † ἢ ἀπελεύθερον ἢ δοῦλον; Sch. 7* *ad* Bas. 39.2(Pb).12 (BS 2351/4-9): ... ἐγὼ κατὰ μηδὲν τὴν ἀρχὴν παρὰ τοῦ νόμου κωλύμενος ἔγραψα διαθήκην ἐνστησάμενος ἓνα τῶν ἐγγυτέρων. Εἶτα περιέπεσον τῷ ἰντεσταβίλῃ, ὡς ἡκυρῶσθαί μου τὴν διαθήκην· οὐδὲ γὰρ ἡδύνατο ὑπείσελευσθῆναι μου ἡ κληρονομία ἐν τῇ τελευτῇ. Ἀλλὰ καὶ οὕτως ἐχοῦσης τῆς διαθήκης εἰ εὐρεθῇ εἰς τῶν ἐξ ἀδιαθέτου γραφεὶς κατὰ τὸν καιρὸν, καθ' ὃν εἶχον ἄδειαν διατίθεσθαι, κληρονομεῖ κτλ. (Hb. IV, 48: ... Ego ab initio lege non prohibitus testamentum scripsi, uno ex propinquis herede instituto. Postea factum sum intestabilis, ita ut testamentum meum irritum fieret. Neque enim tempore mortis poterat adiri hereditas mea. Verum et ita se habente testamento, si unus eorum, qui ab intestato vocantur, inveniatur heres scriptus eo tempore, quo testamenti factionem habui, succedit rell.). Specie dalla lettura di quest'ultimo testo (ragionevolmente assai tardo: è attribuito, infatti, nell'edizione olandese da cui citiamo, a Calociro; diversamente sul punto si esprime Hb. IV, 48, il quale reca nell'*inscriptio* il nome dell'*antecessor* Cobidas) ci sembra possa evincersi che il termine 'ἰντεσταβίλῃς' che ivi ricorre alluda esplicitamente a un soggetto che, possedendo la *testamenti factio*, c.d. attiva, al momento della redazione del testamento ('ἐγὼ κατὰ μηδὲν τὴν ἀρχὴν παρὰ τοῦ νόμου κωλύμενος ἔγραψα διαθήκην ἐνστησάμενος ἓνα τῶν ἐγγυτέρων'), l'avesse successivamente perduta (così suggeriamo possa interpretarsi la porzione di testo 'Εἶτα περιέπεσον τῷ ἰντεσταβίλῃς'), così da rendere il suo testamento 'irritum' ('ὡς ἡκυρῶσθαί μου τὴν διαθήκην'). Tale riferimento alla *testamenti factio* – tuttavia, a quella c.d. *passiva* – sembra inoltre a nostro avviso, ricorrere – implicitamente, stavolta – anche negli altri due scolii (anch'essi presumibilmente recenziatori) più sopra in questa stessa nota riportati. Ciò trova, del resto, conferma in un ulteriore *scholium* a Bas. 39.2(Pb).7 (cfr. Sch. 1, BS 2349/14-15) ove si legge che: Ὁ στρατιώτης καὶ τὸν δεπορτάτος καὶ πάντα σχεδὸν μὴ ἔχοντα τεσταμέντι φακτίονα γράφει κληρονόμος κτλ. (Hb. IV, 47: Miles et deportatum et fere quemlibet, qui non habet testamenti factionem, heredem scribit rell.). Sulla sussistenza di una correlazione tra contenuto della sanzione discendente dalla condizione di *intestabilis* e *testamenti factio* c.d. *passiva* v. sia quanto rilevato più sopra, circa PT. 2.10.6, sia *infra*, a proposito di Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6. Circa il sostantivo ἀδόκιμος, esso è attestato in Bas. 22.5.5.3 (BT 1076/6); 25.1.24.1 (BT 1192/24-25) e in ulteriori *scholia* [Sch. 6 *ad* Bas. 13.2(P).7 (BS 685/5); 4 *ad* Bas. 22.5.5 (BS 1416/8, 10); 13 *ad* Bas. 60.21.15 (BS 3559/16); 45* *ad* *ibidem* (BS 3563/2)], ma solo Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14 (*infra* riportato nel testo di questo stesso paragrafo) riveste un qualche interesse ai fini della nostra indagine. Per quanto concerne il sostantivo ἀμάτυρος, abbiamo potuto appurare che lo stesso ricorre anche in Sch. 5 *ad* Bas. 22.3.1 (1397/24, 29, 1398/1, 5, 7); 7 *ad* *ibidem* (BS 1398/29); 2 *ad* Bas. 22.4.1 (1403/12); 1 *ad* Bas. 22.4.4 (1405/17); 1 *ad* Bas. 23.1.61 (1595/21), ove tuttavia non è impiegato per tradurre o rendere il significato del vocabolo *intestabilis* bensì per indicare l'assenza o il venir meno della testimonianza altrui. Non rilevano, inoltre, ai fini della nostra indagine quei luoghi dei Basilici [2.3.99 (BT 57/13); 4.1.17 (BT 119/14); 9.3.49 (BT 482/15); 9.6.7 (BT 497/10); 10.2.14 (BT 533/26); 24.6.55 (BT 1171/17); 42.1.11 (1895/9); 60.17.2 (2867/11)] nei quali ricorre il termine ἀναιδής (non rinvenibile peraltro in alcuno scolio), e ciò malgrado la sua ricorrenza in un'antica glossa a PT. 2.10.6 (v. sul punto la nota precedente).

⁶⁰ Il brano dei Basilici in questione è collocato nel tit. I del lib. 39 ('Περὶ μέμψεως διαθήκης'), che ricalda D. 5.2 ('*De inofficioso testamento*'): BT 1760/1-3 Ulpia. Καὶ τοῖς ἐγκυμονουμένοις ὑπεξουσίοις ἐν τῷ τελευτᾷ τὸν διατιθέμενον καὶ συγγενέσις ἀρμόζει ἢ κατὰ τῆς διαθήκης μέμψις, καὶ τῷ μετὰ τελευτῇ τῆς μετρὸς ἐξ ἀνατομῆς ἐξενεχθέντι κτλ. (Hb. IV, 4: Ulpian. Etiam suis, qui sunt in utero tempore mortis testatoris, et cognatis competit querela inofficiosi testamenti, atque etiam ei, qui post mortem matris sectione editus est), corrispondente a D. 5.2.6 pr. (Ulp. 14 *ad* ed.), *Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore: sed et cognatorum, quia et horum ab intestato potuit bonorum possessionem accipere. quid ergo? eis imputatur, cur intestati non decesserant? sed hoc nemo apud iudicem potest impetrare: non enim interdictur testamenti factione. hoc plane ei imputare potest, cur eum heredem non scripserit: potuit enim scriptus heres in possessionem mitti ex clausula de ventre in possessionem mittendo: item natus secundum tabulas haberet. simili modo et eum, qui post testamentum matris factum exsecto ventre extractus est, posse queri dico.*

BS 2299/4-12 ... Ἄρα σὺς postūmos δύναιται τὴν δεινοφικίσο κινεῖν; Σκοπήσωμεν, εἰ τὰ τρία τούτω συντρέχει, ἅπερ ὀφείλουσιν ἔχειν οἱ τὴν δεινοφικίσο κινήσαι βουλόμενοι, τουτέστιν εἰ δεκτικός ἐστι τῶν ἐξ ἀδιαθέτου, ὅπερ εὐρίσκομεν· τοῦ σοῦου γὰρ οὐδεὶς προτιμᾷται παιδός. Ἄρα δὲ τὸ μῖσος πάντως ἄλογον ἐπὶ ποστούμου; Τί γὰρ ἐποίησεν ἢ ἐφθέγγετο, δι' ὧν πεφύκασιν ἄνθρωποι λυπεῖν; Τὸ τρίτον, μή τις αὐτὸν κωλύει νόμος γράφεσθαι κληρονόμον. Τί γὰρ, ὅτι inprobus, intestabilis ἐστὶν οὐδαμῶς; Τίνα γὰρ μᾶλλον τοῦ σοῦου δικαιότερον γράφομεν κληρονόμος; Ὡστε ἀναμφιβόλως οὗτος δύναιται τὴν δεινοφικίσο κινεῖν κτλ.⁶¹

Il brano è tratto da un corposo e complesso *scholium* adespota,⁶² che presenta, secondo noi, espliciti indizi che depongono a favore della sua risalenza alla letteratura giuridica bizantina del VI sec. d.C., sebbene non sia per nulla agevole stabilire all'opera di quale *antecessor* possa risalire.⁶³

A favore della sua antichità (o quanto meno dell'antichità di molte porzioni del suo testo) possono, a nostro modesto avviso, addursi delle considerazioni, sebbene in via meramente congetturale. In primo luogo, può costituire un primo indizio che lo scolio si componga di una lunga *προθεωρία*, cui segue quella che, a nostro avviso, si configura come una *composita παραγραφή* (dalla quale abbiamo estrapolato la porzione di testo riportata più sopra).⁶⁴ In secondo luogo, ci sembra altresì significativo che all'interno della *παραγραφή* sia adoperato un registro linguistico particolarmente colloquiale, intercalato da numerosissime domande e risposte secondo la forma delle *ἐρωταποκρίσεις*, ampiamente adoperate dagli *antecessores* nell'insegnamento.⁶⁵ Inoltre, cospicuo è il ricorso nel frammento in esame a termini del

⁶¹ Hb. IV, 6: ... Potestne suus postumus de inofficioso agere? Videamus, an in eo tria concurrant, quae habere debent ii, qui de inofficioso agere volunt: scilicet an possit an intestato succedere, quod invenimus: nam suo filio nemo praefertur: deinde, an odium omnino iniustum sit in postumum: quod est: quid enim fecit aut dixit, quo hominem dolore affici possint? Tum, ne qua lex prohibeat eum heredem scribi. Nam improbus, intestabilis nullo modo est (in Heimbach la frase che contiene il riferimento ai termini oggetto di indagine è resa come se non si trattasse di una proposizione interrogativa: diversamente nella più recente edizione groningana *supra* riportata nel testo: sul punto v. inoltre *infra*, nt. 71). Quem enim suo aequius heredem scribemus? Itaque haud dubie hic querela inofficiosi testamenti agere potest rell.

⁶² Cfr. BS 2296/22-2300/25.

⁶³ V. *infra*, nt. 68.

⁶⁴ V. 'Προθεώρησον' (BS 2296/22) e 'Ταῦτα εἰδὼς ἐλθὲ ἐπὶ τὸ προκείμενον' (BS 2299/1), formulazioni quest'ultime che consentono di individuare chiaramente la porzione di testo che costituisce la *προθεωρία*. In proposito, rinviando per tutti a J.H.A. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione* cit., 122. Com'è noto, la *προθεωρία*, quando era presente, precedeva la traduzione greca del testo latino (ἰνδιξ). Siamo convinti, tuttavia, per la ragione riferita *infra* (nella nota seguente) che la porzione dello scolio riferita in BS 2299/1-2300/25 sia piuttosto una *παραγραφή*.

⁶⁵ La circostanza che nello scolio possano riscontrarsi numerose *ἐρωταποκρίσεις* costituisce, a nostro avviso, un plausibile indizio del fatto che BS 2299/1-2300/25 sia una corposo *παραγραφή*, presumibilmente delle parole 'Postumus inofficiosum testamentum potest dicere eorum, quibus suus heres vel legitimus potuisset fieri, si in utero fuerit mortis eorum tempore' contenute nel ῥήτόν (su cui v. *retro*, nt. 60). A onor del vero, non si tratta di un dato che, da solo, consente di stabilire inequivocabilmente che siamo dinanzi ad uno scolio antico, in quanto la forma della *ἐρωταποκρίσις* «which consists of a question and an answer, an objection and a solution in order to explain a legal problem», pur costituendo in maniera inconfondibile «element of the teaching of the *antecessores*», poteva trovare impiego anche in alcuni scolii nuovi dei Basilici, tra i quali ad esempio quelli attribuiti ad Agiotheodoro. Così D. PENNA, *Hagiotheodorites: the last antecessor? Some remarks on one of the 'new' Basilica scholiasts*, in Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law 9, 2014, 399 ss., spec. 415 ss., 417 per la citazione di cui sopra in nota.

linguaggio tecnico latino o ad espressioni latine grecizzate,⁶⁶ fenomeno quest'ultimo che è molto più raro negli scolii c.d. nuovi, ove è più frequente il ricorso a translitterazioni e vere e proprie traduzioni in lingua greca. Da ultimo, nel brano è presente anche un rimando a quanto 'si è appreso' (letteralmente: 'apprendesti/hai appreso') nelle Istituzioni giustiniane,⁶⁷ testo che, in seguito alla riforma degli studi giuridici attuata da Giustiniano, era oggetto di studio a primo anno. Tale informazione valutata alla luce della circostanza che lo Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6 corrisponde a un passo dei *Digesta Iustiniani* inserito in D. 5.2 ('*De inofficioso testamento*') – libro che veniva affrontato nel secondo anno degli studi e che rientra nella *pars de iudiciis* (libri 5-11) – rafforza l'ipotesi che, con un buon grado di verosimiglianza, ci troviamo dinanzi a un brano escerpito da un'opera didattica di un *antecessor*.⁶⁸

⁶⁶ Si vedano, ad esempio, BS 2297/7, 9, 15, 20, 24, 25, 26, 31; 2298/3, 6-7, 8, 12, 16, 17, 21, 22, 23, 25, 26, 30; 2299/2, 3, 5, 10; 2300/7, 9, 11, 17.

⁶⁷ Riportiamo in proposito l'intero contesto che contiene il riferimento alle Istituzioni giustiniane: BS 2298/27-34: ... Τί οὖν, ὅτι τὸν οἰκεῖον τις ποστοῦμον ἔγραψε κληρονόμον; Καὶ οὕτως ὡσαύτως τεχθεὶς μὲν ἀναμφιβόλως τὴν σεκοῦνδου ταβοῦλλας αἰτεῖν δύναται διακατοχὴν, καὶ μήπω δὲ τεχθεὶς εἰς τὴν ὑέντρῃς νόμῃνε πέμπεσθαι νομῇν. Μάθε καὶ τοῦτο, μᾶλλον δὲ οἶδας· τὸ μὲν Ὀρφιδιάνειον δόγμα μόνῃ τῷ υἱῷ λεγίτιμον δέδωκε δίκαιον ἐπὶ τὴν τῆς μετρὸς κληρονομίαν· αἱ δὲ διατάξεις καὶ τῷ ἐγγόνῳ καὶ τῇ ἐγγόνῃ τὸ αὐτὸ δέδωκασι δίκαιον ἐπὶ τὴν μαμμῶσαν διαδοχὴν, ὡς ἔγνωσ ἐν τῷ δ'. τίτ. τῆς γ'. ἰνστιτ. οὐκέτι δὲ καὶ τῷ προεγγόνῳ κτλ. (Hb. IV, 5: ... Quid ergo, si quis suum postumum heredem scripserit? Tunc quoque similiter natus quidem haud dubie petere potest bonorum possessionem secundum tabulas, nondum vero natus mitti potest in possessionem ventris nomine. Discas et hoc: imo iam scis, Senatusconsultum Orphitianum soli filio dedisse ius legitimum in hereditate matris: constitutiones vero etiam nepoti et nepti idem ius dedisse in successione aviae, ut didicisti in tit. 4 libri 3. Institutionum, nec vero pronepoti rel.).

Dalla presenza di tale rimando ad un luogo del manuale imperiale (3.4: *De senatus consulto Orfitiano*) potrebbe inferirsi, plausibilmente, che anche i termini 'improbis, intestabilis' siano stati reperiti dall'autore dello scolio all'interno delle Istituzioni giustiniane (*scilicet* in 2.10.6). Non si può tuttavia escludere che egli fosse altresì, in un qualche modo, a conoscenza delle riflessioni formulate da Teofilo circa le conseguenze nelle quali sarebbe incorso il soggetto qualificato *improbis intestabilisque* (che abbiamo letto in PT. 2.10.6), che, come rilevato nel § 2 di queste pagine, comportano la perdita della *testamenti factio*. A onor del vero, è legittimo altresì, in proposito, dubitare se con la locuzione 'ἐν τῷ δ'. τίτ. τῆς γ'. ἰνστιτ.' l'autore dello scolio si riferisse proprio alle Istituzioni giustiniane o, piuttosto, alle *παρὰγραφαὶ* di Teofilo ad esse (nello specifico *ad* I. 3.4), dato che, com'è noto, la Parafrasi «era considerata alla stregua delle Istituzioni stesse e spesso citata persino come τὰ Ἰνστιτοῦτα» (sic J.H.A. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione – educazione – purificazione* cit., 139).

⁶⁸ Non crediamo che il brano possa attribuirsi a Teofilo, in ragione della circostanza che dell'*antecessor* si sono conservati frammenti del suo commento ai *Digesta Iustiniani* solo relativamente a due *partes* di quest'ultimo, τὰ πρῶτα (libri 1-4) e *de rebus* (libri 12-19), fatta eccezione per due frammenti riguardanti la *pars de iudiciis*. Sul punto rinviando, per tutti, a H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents* cit., 30 s. Altresì, è inverosimile possa trattarsi di Doroteo, che ha approntato più che altro una traduzione al Digesto priva di lunghe esplicazioni e riservata probabilmente alla sfera della prassi giudiziale ed amministrativa. In proposito rinviando, tra i tanti, a N. VAN DER WAL-J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graecoromani delineatio* cit., 46 s., 127; F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest translation*, Groningen 1996, *passim*. Non resta che prendere in considerazione la possibilità che Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6 risalga a Stefano (ciò è stato suggerito anche da Heimbach: v. *Basilicorum libri LX*, VI. *Prolegomena et manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 233), sebbene dei dubbi dal modo in cui è congegnato il frammento permangono: non ci spieghiamo, ad esempio, come mai la προθεωρία riferita nella prima porzione dello scolio preceda una παραγραφή, in luogo del relativo ἰνδιξ (sul punto, v. *supra*, ntt. 64-65). Su tale *antecessor* rinviando, per un primo orientamento, a H.J. SCHELTEMA, *Subseciva V. Der Digestenunterricht des*

Tornando adesso al contenuto della porzione del frammento oggetto della nostra indagine, ad un certo punto della spiegazione, viene sollevato l'interrogativo se il *suus postumus*, l'*adgnatus postumus* e il *cognatus postumus* possano fare ricorso alla *querela inofficiosi testamenti*.⁶⁹ Formulata tale domanda, l'autore dello scolio si sofferma a trattare, *in primis*, del *suus postumus*,⁷⁰ per il quale (si) chiede: Può il *suus postumus* agire *de inofficioso*? (Ἄρα σὺος postūmos δύναται τὴν δεινοφικίσοο κινεῖν;).

In risposta a tale quesito, nella porzione di testo da noi esaminata, leggiamo che tra i requisiti che devono sussistere in capo a chi vuole promuovere la *querela de inofficioso testamento*, bisogna includere che non vi sia alcuna legge che proibisca a tale soggetto (*scilicet*, al *suus postumus*) di essere istituito erede in un documento testamentario (μὴ τις αὐτὸν κωλύει νόμος γράφεσθαι κληρονόμον). Si susseguono due quesiti, che preludono all'affermazione conclusiva seguendo la quale Ὡστε ἀναμφιβόλως οὗτος δύναται τὴν δεινοφικίσοο κινεῖν e che, a nostro modesto avviso, sembrerebbero posti quasi in forma retorica ed, altresì, strettamente connessi a quanto poco prima asserito dall'*antecessor*: 'Che cosa succede se non è affatto *inprobus*, *intestabilis*?'⁷¹ (Τί γὰρ, ὅτι inprobus, intestabilis ἐστὶν οὐδαμῶς;), e, ancora, 'Chi se non il *suus* è più equo che scriviamo in un testamento come erede?' (Τίνα γὰρ μᾶλλον τοῦ σοῦος δικαιοτέρον γράφομεν κληρονόμος;).

Orbene, è opportuno sottolineare che ci troviamo dinanzi all'unico luogo dei Basilici ove ricorrono congiuntamente i termini *inprobus* ed *intestabilis*, sebbene non uniti dalla congiunzione enclitica *-que*, come vengono tramandati nelle Istituzioni giustiniane e nella Parafrasi di Teofilo (2.10.6). Il che appare, quanto meno, curioso, se pensiamo che nei *Digesta Iustiniani*, come già ricordato, non si conserva alcun riferimento all'espressione *de qua*. Come, del resto, singolare è la circostanza che tale citazione erudita trovi spazio in una *sedes materiae* differente da quella nella quale ci saremmo aspettati di rinvenirla (ovvero in corrispondenza dei luoghi in cui nelle Pandette si accenna a colui che *intestabilis est*).

Premesso ciò, va rilevato che non emerge con chiarezza da Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6 la portata tecnica dei termini '*inprobus*, *intestabilis*', né siamo in grado di stabilire se il giurista bizantino che li ha adoperati fosse consapevole del loro significato e della portata giuridica dell'intera espressione (ammesso che fosse a conoscenza del fatto che i due sostantivi storicamente erano congiunti in una formulazione unitaria). Un dato ad ogni modo può dedursi, con una certa evidenza, dalla lettura della porzione di frammento più sopra riportata, ossia la connessione, già lumeggiata anche nella Parafrasi di Teofilo (2.10.6),⁷² tra il

Stephanus, in RHD 31, 1963, 94 s. ora in N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, R. MEIJERING (a cura di), *Opera minora* cit., 122 s.; ID., *Über die Werke des Stephanus*, in RHD 26, 1958, 5 ss., ora in *ibidem*, 331 ss. e, più di recente, H. DE JONG, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, Den Haag 2008, *passim*.

⁶⁹ Così BS 2299/2-3: 'εἰ σὺος postūmos, εἰ ἀδγνάτος postūmos, εἰ cognátos postūmos δύναται τὴν δεινοφικίσοο κινεῖν' (Hb. IV, 6: 'an suus postumus, an agnatus postumus, an cognatus postumus querela inofficiosi testamenti agere possit').

⁷⁰ Sic. BS 2299/3-4: 'πρῶτον περὶ τοῦ σίου postūμου διαλάβωμεν' (Hb. IV, 6: 'primum de suo postumo disseramus').

⁷¹ Se bene interpretiamo l'andamento del discorso condotto dall'autore dello scolio, la domanda che contiene il riferimento al soggetto '*inprobus*, *intestabilis*' si comprende tenendo conto di quanto egli immediatamente prima aveva asserito, ossia che il *suus postumus* avrebbe potuto *de inofficioso agere* a patto che non vi fosse alcuna legge che proibisse a tale soggetto di essere istituito erede in un testamento. Alla luce di ciò, il suddetto quesito potrebbe pertanto, secondo noi, rendersi nel seguente modo: 'E se non vi è alcuna legge che dichiarare il *suus inprobus*, *intestabilis*, cos'altro impedisce di istituirlo erede in un testamento?'

⁷² Nonché negli *scholia* ai Basilici riportati *supra*, nt. 59.

contenuto della sanzione in esame (del quale – lo ribadiamo – non è detto che chi scriveva avesse piena consapevolezza) e l'istituto della *testamenti factio*, ed in particolare di quella c.d. *passiva*.⁷³

Soffermiamoci adesso ad esaminare un ultimo frammento, Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14, per poi formulare alcune considerazioni che muovano dalla lettura dei testi in queste pagine esaminati. Guardiamo dunque a

BS (1239/24-29, 1240/1-10): Φησιν ἰνστιτουτίων β'. ἐν τιτ. ι'. καὶ κεφ. κς'. τοῦ λέ. Βιβ. τῶν Βασιλ. τιτ. α', ὅτι οὐδε ἀδόκιμος ἐν διαθήκῃ μαρτυρεῖ ἢ διατίθεται. Ἀνάγνωθι οὖν τὸν. ι'. τιτ. τῆς αὐτῆς ἰνστιτουτίονος καὶ μαθήσῃ, ὅτι ἀδόκιμος ἐστὶν ὁ κληθεὶς ἐπὶ τῷ ὑπογράφαι ἐν διαθήκῃ καὶ μὴ ἐλθῶν, ὡς ὁ ς'. τιτ. φησὶν, ἢ ὁ ὑπογράφας καὶ σφραγίσας καὶ μὴ θελήσας μαρτυρῆσαι, ὡς ὁ τοῦ Θεοφίλου τιτ. ἐξηγεῖται, καὶ ὁ καταδικασθεὶς ὡς ῥῆδην συντάξας ἀθέμιτον (...).⁷⁴ Προστίθῃσι δὲ καὶ γυναικα καὶ ἄνηβον καὶ κωφόν, μαινόμενον καὶ ἄσωτον, ὅτι οὐδε αὐτοὶ ἐν διαθήκῃ μαρτυροῦσι. Τὸ δὲ κληθῆναι πάντως πρὸ ταύτης τῆς διαθήκης πρὸς τὸ βεβαιῶσαι ἐτέραν διαθήκην νοητέον. Εἰ γὰρ κληθεὶς μὴ παραγένηται, πῶς ἂν μαρτυρήσῃ ἐν ἧ μὴ παρεγένετο; Διὰ γὰρ τοῦτο οὐδὲ μάρτυς λογίζεται, ἀλλ' ὡς πρότερον τοῦτο ἀμαρτήσας, ἢ τὸ μετὰ τὴν ὑπογραφὴν καὶ σφραγίδα μὴ ἐθελῆσαι ὑπὲρ ἐκείνης μαρτυρῆσαι· κἂν μετὰ ταῦτα εἰς ἐτέραν διαθήκην εὖρεθῇ μαρτυρῶν, ἀποδοκιμάζεται. Λοιπὸν χρὴ σκοπεῖν τὸν διαθέμενον, ἵνα ἔχῃ ὁ μαρτυρῶν τεσταμέντι φακτίονα, ἥτοι [ἴνα] δύναται καὶ κληρονόμος γράφεσται ὑφ' ἡμῶν καὶ ἡμᾶς γράφειν ἢ λεγατεύειν καὶ ληγατεύεσθαι.⁷⁵

Il brano in esame è segnalato da Reitz tra quei frammenti rinvenibili in opere di età bizantina, ed in particolare nei Basilici, che contengono espliciti riferimenti alla Parafrasi di

⁷³ In proposito v. le osservazioni svolte *retro*, nt. 71.

⁷⁴ Nella parte di testo che non abbiamo riportato più sopra (BS 1239/29-32, 1240/1) si dà conto del caso riguardante *'aliquis ex testibus testamenti quidem faciendi tempore liber existimabatur, postea vero servus apparuit'* (di cui si tratta in I. e PT. 2.10.7): 'Λέγει δὲ καὶ περὶ δούλου, ὡς οὐδὲ αὐτὸς μαρτυρεῖ, ὥσπερ φησὶ καὶ εἰς τὸ αὐτὸ βιβ. καὶ τιτ. τῶν Βασιλικῶν. Πλὴν φησιν ἰνστ[ι]τουτίων, ὅτι, ἐὰν ἡγνοεῖτο πρὸ τῆς ὑπογραφῆς ὡς μὴ τινος ἐπ' αὐτοῦ ἐπαγανόντος ζήτησιν περὶ καταστάσεως, εἰ καὶ μετὰ τὸ εὖρεθῆναι δούλος, ἔρρωται ἢ διαθήκῃ καὶ ἰσχύει' (Hb. II, 397: 'Servum quoque dicit testimonium perhibere non posse, ut dicitur eodem libro et titulo Basilicorum. Dicit tamen Institutio 2. si ante subscriptionem ignoraretur, quod scilicet nemo ei status controversiam hactenus movisset, licet postea servus apparuerit, testamentum ratum firmissimumque esse').

⁷⁵ Hb. II, 397: Dicit Institut. lib. 2 tit. 10. et cap. 6 tit. 1. lib. 35. Basil. (del tutto differente rispetto a quella di Heimbach è la restituzione di tale porzione del testo nell'edizione groningana da cui citiamo: sul punto v. *infra*, nt. 78) *improbum neque testem esse in testamento, neque testamentum facere. Lege tit. 10. eiusdem Institutionis, et discas, improbum esse eum, qui evocatus, ut subscriberet in testamento, non venit, ut ait Stephanus (circa il riferimento all'antecessor de quo, non presente nella restituzione groningana v. *infra*, nt. 81): vel qui subscripsit et signavit, et testimonium perhibere noluit, ut exponit Theophilus: et qui damnatus est, quod canticum illicitum composuerit (...). Adiciit, nec mulierem testem esse posse in testamento, nec impuberem, nec surdum, nec furiosum, nec prodigum. Quod autem ait, accitum fuisse, utique intelligendum est ante hoc testamentum ad alterius testamenti fidem firmandam. Nam si rogatus non adfuerit, quemadmodum testimonium dicit in testamento, in quo praesens non fuit? Non enim ob id testimonio ei interdictum est, sed ex facto anteriore, seu quod, cum testamento subscripsisset et signasset, noluit de eo testimonium perhibere: et si postea in alio testamento deprehendatur testimonium dicere, reprobat. Praeterea testator advertere debet, ut testis testamenti factionem habeat, id est, ut a nobis heres institui, et ipse nos heredes instituere possit, vel legatum relinquere, aut accipere.*

Teofilo delle Istituzioni giustinianee.⁷⁶ In effetti – anticipiamo sin d'ora – è tutt'altro che peregrina l'ipotesi che sia proprio PT. 2.10.6, di cui abbiamo in precedenza trattato, una delle fonti dello scolio in esame.

Tuttavia, tra tale luogo della Parafrasi e Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14, una differenza, degna subito di rilievo, balza agli occhi: in quest'ultimo non rinveniamo l'espressione '*improbabilis*', impiegata dal parafraste, bensì il primo termine della locuzione, tradotto in lingua greca: 'ἁδόκιμος'.

Quest'ultima circostanza appare davvero inusuale, dato che finora si è potuto appurare il verificarsi nelle fonti, sia romane che bizantine, dell'operazione inversa: è, per lo più – salvo le sporadiche eccezioni *retro* esaminate⁷⁷ – il sostantivo *improbabilis* che viene meno e lo spazio semantico dell'intera locuzione pare essere interamente occupato dal solo termine *intestabilis* (o da una delle sue translitterazioni in lingua greca). Come tra breve vedremo, tuttavia, la lettura del brano consente di rendere agevolmente intellegibile quella che, di primo acchito, può sembrare una singolarità spiegabile solo supponendo un grave fraintendimento del senso con cui l'espressione era indicata nelle fonti ove lo scoliaste l'aveva reperita.

Esaminando il passo, è opportuno anzitutto notare che, quasi certamente, si tratta di uno scolio c.d. 'nuovo'; depongono a favore di ciò, in maniera inequivoca, il rimando in apertura del frammento ad uno specifico luogo dei Basilici – segnalazione che tuttavia rende arduo, così restituita, stabilire quale fosse il presunto frammento chiamato in causa⁷⁸ – nonché la citazione indiretta di due differenti orientamenti proposti dalla giurisprudenza di età bizantina circa la questione riguardante chi potesse considerarsi 'ἁδόκιμος', su cui fra poco ci soffermeremo.⁷⁹ Proprio la circostanza che tale testo contenga informazioni

⁷⁶ V. G.O. REITZ, *Theophili antecessoris paraphrasis Graeca Institutionum caesarearum*, II, Hagae Comitibus 1751, sub '*Fragmenta Theophili antecessoris: Ex Leunclaii Basilicorum Synopsi, ipsis Fabroti Basilicis, amborumque scholiis, nec non e glossis nomicis, Harmenopuli Promptuario, & uno ad Theophilum scholio, collecta, atque ad ordinem Justinianum digesta, novaeque versione, variantibus lectionibus ac notulis passim illustrata*', n. XXI, 936 s.

⁷⁷ Ci riferiamo a I. 2.10.6; PT. 2.10.6 nonché Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6.

⁷⁸ In Hb. II, 397 l'indicazione 'κεφ. κς'. τοῦ λέ. Βιβ. τῶν Βασιλ. τίτ. α'' è tradotta 'cap. 6 tit. 1 lib. 35', in quanto Heimbach, in luogo di 'κς' (26) restituisce 'ς' (6). Ci sembra, sul punto, non del tutto peregrina l'ipotesi che il luogo dei Basilici preso in esame sia Bas. 35.1.27, corrispondente a D. 28.1.26 (Gai. 22 *ad ed. prov.*); trattandosi del titolo di un libro dei Basilici *restitutus* (Bas. 35.1), ad essere citato è, se si ritiene plausibile tale proposta interpretativa, il luogo dei *Digesta* (26) al posto del paragrafo dei Basilici (27). Sul punto rinviato alle osservazioni rinvenibili in G.O. REITZ, *Theophili antecessoris paraphrasis Graeca Institutionum caesarearum*, II, sub *Fragmenta Theophili antecessoris* cit., n. XXI, 937 nt. 1.

⁷⁹ Invero, del termine 'ἁδόκιμος' viene presentata nello scolio anche una terza spiegazione, senza che – a differenza dei primi due orientamenti, ai quali tra breve accenneremo nel testo di questo paragrafo – se ne menzioni in alcun modo la (presunta) fonte, seguendo la quale è 'ἁδόκιμος' colui che era stato condannato per aver composto 'ῥῳδὴν ... ἁθέμιτον' (BS 1239/29). È evidente che tale informazione è tratta dallo scoliaste, non dalle Istituzioni giustinianee o dalla Parafrasi di Teofilo, bensì dal Digesto o, più verosimilmente, dai più antichi commenti ai Basilici [cfr., in particolare, Sch. 1 *ad* Bas. 21.1(Pa).20, ove leggiamo: 'ὅτι ὁ καταδικασθεὶς OB CARMEN FOMOSOM (τουτέστιν ὡς ῥῳδὴν συντάξας ἁθέμιτον)' (BS 1244/5-6), *retro* esaminato nel testo di questo stesso paragrafo]. Dal modo in cui il testo è congegnato, ci sembra tuttavia che solo le prime due interpretazioni si configurino come due differenti orientamenti sul tema. Ciò può evincersi, a nostro avviso, dalla circostanza che per introdurre quest'ultima spiegazione (la terza, nell'ordine in cui nel frammento viene presentata) è adoperata la congiunzione 'καὶ' (BS 1239/29) in luogo della disgiuntiva 'ἢ' (BS 1239/27) impiegata, poco più sopra nello scolio, per presentare la seconda ipotesi interpretativa del sostantivo in esame.

sulle posizioni in materia di due, probabilmente antichi, *antecessores* rende la fonte interessante e utile ai fini della nostra ricerca, malgrado la sua tradizione più recente.

Il presupposto dal quale l'autore dello scolio muove è che tanto nelle Istituzioni giustiniane quanto nei Basilici si legge che colui che è qualificato *'ἀδόκιμος'*, ossia *improbis*, né può rivestire il ruolo di *testis* in un testamento né può *testamentum facere* (*'οὐδε ἀδόκιμος ἐν διαθήκῃ μαρτυρεῖ ἢ διατίθεται'*).⁸⁰ Si tratta di una definizione che, in effetti, è rinvenibile sia nella Parafrasi greca alle Istituzioni giustiniane (2.10.6) sia in alcuni luoghi dei Basilici, tra quelli *retro* in queste pagine esaminati, che, come più volte rilevato, ricalcano in proposito quanto può leggersi in D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*).

Prosegue, dunque, lo scoliaste aggiungendo che, secondo un primo orientamento giurisprudenziale, espresso da un anonimo *antecessor*,⁸¹ *'ἀδόκιμος'* era qualificato il soggetto che chiamato per sottoscrivere un testamento non si fosse presentato (*'ἀδόκιμος ἐστὶν ὁ κληθεὶς ἐπὶ τῷ ὑπογράφῃ ἐν διαθήκῃ καὶ μὴ ἐλθόν'*). In alternativa, secondo una differente interpretazione, suggerita da Teofilo, ad essere detto *'ἀδόκιμος'* era il *testis* che invitato ad apporre la sua sottoscrizione e firma ad un documento testamentario, non volesse (sottinteso, più)⁸² svolgere il suo compito di testimone (*'ἀδόκιμος ἐστὶν... ὁ ὑπογράφας καὶ σφραγίσας καὶ μὴ θελήσας μαρτυρῆσαι'*).

Tali due spiegazioni del termine *de quo* vengono altresì nuovamente ribadite nella seconda porzione del testo dello scolio (*'Διὰ γὰρ τοῦτο οὐδὲ μάρτυς λογίζεται, ἀλλ' ὡς πρότερον τοῦτο ἀμαρτήσας, ἢ τὸ μετὰ τὴν ὑπογραφὴν καὶ σφραγίδα μὴ ἐθελῆσαι ὑπὲρ ἐκείνης μαρτυρῆσαι· κἂν μετὰ ταῦτα εἰς ἑτέραν διαθήκην εὗρεθῇ μαρτυρῶν, ἀποδοκιμάζεται'*).

La chiusura del passo conferma, inoltre, che più che il brano delle Istituzioni giustiniane, lo scoliaste avesse presente il corrispondente passaggio della Parafrasi di Teofilo (2.10.6).⁸³ La porzione di testo *'Λοιπὸν χρή σκοπεῖν τὸν διαθέμενον, ἵνα ἔχῃ ὁ μαρτυρῶν τεσταμέντι φακτίονα, ἥτοι [ἵνα] δύναται καὶ κληρονόμος γράφεσθαι ὑφ' ἡμῶν καὶ ἡμᾶς γράφειν ἢ λεγατεύειν καὶ ληγατεύεσθαι'* pare infatti ricalcare, alquanto fedelmente, quanto abbiamo letto nell'*incipit* di PT. 2.10.6 a proposito di cosa debba intendersi per *testamenti factio*, *'τουτέστιν οἵτινες ὑφ' ἡμῶν δύνανται γράφεσθαι κληρονόμοι καὶ γράφειν ἡμᾶς'*.⁸⁴

⁸⁰ L'*incipit* dello scolio si riconnette al correlato Bas. 21.1.14 pr. (BT 1017/1-2), ove si legge che *'Ὁ τῷ ἐγκλήματι τῷ περὶ ἀδικίας ἀρχόντων ἢ δικαστῶν καταδικασθεὶς οὔτε ἐν διαθήκῃ οὔτε ἄλλως μαρτυρεῖ'* (Hb. II, 396: Qui ideo, quod, cum magistratus vel iudex esset, sordide quid accepit, damnatus est, neque in testamento, neque aliter testimonium perhibet), brano che, a sua volta, riprende D. 22.5.15 pr. (Paul. 3 *sent.*): *Repetundarum damnatus nec ad testamentum nec ad testimonium adhiberi potest.*

⁸¹ Secondo Heimbach l'*antecessor* di cui si tratta nello scolio in esame è Stefano (cfr. Hb. II, 397, ove si legge, in luogo di *'ὡς ὁ ζ'. τιτ. φησίν'*, *'ὡς ὁ Στέφανος φησίν'*). Malgrado sia diversa la restituzione del testo accolta nella più recente edizione olandese dei Basilici curata da H.J. Scheltema, N. van der Wal e D. Holwerda, va segnalato che in corrispondenza della stessa viene segnalato che per le abbreviazioni *'ζ'. τιτ.'* la restituzione è dubbia; cfr. 1239/27 in nota: *'legitur ε (prius τε') suprascr. ζ'*, con ulteriori considerazioni circa il modo in cui solitamente è abbreviato Στέφανος nei Basilici.

⁸² Seguendo l'integrazione suggerita in G.O. REITZ, *Theophili antecessoris paraphrasis Graeca Institutionum caesararum*, II, sub *Fragmenta Theophili antecessoris* cit., n. XXI, 936: *'Sed testis deinde esse noluit ...'*

⁸³ Si noti, tuttavia, che nello scolio ai Basilici *supra* esaminato l'ordine con cui gli argomenti sono trattati non segue puntualmente PT. 2.10.6.

⁸⁴ A ben vedere in Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14 viene riconnessa alla condizione del *testis qui habeat testamenti factionem* anche la sua idoneità a disporre nel proprio testamento legati ed essere legatario in un testamento altrui che in PT. 2.10.6 possiamo supporre come solo implicitamente inclusa (sul punto v. le osservazioni svolte *retro*, nt. 35).

Se, dunque, come appare plausibile alla luce della lettura del brano, PT. 2.10.6 costituisce una delle fonti dello scoliaste, possiamo ragionevolmente ipotizzare che quest'ultimo avesse contezza dell'impiego da parte dell'*antecessor* dell'espressione *improbis intestabilisque* (tratta, a sua volta, da I. 2.10.6).

Ammettendo ciò, vengono illuminate di nuova luce quelle porzioni del testo dello scolio poc'anzi riferite ove leggiamo che 'οὐδε ἄδοκιμος ἐν διαθήκῃ μαρτυρεῖ ἢ διατίθεται' e, ancora, che 'ἄδοκιμος ἐστὶν ὁ κληθεὶς ἐπὶ τῷ ὑπογράφῃ ἐν διαθήκῃ καὶ μὴ ἐλθὼν' e, infine, secondo un'ulteriore opzione interpretativa dei termini, che 'ἄδοκιμος ἐστὶν ... ὁ ὑπογράφας καὶ σφραγίσας καὶ μὴ θελήσας μαρτυρῆσαι'. Tali passaggi, a una più attenta analisi, possono considerarsi, secondo noi, alla stregua di tentativi volti a rendere con altri termini ed esplicitare la criptica espressione *improbis intestabilisque*. Quest'ultima è, a nostro avviso, intesa dall'autore dello scolio nel seguente modo: '*improbis, id est intestabilis*'; le perifrasi di cui sopra non sono altro, se si ritiene l'ipotesi plausibile, che traduzioni in lingua greca di tale interpretazione.

Ciò detto, soffermiamoci altresì ad esaminare, più a fondo, il primo chiarimento del termine, fornito dall'anonimo *antecessor*, secondo il quale sarebbe stata considerata 'ἄδοκιμος' la condotta del testimone che, *adhibitus* in un testamento, si rifiutasse di prendervi parte.

A ben vedere, come per PT. 2.10.6, anche per Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).¹⁴ è forte la suggestione che, almeno in noi, suscita l'accostamento tra la sopramenzionata spiegazione e le enigmatiche parole di XII tab. VIII, '*ni testimonium fariatur*'. Neppure in questa circostanza può escludersi del resto che, nell'evoluzione interpretativa del versetto decemvirale, tali termini potessero essere stati intesi nel predetto senso da qualche scrittore di età romana.

Siamo, pertanto, dinanzi ad un'opinione, che – sebbene non siamo in grado di stabilire se non in via largamente congetturale né il luogo né l'autore dal quale lo scoliaste l'avesse reperita⁸⁵ – è fuori di dubbio fosse, in un certo qual modo, presente nelle fonti romane a nostra conoscenza. In particolare, pensiamo a

Porph., *ad Hor. sat.* 2.3.181: ... *antiqui eos, quos in testimonium nolebant admitti, intestabiles uocabant* rell.⁸⁶

4. SPUNTI DI RIFLESSIONE PER ULTERIORI INDAGINI.

Non ci resta, infine, che riprendere i quesiti sui quali ci siamo interrogati nella premessa di queste pagine, per tentare di suggerire qualche risposta che prenda le mosse dalla lettura dei testi *retro* esaminati e che, come sovente accade nei lavori di ricerca, lungi dal costituire un punto di arresto, è foriera, a sua volta, di altre domande. Già solo per questa ragione, vale a dire per gli ulteriori dubbi e problemi che tale studio è in grado di sollevare, ci sembra possa essere di una qualche utilità.

Da tale percorso d'indagine è emerso, peraltro, in maniera inequivoca e quasi di riflesso rispetto all'oggetto della nostra trattazione, l'opportunità per il giusromanista di non prescindere, pur con tutte le cautele del caso, dallo studio delle fonti bizantine (in specie della Parafrasi di Teofilo e degli scolii dei Basilici) ai fini di una più completa ricostruzione dell'evoluzione storica degli istituti di età romana.⁸⁷

⁸⁵ Forse in Gaio, se si accoglie l'ipotesi formulata *supra*, alla nt. 78.

⁸⁶ Citiamo il brano dall'edizione curata da G. MEYER, *Pomponii Porphyronis commentarii in Q. Horatium Flaccum*, Lipsiae 1874, 255.

⁸⁷ Ad esempio si veda, per quanto concerne l'utilità della Parafrasi di Teofilo per lo studio delle Istitu-

Ritornando dunque sulle domande poste in apertura di queste pagine, circa il problema di quale fosse la portata tecnica delle singole parole dell'espressione, la lettura dei corrispondenti passi dei Basilici, e dei relativi σχόλια [Sch. 1 *ad* Bas. 21.1(Pa).20, 16 *ad* Bas. 60.21(Pe).5, Sch. 22* *ad* Bas. 60.21(Pe).5], ai testi del Digesto nei quali è tramandato l'impiego del solo termine *intestabilis*, non ha rivelato alcuna particolare attenzione da parte dei giuristi bizantini a tale aspetto semantico e concettuale.

È degno di nota tuttavia che, a differenza di quanto si evince dai testi giurisprudenziali tramandati nei *Digesta Iustiniani*, si conservino nella letteratura giuridica bizantina [*prae-cipue*, tra i brani sopra esaminati, in PT. 2.10.6, Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6 e Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14] evidenti tracce della stretta unione sussistente originariamente tra i due termini dell'espressione. Di essa infatti, anche se non si colgono più le differenti sfumature semantiche, si tramanda quanto meno, in PT. 2.10.6 e Sch. 1 *ad* Bas. 39.1(Pb).6, la formulazione unitaria.

Passando ad un altro quesito che ci siamo posti, vale a dire se nella letteratura giuridica bizantina possa scorgersi un qualche interesse per le implicazioni giuridiche che discendono dall'*improbis intestabilisque esse*, ci sembra di poter rispondere in senso affermativo, specie se mettiamo a confronto quanto si legge in PT. 2.10.6 con le informazioni riferite nell'ultimo scolio esaminato, 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14.

Innanzitutto, è bene rilevare che unicamente in tali luoghi, tra le fonti giurisprudenziali di età romana e bizantina delle quali disponiamo, è attestato il caso esemplificativo di un testimone che, preso parte ad un testamento, viene meno al suo compito ed, in ragione di ciò, gli vengono comminate – dalle leggi, secondo quanto leggiamo in PT. 2.10.6 (che ricalca sul punto I. 2.10.6) – le sanzioni che discendono dalla qualifica di *improbis intestabilisque*.

Inoltre, rispetto alla questione delle misure sanzionatorie nelle quali sarebbe incorso il testimone qualificato *improbis intestabilisque* può scorgersi nei suddetti testi la presenza di qualche spunto, forse attribuibile alla riflessione degli *antecessores*. Infatti, la connessione sussistente tra l'applicazione della sanzione *de qua* e la perdita della *testamenti factio*, lumeggiata in alcuni fonti giustiniane, viene in tali testi esplicitata ed interpretata in senso estensivo. Al testimone al quale si attribuisce la suddetta qualifica è interdetta non solo la capacità di testare ed essere impiegato come *testis* in altri testamenti ma anche di ricevere qualcosa per testamento, sia nella qualità di erede, che di legatario.⁸⁸

zioni di Gaio, tra i tanti, in particolare C.A. MASCHI, *La Parafrasi greca delle Istituzioni attribuita a Teofilo e le glosse a Gaio*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Scritti di diritto romano in onore di Contardo Ferrini pubblicati dalla R. Università di Pavia*, Milano 1946, 321 s., che considera la Parafrasi «là dove coincide alla lettera e forse di più ... là dove risulta dalla sostanza un commento ampio al pensiero di Gaio, ... un sussidio unico per la critica di Gaio e la ricostruzione del diritto classico». Tuttavia, è chiaro che l'impiego della Parafrasi di Teofilo per la critica delle Istituzioni gaiane richiede numerose cautele. Da un lato, infatti, va rilevato che anche ammesso che il Parafraste potesse tener conto direttamente del manuale istituzionale gaiano, non è provato che si servisse proprio del testo tramandato nel palinsesto Veronese, dato che è anzi smentito da alcuni indizi messi in rilievo in letteratura (così, ad esempio, P. DE FRANCISI, *Saggi di critica della Parafrasi greca, delle Istituzioni giustiniane*, in *Studi in onore di Biondo Biondi*, I, Milano 1965, 26). Dall'altro, va evidenziato che nella Parafrasi greca («a parte gli equivoci e le sviste) e pur ammesso che contenga un sostrato classico che qua e là affiora, prevalenti sono gli sviluppi e le stratificazioni dovute alla dottrina bizantina ed a successive elaborazioni collegate con l'insegnamento, e sempre probabili le alterazioni dipendenti dalla tradizione manoscritta» (ID., *op. cit.*, 72). In letteratura, si rinvia anche a H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981, 267 ss.

⁸⁸ Ben più incisivo dobbiamo considerare l'apporto degli *antecessores* all'istituto in esame, qualora ci si risolvesse a favore dell'orientamento secondo il quale D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad* Sab.) è interpolato nella

Infine, da tali brani si inferisce a nostro avviso, senza ombra di dubbio, che l'attenzione dei giuristi bizantini non è meramente centrata sulla spiegazione delle possibili sanzioni suscettibili di essere comminate al testimone *improbis intestabilisque* (in PT. 2.10.6) o ἁδόκιμος [in Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14]. Viene dedicato, parimenti, spazio nelle suddette trattazioni anche alla questione riguardante l'individuazione di quale fosse, pregiudizialmente, la condotta che avrebbe dovuto tenere il *testis* ai fini della attribuzione della qualifica in esame. Ci sembra pertanto che, anche per quanto concerne tale aspetto, esse si allontanino notevolmente dai testi della compilazione giustiniana, ed in particolar modo dai *Digesta*, dove i commissari, nella selezione dei brani della giurisprudenza di età classica, nulla hanno lasciato trapelare circa la disquisizione di siffatto problema.

Eppure, la presenza di tracce concernenti la sussistenza di un dibattito sul punto, del quale si conserva memoria persino in uno scolio ai Basilici tardo [Sch. 3 *ad* Bas. 21.1(Pa).14], non possono che aprire nuove, ed ulteriori, piste di indagine, dato che sarebbe riduttivo fermarsi all'ipotesi che in proposito esistesse una divergenza interpretativa solo tra gli *antecessores* di Costantinopoli e Berito.⁸⁹ A favore di tale ipotesi di lavoro, depongono, secondo noi, più indizi deducibili dalla lettura dei testi esaminati in queste pagine.

In *primis*, il ragionamento condotto in PT. 2.10.6 ci sembra lasci trapelare lo sforzo compiuto dall'*antecessor* per rendere piana la spiegazione di un istituto che verosimilmente si mostrava complesso e problematico già nelle fonti romane di età classica. Non può escludersi pertanto, a nostro modesto avviso, che le difficoltà di comprensione di quest'ultimo, con molta probabilità, non fossero da ricollegare solo, ed esclusivamente, alla circostanza che, trattandosi di un'espressione tecnica della lingua latina, non se ne comprendesse più il senso in un ambiente culturale, come quello greco, ormai sì distante (e non solo, chiaramente, dal punto di vista linguistico) da quello romano.

In secondo luogo, è opportuno rilevare che, rispetto ai frammenti del Digesto che trattano della sanzione *de qua*, gli scolii dei Basilici che accennano ad essa sono, non solo in maggior numero, ma anche collocati in riferimento a luoghi dei Basilici, corrispondenti a brani delle Pandette nei quali non viene fatto alcun cenno alla condizione dell'*intestabilis*.⁹⁰ Il che potrebbe, per l'appunto, rendere non del tutto peregrina l'ipotesi che fossero più numerosi i riferimenti ad essa nelle fonti giuridiche latine di quanto emerge dai *Digesta Iustiniani*.

Da ultimo, in aggiunta a quanto appena lumeggiato, va tenuta in debito conto anche la

parte in cui fissa le sanzioni in cui sarebbe incorso l'*intestabilis*, sanzioni che ne sancivano l'incapacità di *testamentum facere* e di essere *adhibitus* in qualità di *testis* nel testamento altrui (v. *retro*, nt. 30).

⁸⁹ Che, in termini generali, potessero essere «piuttosto numerose» le «tracce, appariscenti o più occulte, degli elementi pregiustiniani ... nelle collezioni bizantine» degli *antecessores* «coevi a Giustiniano» ci sembra sia stato ampiamente dimostrato, in letteratura, da S. RICCOBONO, *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del "Corpus iuris civilis"*, in *Mélanges Fitting*, II, Montpellier 1908, 465 ss., 493 per la citazione. Vale la pena altresì sottolineare che, sulla strada indicata da Riccobono, si sono incamminati anche studi bizantinistici recenti, quali ad esempio, ed esplicitamente, quello di M. MIGLIETTA, *Riflessioni intorno a Bas. 23.1.31.1: problemi testuali e prospettive di giuristi bizantini*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, II, Padova 2007, 689 ss. Ulteriori richiami bibliografici a favore dell'«opportunità di analizzare le fonti bizantine ... per recuperare, dove possibile, la lezione pregiustiniana dei testi sui quali hanno lavorato gli antecessori prima della pubblicazione del *Corpus Iuris*» possono rinvenirsi in S. SCIORTINO, *La relazione tra il κατὰ πόδους e le traduzioni di Taleo dei rescritti latini del Codex*, in AUPA 56, 2013, spec. 115 nt. 3, 115 s. per la citazione.

⁹⁰ Ci riferiamo agli scolii esaminati alla nt. 59.

circostanza che dell’espressione latina in esame – *improbis intestabilisque* – si sia serbato ricordo solo in pochi testi bizantini e che in altri il secondo termine della locuzione sia stato translitterato, in ragione probabilmente della difficoltà di rintracciare un corrispettivo adatto nella lingua greca, asperità che a ben vedere potrebbe dipendere, non solo dalla tecnicità della nozione, ma anche dalla sua problematicità semantica.⁹¹

⁹¹ Della quale un solido riscontro emerge, *ictu oculi*, dal confronto tra D. 28.1.18.1 (Ulp. 1 *ad Sab.*) e D. 28.1.26 (Gai. 22 *ad ed. prov.*), al quale abbiamo brevemente accennato nella premessa, riservandoci di affrontare compiutamente l’esegesi dei suddetti frammenti in una futura indagine (v. *retro*, § 1 e ivi nt. 9). Non va inoltre trascurata la circostanza che il termine *intestabilis* viene per lo più frainteso nelle *glossae graeco-latinae* (v., ad esempio, quelle da noi riportate più sopra, nt. 58).

NOTE

TOMMASO DALLA MASSARA
(Università di Verona)

In tema di *exceptio rei residuae*:
commisurazione dell'area dell'accertamento
e funzione di concentrazione processuale

ABSTRACT

In Roman classical law, under the '*iudicium per formulas*', the '*exceptio rei residuae*' is the tool specifically aimed to stop a claim not correctly dimensioned, because the claim appears connected with others. More in general, the essay is focused on the problems concerning the 'correct' boundaries of the civil judgement.

PAROLE CHIAVE

Estensione dell'accertamento; *exceptio rei residuae*; concentrazione processuale; connessione processuale.

IN TEMA DI *EXCEPTIO REI RESIDUAE*: COMMISURAZIONE DELL'AREA DELL'ACCERTAMENTO E FUNZIONE DI CONCENTRAZIONE PROCESSUALE

SOMMARIO: 1. La cornice generale del '*minus intendere*': Gai 4.56. – 2. L'*exceptio rei residuae*': Gai 4.122-123. – 3. L'unitarietà di base della situazione giuridica oggetto di accertamento. – 4. I profili della fattispecie in presenza della quale sia opponibile l'*exceptio rei residuae*'. – 5. Congetture in tema di '*plures lites*' in funzione di opponibilità dell'*exceptio rei residuae*'. – 6. L'esigenza di concentrazione processuale. – 7. Quadro di sintesi dei risultati.

1. LA CORNICE GENERALE DEL '*MINUS INTENDERE*': GAI 4.56.

Mi sono persuaso che, nella cornice di un tema cui più di una decina di anni fa dedicai uno studio monografico,¹ vi sia spazio per un supplemento d'indagine che si concentri sui meccanismi attraverso i quali il processo civile romano di epoca classica dava risposta a un'esigenza di carattere preminente e generale, che in prima approssimazione chiamerò di concentrazione processuale; si tratta di un'esigenza che sospinge nel senso del mantenimento del processo civile – per dir così – nella 'giusta' misura.

I meccanismi attraverso i quali una siffatta *ratio* trova espressione sono quelli consueti del processo *per formulas*: al di là dell'*exceptio litis dividuae* – su cui già mi ero soffermato e alla quale intendo qui dedicare non più che qualche minimo cenno –,² un'attenzione particolare merita l'*exceptio rei residuae*.

Di tale eccezione non si può dire che emerga, sulla base di un esame delle fonti, un quadro perspicuo.

Tuttavia non v'è dubbio che sottesa all'*exceptio rei residuae* sia, almeno di massima, la necessità di indurre l'attore a una corretta commisurazione dell'area dell'accertamento giudiziale.

Può essere utile, per cominciare, accostarsi alla lettura di un passo delle Istituzioni gaiane, in specie 4.56:

sed plus quidem intendere, sicut supra diximus, periculosum est; minus autem intendere licet. Sed de reliquo intra eiusdem praeturam agere non permittitur; nam qui ita agit, per exceptionem excluditur, quae exceptio appellatur litis dividuae.

¹ T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale nel processo civile romano*, Padova 2005.

² Cfr. T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale* cit., in particolare 87 ss. e letteratura ivi citata. Più di recente, cfr. C. PELLOSO, '*Bis de eadem re sit actio*': osservazioni sulla ripetibilità delle azioni reali e sulla funzione dell'eccezione di cosa giudicata, in L. GAROFALO (a cura di), *Res iudicata*, I, Napoli 2015, 236 ss.

Qui si parla di *exceptio litis dividuae*, mentre neppure si fa cenno all'*exceptio rei residuae*: tuttavia si coglie che il tema generale è quello della corretta commisurazione dell'agire.

Nella prima parte si osserva, facendo richiamo a quanto da Gaio più specificamente riferito in precedenza circa la *pluris petitio re, tempore, loco, causa* (si veda 4.53 a-d), la pericolosità del *plus intendere*.

Sullo sfondo si scorge il problema che si pone per l'attore, il quale, incorrendo in *pluris petitio* – tema assai ampio che lascerò però qui intoccato –, perderebbe *rem et causam*,³ in conseguenza degli effetti preclusivi della *litis contestatio*⁴ (e ciò si afferma, naturalmente, ferma restando la possibilità che un'attenuazione di siffatto rigorismo derivasse dall'intervento del pretore).⁵

Di seguito, è presentata l'ipotesi del *minus intendere*: ed è qui che occorre soffermare l'attenzione.

Gaio avverte che la condotta così denominata integra, in sé, un comportamento lecito ('*minus ... licet*').

Appena dopo il giurista soggiunge che è previsto uno strumento opponibile a colui che

³ Sulle espressioni '*rem perdere*' e '*causa cadere*' e sulla loro differenziabilità (in effetti, la prima sembra indicativa di una situazione nella quale la pretesa sia irrimediabilmente perduta, la seconda pare invece da intendersi in un senso generale, prescindente dalle ulteriori sorti della domanda), cfr. G. PROVERA, *La 'pluris petitio' nel processo romano*, I, *La procedura formulare*, Torino 1958, 27 nt. 11. In argomento, si veda inoltre J. DE FREITAS GUIMARÃES, *Sulla 'pluris petitio'*, in *Studi in onore di G. Grosso*, V, Torino 1972, 281 s.; in P. COGLIOLO, *Trattato teorico e pratico della eccezione di cosa giudicata secondo il diritto romano e il codice civile italiano*, Roma-Torino-Firenze 1883, 118 nt. 114, cfr. i luoghi in cui ricorre l'espressione *causa cadere*.

⁴ Parlando di 'effetti preclusivi' si adotta – tra le tante possibili – la terminologia di E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova 1935, 602 e nt. 2, (con richiamo, sul punto, a G. CHIOVENDA, *Cosa giudicata e preclusione*, in Riv. it. sc. giur. 1933, 1 ss., in specie 5). Non ci si soffermerà sulle due storiche dottrine, in ordine alla natura della *litis contestatio*, sostenute l'una da F.L. KELLER, *Über Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischen Recht*, Zurich 1827; ID., *Der römische Civilprocess und die Actionen*⁶, bearb. von A. WACH, Leipzig 1883, 297 ss., e l'altra da M. WLASSAK, *Die Litiscontestatio im Formularprocess*, in *Festschrift B. Windscheid*, Leipzig 1889; ID., *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS 25, 1904, 121 ss. e 137 ss.; ID., *Anklage und Streitbefestigung im Kriminalrecht der Römer*, Wien 1917, 6 ss. e 45 ss.; ID., *Anklage und Streitbefestigung. Abwehr gegen Lotmar*, Wien 1920, 8 ss., 16 ss. e 24 ss.; ID., *Die klassische Prozessformel. Mit Beiträgen zur Kenntniss des Juristenberufes in der klassischen Zeit*, I, Wien-Leipzig 1924, 139 ss.: la prima orientata a vedere nella *litis contestatio* il momento terminale della fase *in iure* ('der ideelle Endpunkt'), segnata dalla emanazione del decreto da parte del magistrato ('Formelertheilung'); l'altra, invece, improntata sul valore consensuale della *litis contestatio*, quale atto compiuto dalle parti e distinto dal decreto magistratuale di *datio iudicii*. Per una traccia del successivo dibattito, si veda E. BETTI, *Per una costruzione giuridica della così detta consunzione processuale in diritto romano classico*, Parma 1919, 6 ss.; A. GUARNIERI CITATI, *Ancora sugli effetti della 'litis contestatio' nel procedimento formulare*, in BIDR 34, 1925, 179 ss.; O. CARRELLI, *La genesi del procedimento formulare*, Milano 1946, 7 ss. e 17 ss.; G. PUGLIESE, *La 'litis contestatio' nel processo formulare*, in Riv. dir. proc. 1951, 1 e 37 ss.; ID., v. '*Giudicato*', in Enc. dir. 18, Milano 1969, 735 ss.; inoltre M. ANDRÉEV, *L'effet extinctif de la 'litis contestatio'*, in G. MOSCHETTI (a cura di), *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto. Verona 27-28-29-IX-1948*, III, Milano 1951, 463 ss.; M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, in AUPA 24, 1955, 192 ss.; N. BELLOCCI, *La genesi della 'litis contestatio' nel procedimento formulare*, Napoli 1965; G. SACCONI, *Studi sulla 'litis contestatio' nel processo formulare*, Napoli 1982.

⁵ Mi riferisco in particolar modo alla configurabilità di una *restitutio in integrum* a favore dell'attore che avesse commesso *pluris petitio*: su ciò, cfr. in specie R. ORESTANO, '*Plus petitio*' e '*in integrum restitutio*', in *Studi in onore di B. Biondi*, Milano 1965, 227 ss.

pretenda il *reliquum* entro il tempo della medesima pretura: è in potere del convenuto, infatti, di chiedere la reiezione della domanda, proposta dallo stesso soggetto, facendo valere una specifica *exceptio* detta *litis dividuae*.

A livello lessicale, occorre notare che tale *exceptio* fa riferimento alla divisione (*dividuus* significa sia 'divisibile' sia 'diviso')⁶ di ciò che è indicato con il termine *lis*;⁷ per quest'ultimo, a preferenza di un valore ampio, simile a quello di 'controversia' (anche solo sul terreno stragiudiziale), sembra si debba pensare a un significato più tecnicamente definito. Secondo Buckland, *lis* «ne signifie jamais un grief, une cause d'action, mais toujours, ou un litige actuel ou le produit d'un litige actuel»;⁸ dunque, *lis* presenta senza dubbio un significato processuale.⁹

Come preannunciato, non è però dell'*exceptio litis dividuae* che intendo parlare.

È utile invece ritornare sul senso dell'espressione '*licet, sed ... non permittitur*': si distingue, dunque, nel più ampio ambito di ciò che è in sé comunque 'lecito', l'area di quello che tuttavia non è 'permesso' fare, per lo meno entro un determinato tempo ('*intra eiusdem praeturae*').

Si tratta di una contrapposizione concettualmente assai delicata.

Senza dubbio è da condividere l'idea che echeggi qui la dicotomia tra *ius civile* e *ius praetorium*: in altri termini, per il primo sistema di norme, potrebbe affermarsi la liceità del *minus intendere*, il quale sarebbe viceversa sanzionato dal secondo;¹⁰ e in effetti, proprio collocandosi nell'ottica di tale contrapposizione, Provera avanzava un'ipotesi piuttosto articolata, secondo cui la fondamentale liceità del *minus intendere* (contestabile, come si è detto, solo sotto il profilo del *ius praetorium*) sarebbe da vedersi come frutto della progressiva attenuazione – giustificabile tenendo conto del fatto che l'affermazione del 'meno' non potrebbe dirsi falsa –¹¹ della rigida impostazione più risalente, in base alla quale una domanda parziale si sarebbe ritenuta infondata.¹²

Per vero, è da credere che nella vigenza del processo per *legis actiones*, ispirato al princi-

⁶ Cfr. Æ. FORCELLINI et al., *Totius Latinitatis Lexicon*, II, Patavii 1805, (rist. *ibidem*, 1940), v. '*Dividuus*', 119; *Thesaurus linguae Latinae*, V, pars prior, Lipsiae 1909-1934, v. '*Dividuus*', 1611 ss.

⁷ Sul valore di *lis*, a prescindere dal riferimento alla nostra *exceptio*, cfr. E.I. BEKKER, *Die prozessualische Konsumtion im klassischen römischen Recht*, Berlin 1853 (rist. Aalen 1978), 326, il quale in proposito richiama, in particolare: Varro, *de ling. Lat.* 7.93: *itaque quibus res erat in controversia, ea vocabatur lis, ideo in actionibus videmus dici: 'quam rem, sive mi litem dicere oportet'* (ripreso anche da O. BEHREND, *Die römische Geschworenenverfassung. Ein Rekonstruktionsversuch*, Göttingen 1970, 193 nt. 9); si vedano inoltre le osservazioni di E. BETTI, *Su la formula del processo civile romano*, in Filangieri 39, 1914, 687.

⁸ Così W.W. BUCKLAND, *Exceptio rei residuae* (G. 4,122), in RHD 11, 1932, 302. Sulla semantica di *lis*, cfr. H.G. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1926, v. '*Lis*', 318, nonché *Thesaurus linguae Latinae*, VII, pars altera, Lipsiae 1956-1979, v. '*Lis*', 1496 ss. Di recente, R. SCEVOLA, *La responsabilità del 'iudex privatus'*, Milano 2004, 148 ss.

⁹ Ciò si veda anche alla luce di quanto avevo osservato in T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale* cit., 17 ss.

¹⁰ Cfr. G. PROVERA, *La 'pluris petitio'* cit., 37; F. BONIFACIO, v. '*Exceptio litis dividuae et rei residuae*', in Nov. dig. it. 6, Torino 1960, 1081.

¹¹ Secondo A. PALERMO, *Studi sulla 'exceptio' nel diritto classico*, Milano 1956, 146, «la *minus petitio* era sempre una *petitio* giustificata, perché nel più si comprende anche il meno».

¹² Si veda G. PROVERA, *La 'pluris petitio'* cit., 36 ss., 82 e nt. 91; ID., v. '*Pluris petitio*', in Nov. dig. it. 13, Torino 1966, 148; cfr. inoltre L. SCHNORR VON CAROLSFELD, v. '*Pluspetitio*', in PWRE 21, Stuttgart 1951, c. 620.

pio per cui ‘*vel qui minimum errasset, litem perderet*’,¹³ ogni imprecisione nella redazione del formulario, non soltanto nel senso del *plus* ma anche in quello del *minus*, avrebbe condotto alla reiezione totale e definitiva della domanda.¹⁴

Oltre che alla luce della relazione tra diritto civile e diritto pretorio (dunque in una specola che conduce verso scenari troppo ampi perché li si possa qui contemplare), a me pare che il ragionamento gaiano meriti di essere letto in una prospettiva più ampia e – verrebbe da dire – teleologica. Più esattamente, intendo dire che la cornice concettuale entro la quale si colloca la scelta di chi agisce confinando l’area dell’accertamento in un *minus*, rispetto alla ‘giusta’ dimensione del processo, è quella di chi compie un’attività in sé non illecita e purtuttavia sentita come non collimante con un’esigenza generale dell’ordinamento; si tratta dunque di una condotta che entra in conflitto con uno scopo largo e preminente, qual è quello di assicurare una certa concentrazione processuale.

Se poi si guarda all’espressione *minus intendere*, non si può dire che dal testo emergano i profili esatti della fattispecie cui si intenda alludere.

Osservando quanto si afferma poco prima in relazione al caso opposto del *plus intendere* (da Gai 4.53 in avanti), v’è spazio per indurre che con tale espressione risulti genericamente evocato il comportamento del soggetto che agisca per ‘meno’ rispetto a ciò per cui, in ipotesi, avrebbe avuto il potere di agire.¹⁵

In altri termini, ritengo che venga senza dubbio in rilievo un tema di corretta commisurazione dell’area dell’accertamento, allorché ciò si intenda con stretto riferimento alla singola e individua domanda attorea: ed esattamente in questa prospettiva sarebbe allora da leggere il discorso che coerentemente nel testo fa immediato seguito, incentrato sull’*exceptio litis dividuae*; reputo tuttavia che non sarebbe affatto improbabile attribuire all’espressione *minus intendere* un’accezione più ampia.

Agisce per il meno, in effetti, anche colui che abbia instaurato un giudizio proponendo meno domande di quanto sarebbe stato corretto che introducesse; in tal caso, rileverebbe pur sempre un tema di commisurazione ‘per difetto’ dell’area dell’accertamento giudiziale, però con riguardo a una pluralità di azioni invece che con attenzione a una singola domanda.

Ebbene, proprio quest’ultima è la prospettiva di riferimento dell’*exceptio rei residuae*, come subito si vedrà passando a leggere Gai 4.122-123.

2. L’*EXCEPTIO REI RESIDUAE*: GAI 4.122-123.

È ora opportuno prendere in esame:

Gai 4.122: *dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non*

¹³ Cfr. Gai 4.30; si veda l’esempio citato in Gai 4.11; anche in Gai 4.53 ricorre la medesima espressione *rem perdidisse*. Cfr. Cic., *inv.* 2.57; Cic., *orat.* 1.36.

¹⁴ Su questi aspetti, cfr. A. PALERMO, *Studi cit.*, 31 s.; G. PROVERA, *La ‘pluris petitio’ cit.*, 12 nt. 6; S. CRUZ, *Da ‘solutio’. Terminologia, conceito e características, e análise de vários institutos afins*, I, *Épocas arcaica e clássica*, Coimbra 1962, 146 ss.

¹⁵ Parlo di ‘potere’ di azione, adottando così la terminologia (e quindi, a monte, la costruzione concettuale) proposta da G. PUGLIESE, *‘Actio’ e diritto subiettivo*, Milano 1939, in specie 18 ss., 179 ss. e, in sintesi, 301, secondo cui – anche sulla scorta della nota definizione celsina conservata in D. 44.7.51 (Cels. 3 dig.) – l’*actio* «è un potere verso l’avversario ed ha per obiettivo l’attuazione della sanzione attraverso il compimento degli atti processuali, che ne sono il presupposto».

habet locum exceptio. Cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae. Nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae; item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his, quas distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur.

Ecco l'unico testo a noi noto che sia sicuramente riferibile all'*exceptio rei residuae*.¹⁶

Il tema generale entro il quale il ragionamento si colloca è quello delle *exceptiones dilatoriae*, ossia quelle eccezioni che devono essere necessariamente opposte entro un certo termine.

Preme però qui portare subito l'attenzione sul fatto che Gaio torna sul problema di un giudizio che sia stato scorrettamente commisurato 'per difetto'.

In effetti, l'elaborazione concettuale in tema di estensione quantitativa dell'accertamento, poc'anzi messa in evidenza sulla base di Gai 4.56, trova qui una corrispondenza piuttosto chiara: più esattamente, viene dapprima in considerazione la domanda parziale ('*nam si quis partem rei petierit ...*'),¹⁷ presa in esame per il profilo dell'opponibilità dell'*exceptio litis dividuae*, la quale rappresenta per l'appunto l'esemplificazione di un'eccezione dilatoria; quindi, subito in parallelo, Gaio mette a fuoco l'ipotesi di un giudizio non completamente instaurato ('*item si is, qui cum eodem plures lites habebat ...*'), in relazione al quale assume rilievo la configurabilità dell'*exceptio rei residuae*, essa pure dilatoria.

Ora, per restare coerenti con l'impostazione concettuale e terminologica di Gai 4.56, potremmo dire che ci si muove pur sempre all'interno dell'area di liceità del *minus intendere*.

Più esattamente, ciò saremmo autorizzati a dire allorché s'intenda tale ultimo sintagma nel significato più largo sopra illustrato, in base al quale nella nozione del *minus intendere* è da includersi non solo il caso di una riduzione dell'area dell'accertamento riferibile a una sola, individua domanda, ma anche quello di una riduzione dell'area dell'accertamento che si realizzi in presenza di una pluralità di azioni (*plures lites*).

Emerge in effetti una generale identità di *ratio* quando si ponga un problema di perimetrazione dell'accertamento, tanto se si collochi il tema a livello di singola domanda, quanto pure se lo si osservi – per così dire – al di sopra del piano della singola domanda: in ciascun caso, si ravviserebbe l'esigenza generale di assicurare una corretta ed efficiente gestione del processo civile.

Tornando per un istante a por mente al ragionamento di Gai 4.56, si rammenterà che là si diceva che il *minus intendere* è in sé lecito (*licet ...*), eppure ciò non esclude che la condotta dell'attore meriti di essere sanzionata (*sed ... non permittitur*).

Orbene, ritengo si possa dunque concludere sul punto che l'*exceptio rei residuae*, la quale peculiarmente si colloca sul piano delle *plures lites*, condivide con l'*exceptio litis dividuae* la struttura logica di base del *minus intendere*.

Tuttavia una siffatta assimilabilità neppure è decisiva rispetto alla progressione logica del discorso proposto da Gaio, dal momento che in 4.122 l'aspetto che s'intende valorizzare è quello della limitata esperibilità nel tempo delle eccezioni:¹⁸ per rimanere alla termino-

¹⁶ Cfr. W.W. BUCKLAND, *Exceptio* cit., 301. Stando a O. LENEL, *Das 'Edictum Perpetuum'. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung. Dritte, verbesserte Auflage*, Leipzig 1927 (rist. Aalen 1985), 502 nt. 5, sarebbe evocata l'*exceptio rei residuae* in D. 47.2.57.5 (Iul. 22 dig.): ma, sul passo, del quale ritengo preferibile una lettura differente, si veda specificamente T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale* cit., 119 ss.

¹⁷ T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale* cit., 1 ss., nonché su Gai 4.56, in specie, 17 ss.

¹⁸ A. PALERMO, *Studi* cit., 147, ricostruisce il tenore letterale dell'eccezione al modo seguente: «*et intra eiusdem praeturam reliqua pars petitur*»; si veda T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale* cit., 87 ss.

logia gaiana, a essere evidenziata è la natura dilatoria, non già perentoria, tanto dell'*exceptio litis dividuae* quanto dell'*exceptio rei residuae*; e, come meglio si evidenzierà nel corso del ragionamento, proprio questo aspetto di regime si rivela decisivo e assorbente rispetto a ogni altra considerazione al fine di comprendere a fondo struttura e funzione dell'*exceptio rei residuae*.

Si ricava da Gai 4.122 che, per tutto il tempo della pretura in corso, in ipotesi di difettosa commisurazione dell'area dell'accertamento possono essere fondatamente opposte tanto l'*exceptio litis dividuae* quanto l'*exceptio rei residuae*.

A mezzo di tali eccezioni si conduce quindi l'accertamento del giudice su fatti che, per loro stessa natura, non possono dirsi in assoluto incompatibili con la fondatezza della domanda. In effetti, se davvero così fosse, si dovrebbe pensare, contro la logica, che il medesimo comportamento dapprima sarebbe stato giudicato illecito e poi, dopo la scadenza della pretura, tutt'a un tratto lecito.

Se ciò non può essere, ecco allora che *exceptio litis dividuae* ed *exceptio rei residuae* tendono a evidenziare un problema che a mio giudizio è in sé diverso da quello della liceità, la cui soluzione proprio per questo motivo deve ritenersi variabile in ragione del trascorrere del tempo.

Gli effetti di regime delle diverse eccezioni, dilatorie o perentorie, sono meglio chiariti da Gaio nel seguito:

Gai 4.123: *observandum est autem ei, cui dilatoria obicitur exceptio, ut differat actionem; alioquin si obiecta exceptione egerit, rem perdit; non enim post illud tempus, quo integra re eam evitare poterat, adhuc ei potestas agendi superest re in iudicium deducta et per exceptionem perempta.*

Allorché tempestivamente e fondatamente opposta, l'eccezione dilatoria conduce – esattamente al pari di quella perentoria – alla reiezione della domanda;¹⁹ inoltre, la deduzione in giudizio preclude la riproposizione di una successiva domanda per la stessa *res*.

In definitiva, si è autorizzati ad affermare che la differenza tra eccezioni dilatorie e perentorie assume un senso solo se osservata prima del processo:²⁰ la natura specifica delle eccezioni dilatorie è non tanto quella che si esprime nel condurre all'assoluzione del convenuto, bensì, più di tutto, nel provocare una certa condotta dell'attore.

Si può forse giungere a qualche primo e provvisorio risultato.

A emergere, in relazione al problema che qui ci occupa, è un tema – come si accennava fin da principio – di corretta commisurazione dell'area dell'accertamento; più ancora, l'esigenza primariamente sottostante all'introduzione delle due eccezioni è quella non già di sanzionare un illecito, bensì di indurre l'attore a un certo qual comportamento.

Per essere ancor più chiari: la funzione delle due eccezioni è – proprio in questi termini può rappresentarsi l'ipotesi che cercherò ora di meglio corroborare – quella di spingere l'attore a salvaguardare l'esigenza di una certa concentrazione processuale, giacché il presupposto è che la 'giusta' misura del processo costituisce garanzia di una gestione efficace ed efficiente di quest'ultimo.

¹⁹ Su ciò, con chiarezza, O. BÜLOW, *Die Lehre von den Proceßseinreden und die Proceßvoraussetzungen*, Gießen 1868, 79.

²⁰ Aspetti ben evidenziati da C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 132.

3. L'UNITARIETÀ DI BASE DELLA SITUAZIONE GIURIDICA OGGETTO DI ACCERTAMENTO.

Prima di procedere mettendo meglio a fuoco i meccanismi di funzionamento dell'*exceptio rei residuae*, conviene esprimere una precisazione che – per così dire – risale alle stesse premesse logiche del problema dell'esatta commisurazione dell'area dell'accertamento.

Intendo riferirmi al fatto che, nell'insieme del discorso di Gaio, sia data per implicita la necessità, imposta dall'ontologia dei fenomeni di cui si tratta prima che da qualsivoglia *regula iuris* storicamente data, che l'area dell'accertamento trovi fondamento in una situazione integrante un *unicum*, o per lo meno in un contesto che tale possa considerarsi.

In altri termini, se a venire in discussione è un problema che d'ora in poi abbiamo definito di *minus intendere* (in senso lato, secondo quanto sopra meglio indicato), ciò è immaginabile soltanto se e nella misura in cui la situazione controversa portata in accertamento si presti astrattamente a fondare una più ampia perimetrazione del processo.

Sebbene una considerazione in questo senso appaia non mai esplicitata da Gaio, chiaro è che il tema della correlazione tra una situazione unitaria più ampia, per un verso, e quella più ristretta che concretamente sia stata portata in giudizio, per altro verso, appare però in qualche modo evocato nelle parole *minus ... de reliquo* (Gai 4.56).

A porsi è quindi almeno per implicito un problema di unitarietà di base della situazione giuridica oggetto di accertamento anche quando si sia in presenza di *plures lites*, giacché comunque deve immaginarsi sottesa l'idea che ci si trovi a cospetto di un tutto (occorrerà poi meglio precisare in qual modo esso sia configurabile), e però di quel tutto sia presa in considerazione soltanto una porzione.

Orbene, che il modello concettuale tutto/parte fosse nitidamente presente nel ragionamento giuridico di Gaio è peraltro comprovato da una non esigua quantità di indici, cui si farà qui solo un rapido richiamo.

Per esempio, in D. 6.1.44 (Gai. 29 *ad ed. prov.*: '*fructus pendentes pars fundi videntur*') è sviluppata una riflessione giuridica sull'idea di *pars* con riguardo ai frutti pendenti del fondo, visti nella loro relazione con il fondo medesimo.²¹

Quella di *pars* e *totum* è – come detto – una struttura logica derivante direttamente dall'ordine delle cose, che non manca tuttavia di assumere pure una precisa valenza giuridica: l'idea di fondo è che la parte è nel tutto, del quale condivide la natura.

Anche da D. 50.17.113 (Gai. 3 *ad ed. prov.*: '*in toto et pars continetur*'), che stando a Lenel dovrebbe collegarsi a D. 3.3.46.7 (Gai. 3 *ad ed. prov.*), in tema di mandato ('*ut alieno nomine sine mandatu agere non liceat*'),²² emerge una riflessione sui rapporti tra la *pars* e il *totum*.²³

L'impiego del verbo *continere*, peraltro, rende ancora più chiara l'idea di appartenenza della parte a un'entità unitaria più estesa.

Anche solo sulla base degli indici appena evocati, non appare dunque difficile pensare che Gaio tenesse chiaramente a mente l'idea della relazione concettuale tra la *pars* e il *totum*, avvertendone poi la capacità espansiva allorché il senso di quella relazione venisse declinata e quindi tecnicizzata all'interno di differenti ambiti giuridici; e tra essi deve senza

²¹ Il testo di D. 6.1.44 è richiamato, nel quadro dell'elaborazione del concetto giuridico di *fructus*, da R. CARDILLI, *La nozione giuridica di 'fructus'*, Napoli 2002, 265; più in generale, sul tema, F. ZUCCOTTI, '*Fruges fructusque*'. (Studio esegetico su D. 50,16,77). Per una ricerca sulle origini della nozione di 'frutto', Milano 2000.

²² Cfr. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889 (rist. Roma 2000), c. 193, f. 81.

²³ Cfr. A. PALERMO, *Studi cit.*, 113.

dubbio ritenersi incluso quello del processo, tanto allorché quell'unità fosse – per così dire – spezzata a livello di singola domanda (dunque nella prospettiva dell'*exceptio litis dividuae*), quanto nell'ipotesi in cui l'unità di base non ricondotta integralmente in accertamento fosse rappresentata da *plures lites* (in questo secondo caso, allora, nella prospettiva dell'*exceptio rei residuae*).

4. I PROFILI DELLA FATTISPECIE IN PRESENZA DELLA QUALE SIA OPPONIBILE L'*EXCEPTIO REI RESIDUAE*².

Appare opportuno ora tornare a Gai 4.122, che per comodità qui di seguito si riproduce:

dilatoriae sunt exceptiones, quae ad tempus valent, veluti illius pacti conventi, quod factum est verbi gratia, ne intra quinquennium peteretur; finito enim eo tempore non habet locum exceptio. Cui similis exceptio est litis dividuae et rei residuae. Nam si quis partem rei petierit et intra eiusdem praeturam reliquam partem petat, hac exceptione summovetur, quae appellatur litis dividuae; item si is, qui cum eodem plures lites habebat, de quibusdam egerit, de quibusdam distulerit, ut ad alios iudices eant, si intra eiusdem praeturam de his, quas distulerit, agat, per hanc exceptionem, quae appellatur rei residuae, summovetur.

Come detto dianzi, Gaio introduce in parallelo le due *exceptiones*, dette rispettivamente *litis dividuae* e *rei residuae*, all'interno di un discorso più ampio sulle *exceptiones dilatoriae*.

Dopo averle presentate senza distinzione (in effetti, nel periodo introdotto da *cui similis* si parla, al singolare, di *exceptio litis dividuae et rei residuae*)²⁴, entro la similitudine costruita tra esse e l'*exceptio pacti conventi ne intra quinquennium peteretur* menzionata subito prima, il giurista spiega, quando è il momento di illustrare più specificamente l'*exceptio rei residuae*, che quest'ultima è opponibile avverso colui il quale, in pendenza di più liti nei confronti del medesimo soggetto, decida di portare in giudizio, nel corso della stessa pretura, soltanto alcune di esse.

Il riferimento a *plures lites* esplicitamente contrappone la fattispecie in esame a quella in cui – come più volte evidenziato – v'è un'unica *lis*, rilevante allora per l'opponibilità dell'*exceptio litis dividuae*.

La ripetizione dell'espressione '*quae appellatur*', dapprima riferita all'*exceptio litis dividuae* e poi all'*exceptio rei residuae*, sottolinea la distinzione tra l'una e l'altra, a petto dell'assimilazione iniziale; e però al contempo fondamentale è unità d'ispirazione che le sostiene.

Orbene, ben poche sicurezze sono ricavabili da quest'unica fonte e, soprattutto, assai oscuri sono i profili sostanziali della fattispecie in presenza della quale risulti opponibile l'*exceptio rei residuae*.

Linguisticamente, il riferimento alla *res residua* non offre indicazioni illuminanti, stante l'evidente polisemia del termine *res*,²⁵ anche se è chiaro che questo debba essere inteso in un'accezione collegabile al processo.²⁶

²⁴ Tanto che sembrerebbe trattarsi di una sola *exceptio*: cfr. F. BONIFACIO, v. '*Exceptio*' cit., 1081; le considera unitariamente anche O. LENEL, *Das 'Edictum'* cit., 502, § 270.

²⁵ Si veda H.G. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon* cit., v. '*Res*', 511 ss.

²⁶ Cfr. E.I. BEKKER, *Die prozessualische Konsumtion* cit., 43 ss., 208 ss. e 323 ss.; G. PUGLIESE, *Actio* cit., 282 ss.

Anche in tal caso, si può condividere l'idea di Buckland, secondo cui «l'*exceptio* ne s'applique qu'à un groupe d'actions entre les mêmes personnes qui sont déjà, ensemble, devant le préteur»;²⁷ un argomento nel senso che le domande debbano essere entrambe portate sul terreno contenzioso lo studioso riscontra nella scelta dei tempi verbali '*habebat*' e '*distulerit*';²⁸ in effetti, occorre che si ponga un problema di rapporti tra processi già radi-cati.

Come detto dianzi, il punto di osservazione adottato in Gai 4.122 è quello delle caratteristiche proprie delle *exceptiones*: tanto l'*exceptio litis dividuae* quanto l'*exceptio rei residuae* appartengono alla categoria delle eccezioni dilatorie; inoltre, esse rispondono a una medesima funzione generale, che è quella di contrastare la divisione di ciò che risulta parte di un complesso più ampio o – se si preferisce utilizzare l'espressione sopra proposta – di impedire che sia spezzata l'unitarietà di base della situazione giuridica quale si sarebbe dovuta rendere oggetto di accertamento.

È proprio in quest'ottica che appare possibile, anche sul piano sostanziale, l'assimilazione dei due fenomeni, riconducibili ai paradigmi della *lis dividua* e della *res residua*.

Comune è lo schema di massima: un soggetto, che potrebbe chiedere un *plus*, si limita ad avanzare la pretesa per un *minus* (si pensi ancora a Gai 4.56).

Dal punto di vista pratico, identico è l'intendimento dell'attore di non voler rischiare tutto davanti allo stesso giudice.²⁹

Ciò precisato, mi pare risulti chiara nondimeno la diversità strutturale delle due situazioni: in ipotesi di *lis dividua*, viene in rilievo un *totum* coincidente con una sola domanda; quando invece si tratta di *res residua*, si è in presenza di più domande tra le medesime parti (*plures lites*).³⁰

In ciascuno dei due casi si può parlare in senso lato della configurabilità di una situazione giuridica unitaria che funge da misura del 'giusto' accertamento, però nel primo caso sono coinvolte più posizioni – e dunque più potenziali domande – tra gli stessi soggetti, mentre nel secondo caso la premessa logica è rappresentata dall'esistenza, a monte, di una situazione che avrebbe dovuto fondare una sola domanda giudiziale.³¹

Occorre quindi concludere che necessario, affinché si possa parlare di *res residua* (e al contempo sufficiente, almeno per distinguere il caso da quello della *lis dividua*), è che ci si trovi in presenza di un cumulo di domande soggettivamente connesse.

In altri termini, i problemi posti dalla *res residua*, giacché rimandano a rapporti tra più domande, tutte da considerarsi in sé distinte, sebbene tra loro collegate sino a ricostituire almeno *in thesi* la più ampia area di un unitario accertamento infondatamente frammentato, si collocano al di fuori (e al di sopra) dell'ambito della singola domanda.

Tutto ciò detto, il tema diviene allora più esattamente il seguente: quale specie di collegamento tra le *plures lites* occorre immaginare affinché possa fondarsi l'opponibilità dell'*exceptio rei residuae*?

²⁷ Cfr. W.W. BUCKLAND, *Exceptio* cit., 302.

²⁸ Cfr. W.W. BUCKLAND, *Exceptio* cit., 302.

²⁹ Si veda G. SACCONI, *La 'pluris petitio'* cit., 243; cfr., inoltre, O. BÜLOW, *Die Lehre* cit., 79 ss.

³⁰ In questo senso, con chiarezza, P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, revue et mise à jour par F. SENN, Paris 1929, 1101 nt. 3.

³¹ Sul punto, T. DALLA MASSARA, *La domanda parziale* cit., 20 ss.

5. CONGETTURE IN TEMA DI 'PLURES LITES' IN FUNZIONE DI OPPONIBILITÀ DELL'EXCEPTIO REI RESIDUAE.

Giunti a questo punto, la questione – correttamente impostata in termini di dogmatica processualciviltistica – diviene se, affinché possa dirsi opponibile l'*exceptio rei residuae*, risulti sufficiente trovarsi al cospetto di un cumulo di cause solo soggettivamente connesse, oppure sia richiesto che tra esse sussista un vincolo più intenso, di natura oggettiva, nella specie identificabile in un rapporto di connessione ovvero di continenza.³²

Nel primo senso sembrava orientata, pur con varie sfumature, una dottrina piuttosto consolidata.³³

L'orientamento opposto, avviato da Levy, il quale circoscriveva invece l'esperibilità dell'*exceptio rei residuae* alle ipotesi di connessione,³⁴ appare accolto da Bonifacio,³⁵ nonché poi precisato da Cantarella, secondo cui l'eccezione in parola sarebbe opponibile «a colui che esperiva separatamente, *intra eiusdem praeturae*, nei confronti dello stesso convenuto, due o più pretese che gli spettavano in base ad un unico titolo costitutivo».³⁶

Di diverso avviso Biondi, per il quale si richiederebbe che fossero promosse in giudizio «separatamente più pretese contenute in una medesima azione»;³⁷ quindi, per lo studioso, tramite l'*exceptio rei residuae* si sarebbe attribuita rilevanza, per lo meno in epoca classica, soltanto alla continenza e non anche alla connessione di cause.

Ebbene, credo si debba ammettere che qualsivoglia opinione sul punto rimane – per l'assenza di elementi sicuri ricavabili dalle fonti – del tutto congetturale.

Tuttavia qualche supposizione sembra potersi avanzare.

Anzitutto, ritengo più plausibile immaginare che un vincolo di natura oggettiva tra le domande fosse necessario per l'esperibilità dell'*exceptio rei residuae*: e si potrebbe ben trattare – su questo invece davvero non vi sono elementi per essere più precisi – di un rapporto di connessione, come pure di continenza.

³² Secondo il significato illustrato da A. ATTARDI, *Diritto processuale civile*, I, *Parte generale*, Padova 1994, 128 ss.

³³ Si veda C. APPLETON, *Histoire de la compensation en droit romain*, Paris 1895, 222; C. BERTOLINI, *Appunti didattici di diritto romano*, II, *Il processo civile*, 1, Torino 1915, 342 nt. 1; G.I. LUZZATTO, v. 'Eccezione (diritto romano)', in Enc. dir. 14, Milano 1965, 135 ss.; cfr. inoltre W.W. BUCKLAND, *Exceptio* cit., 301 s., il quale richiede però che l'attore abbia dato luogo a una separazione 'artificiale' delle domande. Si tratta di un'opinione ripresa da L. WENGER, *Institutionen des römischen Zivilprozessrechts*, München 1925 (nella traduzione di R. ORESTANO, *Istituzioni di procedura civile romana*, Milano 1938), 176 nt. 25^a, nonché pure da A. PALERMO, *Studi* cit., 147, il quale parla di domande «artificiosamente proposte in separati giudizi»; su questa scia, infine, G. SACCONI, *La 'pluris petitio'* cit., 235 ss.

³⁴ In particolare, secondo l'opinione di E. LEVY, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, I, Berlin 1918, 456 ss., si dovrebbe pensare all'ipotesi di concorso di azioni, nel senso stretto per il quale può parlarsene con riferimento a D. 19.1.10 (Ulp. 46 *ad Sab.*): *non est novum, ut duae obligationes in eiusdem persona de eadem re concurrant* ...; in questo senso, inoltre, cfr. G. BESELER, *Romanistische Studien. Zusammenfall in einer Person von Hauptschuld und Bürgschaftsschuld*, in ZSS 47, 1927, 53 ss.

³⁵ Cfr. F. BONIFACIO, v. 'Exceptio' cit., 1081.

³⁶ Così E. CANTARELLA, *Il 'minus petere' e le sue conseguenze nel processo formulare*, in SDHI 35, 1969, 129.

³⁷ Cfr. B. BIONDI, *La compensazione nel diritto romano*, Cortona 1927, 51 ss. (ma si veda anche in AUPA 12, 1929, 161 ss., in specie 211), il quale in proposito cita Gai 4.131a, ove è presentato il caso del compratore che agisca prima *de fundo mancipando* e poi *de vacua possessione*; le idee di Biondi sono accolte da G. PROVERA, *La 'pluris petitio'* cit., 146 s. nt. 13.

In specie, il rapporto di connessione rappresentava probabilmente il normale presupposto per l'esperibilità dell'eccezione; d'altra parte, con l'attribuire rilievo al rapporto di continenza si sarebbe ottenuto di prevenire la possibile opponibilità di un'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*³⁸ se, dopo il giudizio sul tutto, si fosse promosso quello sulla parte, oppure di un'*exceptio rei residuae* (sempre sul presupposto della pluralità di domande), allorché dopo il giudizio sulla parte si fosse radicato quello sul residuo (altrimenti si sarebbe trattato di *exceptio litis dividuae* in ipotesi di assorbimento nell'unica domanda).

Ciò che appare essenziale è che, in entrambi i casi, la (temporanea) opponibilità dell'eccezione rappresentasse già di per sé stessa un pungolo per l'attore a mantenere unite le *plures lites*.

In tal modo, avrebbe trovato tutela nell'ordinamento l'interesse del magistrato a svolgere la propria attività giurisdizionale una sola volta, nonché del giudice di rendere tutte le domande tra loro connesse (o in relazione di continenza) oggetto di una sola decisione, ma probabilmente avrebbe soddisfatto anche l'interesse, riferibile al convenuto, di potersi difendere su un solo – se pure più ampio – fronte contenzioso.

Diversamente, qualora si volesse accreditare la diversa dottrina secondo cui, per l'opponibilità dell'*exceptio rei residuae*, sarebbe stato sufficiente un cumulo di cause solo soggettivamente connesse, risulterebbe giocoforza da ammettersi che il processo romano classico fosse dominato da un sistema di concentrazione delle azioni così intenso e stringente da apparire, a ben vedere, irragionevole oltre che, in definitiva, non attuabile.³⁹

6. L'ESIGENZA DI CONCENTRAZIONE PROCESSUALE.

Compiuto il tentativo di lumeggiare – sia pure con molti limiti e in forza di tanti elementi congetturali – la fattispecie sostanziale in presenza della quale sarebbe stata opponibile l'*exceptio rei residuae*, credo sia ora il momento di ritornare brevemente su Gai 4.122, soltanto per valorizzare il pregnante significato che le parole '*ut ad alios iudices eant*' assumono, alla luce di quanto sin qui osservato.

Si tratta di una proposizione di senso finale che s'inserisce nella parte del passo in cui si parla dell'*exceptio rei residuae* (così è, infatti, da '*item*' a '*summovetur*'), precisamente per esprimere lo scopo concreto perseguito da colui che decide di portare in giudizio solo alcune liti e non altre.

Mi pare che proprio sulla base di queste parole possa cogliersi il senso più preciso della funzione sottesa all'*exceptio rei residuae*: si tratta, in linea generale, di una funzione di contrasto rispetto alla divisione dell'accertamento di ciò che appartiene a un'entità più estesa.

Il discorso sulla *lis dividua* e quello sulla *res residua* presentano – come detto fin da principio – tratti di significativa omogeneità: oltre alla natura dilatoria che accomuna il

³⁸ Sulla differenziabilità delle due clausole dell'*exceptio* (*rei iudicatae* e *rei in iudicium deductae*), cfr. M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale* cit., 192 ss.; ID., '*Agere lege*', '*formulae*' e '*preclusione processuale*', in AUPA 42, 1992, 210 ss.; ID., '*Res in iudicium deducta*'-'*res iudicata*', in BIDR 37-38, 1995-1996, 63 ss.; ID., *Dal divieto di 'agere acta' all' 'auctoritas rei iudicatae'*. Alle radici delle moderne teorie sul giudicato, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, II, Napoli 1997, 3 ss.; G. SACCONI, *L'exceptio rei in iudicium deductae*, in '*Sodalitas*'. *Scritti in onore di A. Guarino*, IV, Napoli 1984, 1909 ss. Sulla *res iudicata* in generale, si rinvia inoltre ai più recenti contributi contenuti in L. GAROFALO (a cura di), *Res iudicata*, I-II cit.

³⁹ Come, pur fuggacemente, osserva anche G. PROVERA, *La 'pluris petitio'* cit., 147 s. nt. 13. Per un quadro di questi problemi, cfr. G. PUGLIESE, *Lezioni sul processo civile romano. Il processo formulare romano*, (anno accademico 1945-46), Milano-Venezia s.d., 231 ss.

regime delle due eccezioni, si riconosce una generale assimilabilità sul piano sostanziale e funzionale dei fenomeni che si tratta di disciplinare (tanto sotto il profilo dello schema fondamentale *plus/minus* che li caratterizza, quanto sotto l'aspetto dell'intento perseguito dall'attore): identico è lo scopo di contrastare la frammentazione dell'accertamento di ciò che appartiene a un'entità di base più estesa.

L'*exceptio rei residuae* è concessa dal pretore '*ut ad alios iudices eant*' (ma le parole potrebbero ben riferirsi anche al comportamento del soggetto cui sia opponibile un'*exceptio litis dividuae*)⁴⁰ nel senso che essa risponde all'esigenza di evitare che sia rimesso alla decisione di giudici differenti ciò che – le *plures lites* – ci si sarebbe attesi che costituisse oggetto di un'unica decisione del medesimo giudice;⁴¹ viceversa, la medesima funzione si sarebbe espressa su un piano differente – ossia quello della singola domanda – in ipotesi di *exceptio litis dividuae*.

Occorre ora notare che l'effetto rappresentato dal differimento della causa alla successiva magistratura era estremamente variabile per le parti: precisamente, da un giorno a un anno, a seconda che la prima azione fosse stata promossa nell'ultimo o nel primo giorno di carica del pretore;⁴² il magistrato, invece, se l'attore non avesse voluto soccombere in giudizio, avrebbe potuto comunque contare di non essere – per così dire – disturbato una seconda volta.

Mi pare si debba desumere che, alla base dell'*exceptio rei residuae* (come pure dell'*exceptio litis dividuae*), fosse sentita in prima battuta un'esigenza di tutela del magistrato, la quale, in ultima analisi, si sarebbe poi tradotta nell'attuazione di un principio che – in termini moderni – saremmo indotti a definire di economia processuale.⁴³

In seconda battuta, certamente, viene in rilievo pure un'esigenza di protezione del convenuto, il quale si attende di non essere chiamato in giudizio una seconda volta.

Ma la funzione cui risponde l'*exceptio rei residuae* si presta a essere ancor più esattamente colta allorché, stante la distinzione tra eccezioni perentorie e dilatorie affacciata in Gai 4.120 ('*dicuntur autem exceptiones aut peremptoriae aut dilatoriae*'), si vada a leggere:

Gai 4.121: *peremptoriae sunt, quae perpetuo valent nec evitari possunt, velut quod metus causa aut dolo malo aut quod contra legem senatusve consultum factum est aut quod res iudicata est vel in iudicium deducta est, item pacti conventi, quod factum est, ne omnino pecunia peteretur.*

E poi si paragoni il testo delle Istituzioni con:

D. 44.1.3 (Gai. 1 *ad ed. prov.*): *exceptiones aut perpetuae et peremptoriae sunt aut temporales et dilatoriae. Perpetuae atque peremptoriae sunt, quae semper locum habent nec evitari*

⁴⁰ Così mostra di ritenere D. DAUBE, '*Exceptio litis dividuae*' in D. 12.1.13.1, in RIDA 6, 1959, 313; diversamente, per W.W. BUCKLAND, *Exceptio* cit., 301, tale espressione farebbe riferimento unicamente al caso della *res residua*.

⁴¹ In proposito, W.W. BUCKLAND, *Exceptio* cit., 301, si domanda se «les mots *ut ad alios iudices eant* expriment une condition de l'emploi de l'*exceptio*, ou simplement la *causa causans* de son introduction». Sul punto, cfr. inoltre O. BEHREND, *Die römische Geschworenengericht* cit., 194 s. nt. 19.

⁴² Cfr. E. CANTARELLA, *Il 'minus petere'* cit., 134.

⁴³ Che l'idea di un'esigenza generale di economia processuale fosse avvertita dalla giurisprudenza romana mi pare provato quantomeno da un celebre passo che a essa riconduce il funzionamento dell'*exceptio rei iudicatae*: D. 44.2.6 (Paul. 70 *ad ed.*): *singulis controversiis singulas actiones unumque iudicati finem sufficere probabili ratione placuit, ne aliter modus litium multiplicatus summam atque inexplicabilem faciat difficultatem, maxime si diversa pronuntiaretur. Parere ergo exceptionem rei iudicatae frequens est.*

possunt, qualis est doli mali et rei iudicatae et si quid contra legem senatusve consultum factum esse dicetur, item pacti conventi perpetui, id est ne omnino pecunia petatur. Temporales atque dilatoriae sunt, quae non semper locum habent, sed evitari possunt, qualis est pacti conventi temporalis, id est ne forte intra quinquennium ageretur: procuratoriae quoque exceptiones dilatoriae sunt, quae evitari possunt.

Ne emerge dunque un quadro ancor più articolato e preciso: esistono, per un verso, le eccezioni perentorie di cui Gaio parla nelle sue Istituzioni, ossia quelle che *'perpetuo valent nec evitari possunt'*; l'esemplificazione comprende l'eccezione di violenza, quella di dolo, quella con cui si oppone l'esistenza di un divieto imposto da legge o da senatoconsulto, quella di cosa giudicata o comunque dedotta in giudizio, quella di patto *'ne omnino pecunia peteretur'*; per altro verso, dal commento all'editto provinciale emerge che le eccezioni temporali e dilatorie sono quelle che *'non semper locum habent, sed evitari possunt'*.

Nel brano di commento all'editto provinciale la contrapposizione è evidente nella specificità dell'espressione *'semper locum habent nec evitari possunt'*, riferita alle eccezioni perentorie.

Numerosi sarebbero i problemi collegati alla distinzione tra le due categorie di eccezioni: tuttavia, più che sui problemi posti dall'autentico significato delle espressioni e dalla loro risalenza nel tempo (cui peraltro la dottrina ha dedicato specifici approfondimenti),⁴⁴ anche in questo caso mi pare interessante portare l'attenzione sul ragionamento di fondo svolto da Gaio.

Vi sono talune eccezioni che conducono l'accertamento del giudice su fatti che non possono essere disconosciuti: così avviene nel caso in cui si sia usato dolo o sussista un precedente giudicato (ma s'intende che, per l'età classica, era sufficiente la deduzione in giudizio) o un divieto proveniente da legge o da senatoconsulto ovvero, ancora, sia stato concluso un patto di non chiedere senza determinazione di tempo.

Altre eccezioni, poi, tra cui quella che nasce da un patto di non chiedere entro un determinato tempo,⁴⁵ così come quelle che nel testo sono dette *procuratoriae*,⁴⁶ evidenziano problemi soltanto transitori.

Se, tenendo conto anche di quanto osservato con riguardo a Gai 4.122, si torna ora a considerare Gai 4.56, si può allora dire che vi sono taluni comportamenti in sé leciti, i quali, purtuttavia, meritano di essere sanzionati (si ricorderà l'espressione: *'licet, sed ... non permittitur'*); tra questi, sappiamo esservi la condotta di chi agisca – come sono propenso a credere, nel senso più largo, e così da reputarsi inclusivo sia dell'ipotesi della singola lite che delle *plures lites* – operando una conformazione dell'area dell'accertamento che s'iscrive al di sotto dei confini del 'giusto' dimensionamento del processo.

Dunque, dalla lettura dei diversi luoghi in cui Gaio tratta delle eccezioni sembra emergere in maniera piuttosto chiara e coerente l'idea che vi fosse una duplicità di *rationes* in grado di giustificare la concessione da parte del pretore.

L'*exceptio rei residuae* è chiamata a sanzionare un comportamento in sé non illecito, ma

⁴⁴ Si veda, in modo particolare, S. SOLAZZI, *Sulla classificazione delle 'exceptiones'*, in Arch. giur. 1949, 3 ss.; cfr., inoltre, T. KIPP, *Über dilatorische und peremptorische Exceptionen*, in ZSS 42, 1921, 328 ss.; W. KOLITSCH, *'Praescriptio' und 'exceptio' außerhalb des Formularverfahrens*, in ZSS 76, 1959, 289 ss.

⁴⁵ Proprio in chiave di analogia tra l'*exceptio litis dividuae* e l'*exceptio pacti conventi ne intra quinquennium peteretur*, cfr. O. BÜLOW, *Die Lehre cit.*, 79 ss.

⁴⁶ Su cui cfr. G. BESELER, *Romanistische Studien. Prozeßprocurator*, in ZSS 46, 1926, 138 ss.; B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in SDHI 28, 1962, 153 ss.

che può risultare non permesso: alla luce di D. 44.1.3 si può dire che essa rientri nel novero delle eccezioni '*quae non semper locum habent, sed evitari possunt*'.

Sembra confermata l'idea, già dianzi espressa, che la funzione dell'*exceptio* sia, prima di ogni altra cosa, quella di provocare una certa condotta dell'attore.

7. QUADRO DI SINTESI DEI RISULTATI.

Al termine di queste notazioni sui presupposti di applicabilità e sulla funzione dell'*exceptio rei residuae*, mi pare utile riepilogare in modo piuttosto schematico alcuni risultati che possono darsi per acquisiti.

Anzitutto, deve premettersi la necessità logica che l'*exceptio rei residuae* sia impiegata allorché l'area dell'accertamento risulti riferita a un *minus* di una situazione giuridica che sia qualificabile come unitaria; che si tratti di una relazione di connessione o di continenza tra domande, comunque occorre che le *plures lites* appaiano tra loro interconnesse fino a costituire una situazione dotata di una propria unitarietà.

La scelta attorea di una commisurazione dell'area dell'accertamento inferiore rispetto alla 'giusta' perimetrazione della controversia non è percepita alla stregua di una condotta illecita: per usare la formula espressiva che Gaio direttamente riferisce all'*exceptio litis dividuae* – ma di cui, come detto, ritengo che la sostanza valga anche per l'*exceptio rei residuae* – si tratta di una modalità di esercizio della domanda giudiziale che non potrebbe dirsi illecita (*licet*), bensì soltanto proibita (*non permittitur*).

Avverso colui che agisca promuovendo una o più domande di accertamento corrispondenti a un *minus* rispetto a una situazione giuridica che sia ritenuta unitaria è opponibile l'*exceptio rei residuae*.

Quest'ultima è qualificata come eccezione dilatoria e, sotto questo profilo, essa è assimilabile all'*exceptio litis dividuae*.

Si tratta di eccezioni che presentano un'omogeneità funzionale, ancorché differente sia la struttura della situazione che mirano a portare in evidenza: nel caso dell'*exceptio litis dividuae* la 'giusta' commisurazione dell'area dell'accertamento corrisponde alla singola domanda giudiziale; invece, in ipotesi di *exceptio rei residuae*, la 'giusta' commisurazione è da riferirsi all'unitaria situazione rappresentata da *plures lites* connesse o in relazione di continenza.

La funzione cui risponde l'*exceptio rei residuae* è quella di indurre a una certa qual concentrazione processuale; si tratta di funzione accomunante *exceptio rei residuae* ed *exceptio litis dividuae*: ciò è da intendersi nel senso che primario obiettivo delle eccezioni dilatorie appare quello di costituire un fattore di conformazione verso un determinato comportamento – in questo caso, da concretizzarsi nella più estesa perimetrazione dell'accertamento – molto più che di giungere a sanzionare un illecito.

GIACOMO D'ANGELO
(Università di Palermo)

Azioni nossali e clausola arbitraria

ABSTRACT

On the basis of I. 4.6.31 and other sources the author argues in contrast to the *communis opinio* that *actiones noxales* were already in classical Roman law *actiones arbitrarie*.

PAROLE CHIAVE

Azioni nossali; azioni arbitrarie; clausola arbitraria; *iusiurandum in litem*.

AZIONI NOSSALI E CLAUSOLA ARBITRARIA

1. Prendiamo le mosse da

I. 4.6.31: *Praeterea quasdam actiones arbitrarias id est ex arbitrio iudicis pendentes appellamus, in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat, veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat rell.*

Fra i contenuti della *satisfatio* a cui il convenuto con un'*actio arbitraria* avrebbe dovuto provvedere in favore dell'attore per sottrarsi alla condanna si annovera in questo celebre passo, fra l'altro, la *noxae deditio* di un servo. Vien fatto però di chiedersi se la testimonianza, sul punto, possa far fede anche per diritto classico e deporre nel senso della presenza della c.d. clausola arbitraria nella formula delle azioni nossali. I più (facendo talora eccezione per l'*actio iniuriarum noxalis*) credono di no,¹ ma secondo noi a

¹ V. almeno S. ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg 1818, 163 ss.; ID., *Traité des actions ou théorie de la procédure privée chez les Romains, exposée historiquement depuis son origine jusqu'à Justinien*², trad. e annotazioni a cura di L. ÉTIENNE, Paris 1846, 200 nt. 3; P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, in NRHD 11, 1887, 448 (= *Mélanges de Droit romain*, II. *Droit privé et procédure*, Paris 1923, 350 s., da cui citeremo); ID., in P.F. GIRARD/F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, 1086 s. nt. 2; F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale*, V, trad. a cura di V. SCIALOJA, Torino 1893, 160 e nt. s; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 1169; E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, II, Paris 1902, 741 nt. 2; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 114; ID., *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, Cambridge 1963, 660; M. FEHR, *Beiträge zur Lehre vom römischen Pfandrecht in der klassischen Zeit*, Uppsala 1910, 49; B. BIONDI, *Studi sulle actiones arbitrariae e l'arbitrium iudicis*, I, Palermo 1913, 20, 23; ID., *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in AUPA 10, 1925, 268 ss.; G. MAY, *Observations sur les Actions arbitraires*, in *Mélanges P.F. Girard. Études de droit romain dédiées à Mr. P.F. Girard Professeur de droit romain à l'Université de Paris à l'occasion du 60^e anniversaire de sa naissance* (26 octobre 1912), II, Paris 1912, 163 nt. 1; G. SEGRÈ, *La denominazione di actio confessoria in particolare per la rivendicazione dell'usufrutto e delle servitù*, in *Mélanges P.F. Girard. Études de droit romain dédiées à Mr. P.F. Girard Professeur de droit romain à l'Université de Paris à l'occasion du 60^e anniversaire de sa naissance* (26 octobre 1912), II, Paris 1912, 566 s. (= *Dalla radice pandettistica alla maturità romanistica. Scritti di diritto romano*, a cura di N. SCAPINI e con prefazione di G. GROSSO, Torino 1976, 493 ss.); ID., *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano 1930, 615 (= *Scritti vari di diritto romano*, con prefazione di G. GROSSO, Torino 1952, 407, da cui citeremo); O. LENEL, *Zur Lehre von den actiones arbitrariae*, in *Festgabe für R. Sohm dargebracht zum goldenen Doktorjubiläum von Freunden, Schülern und Verehrern*, München-Lepizig 1914, 203 [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND und F. D'IPPOLITO*, III (1902-1914), Napoli 1991, 505, da cui citeremo]; R. DÜLL, *Der Gütegedanke im römischen Zivilprozessrecht. Ein Beitrag zur Lehre der Bedeutung von arbiter, actiones arbitrariae, Verfahren in iure und exceptio*, München 1931, 85; R. SOHM, in R. SOHM/L. MITTEIS/L.

torto. Vorremmo dunque giustificare in questa sede il nostro diverso convincimento.²

2. Secondo un'interpretazione riduttiva³ I. 4.6.31 non proverebbe in generale che le azioni nossali erano arbitrarie: proverebbe soltanto che in alcune azioni penali per loro natura arbitrarie, quali l'*actio de dolo* e l'*actio quod metus causa*, il giudice avrebbe potuto subordinare la condanna del convenuto alla omessa *noxae deditio* del colpevole quando esse fossero esercitate in via nossale.⁴

A tacer d'altro,⁵ però, si può rilevare che, nel caso di azioni di per sé arbitrarie esperite in via nossale, la dazione a noxa del sottoposto avrebbe dovuto essere imposta al convenuto, quale condizione della sua assoluzione, in alternativa al comportamento ritenuto altrimenti idoneo a soddisfare l'interesse dell'attore. Ma di questo ulteriore comportamento il testo delle Istituzioni giustiniane non fa parola, limitandosi a considerare l'ipotesi '*vel ex noxali causa servum dedat*'. Il che si giustifica assai meglio pensando che chi scrisse il brano dovesse avere presente quale presupposto dell'assoluzione del convenuto il solo compimento della *noxae deditio*, senza tener conto di quei casi particolari (come quelli dell'*actio de dolo* e dell'*actio quod metus causa*) in cui la *satisfactio* dell'attore potesse scaturire in alterna-

WENGER, *Institutionen, Geschichte und System des römischen Privatrechts*¹⁷, München-Leipzig 1933, 700 nt. 10; E. BETTI, *Diritto romano, I. Parte generale*, Padova 1935, 580 nt. 15; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1942, 314 s. nt. 129; L. WENGER, *Istituzioni di procedura civile romana*, trad. a cura di R. ORESTANO, Milano 1938, 144, 146; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*', in PWRE Suppl. 7, Stuttgart 1940, 624; F. DE VISSCHER, *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective a la responsabilité individuelle*, Bruxelles 1947, 419 s., 463; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, Torino 1950, 135 e nt. 1; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum in litem*, Milano 1958, 101 e nt. 2; M. KASER, *Restituere als Prozessgegenstand. Die Wirkungen der litis contestatio auf den Leistungsgegenstand im römischen Recht*², München 1968, 111 s.; ID., in M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (d'ora innanzi RZ²), München 1996, 336 nt. 12, 610 e nt. 39; P. VOCI, *Istituzioni di diritto romano*⁵, Milano 1996, 182 nt. 17; S. VIARO, *Azioni penali munite di clausola arbitraria: una contraddizione in termini?*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova 2011, 645 nt. 18.

² A favore della presenza della clausola arbitraria nella formula delle azioni nossali v. anche C. ACCARIAS, *Précis de droit romain*, II, Paris 1874, 1183 s.; F. BUONAMICI, *La storia della procedura civile romana*, I, Pisa 1886, 146, 147; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, II², Roma 1928, 97 nt. 1; C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano, II. Il processo formulare*, Torino 1982, 108 e nt. 5, che dedicano tutti all'argomento, comunque, solo brevi cenni. V. inoltre S. ZIMMERN, *Das System cit.*, 163 nt. 63, per i riferimenti alla storiografia più antica.

³ Cfr. S. ZIMMERN, *Das System cit.*, 165 s.; ID., *Traité des actions*² cit., 200 nt. 3; P.F. GIRARD, *Les actions noxales cit.*, 350 s.; ID., in P.F. GIRARD/F. SENN, *Manuel*⁸ cit., 1086 s. nt. 2; F.C. SAVIGNY, *Sistema V cit.*, 160 e nt. s; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery cit.*, 114; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 624.

⁴ Per un'analogia interpretazione riduttiva e a parer nostro ancora più artificiosa della menzione del *noxae dedere* nel passo in commento v. E. LEVY, *Zur Lehre von den sog. actiones arbitrarie*, in ZSS 36, 1915, 80 nt. 2 (= *Gesammelte Schriften. Zu seinem achtzigsten Geburtstag mit Unterstützung der Akademien der Wissenschaften zu Göttingen, Heilberg und München sowie von Basler Freunden ihm dargebracht von W. KUNKEL und M. KASER*, I, Köln-Graz 1963, 374 nt. 63), che pensava ad azioni reipersecutorie nelle quali era concesso al convenuto di dare a noxa il servo responsabile del danno, e la cui spiegazione veniva già seccamente respinta da L. CHIAZZESE, *Jusiurandum cit.*, 101 nt. 2. Similmente R. SOHM, in R. SOHM/L. MITTEIS/L. WENGER, *Institutionen*¹⁷ cit., 698 nt. 6, 700 nt. 10, che in particolare, sulla base di D. 5.3.40.4 (Paul. 20 *ad ed.*), adduceva il possibile inserimento della clausola della *noxae deditio* nella formula della *hereditatis petitio*.

⁵ Si veda (anche contro gli autori citati nella precedente nota) quanto osserviamo più avanti in merito al problema del fondamento alla cui stregua giustificare l'assoluzione del convenuto con un'*actio noxalis* che prima della sentenza desse a noxa l'accusato.

tiva da una diversa prestazione. In altri termini, l'esclusivo cenno al *noxae dedere* ci induce a credere che con esso si intendesse fare riferimento all'intera categoria delle azioni nossali, non a singole azioni arbitrarie suscettibili di essere intentate come nossali. Né d'altra parte – salvo ogni probabile riferimento del suo originario dettato al *filius*, oltre che al *servus*⁶ – dubitiamo della classicità del passo sul punto in questione.⁷ Diremo anzi che, pure a prescindere da I. 4.6.31, l'appartenenza delle azioni nossali al *genus* classico delle azioni arbitrarie non sarebbe per noi meno sicura. Spieghiamo perché.

È pacifico che nel processo formulare il convenuto con un'azione nossale per il delitto di un servo sarebbe stato assolto se avesse dato a nozza lo schiavo nell'intervallo di tempo compreso fra la *litis contestatio* e l'emanazione della sentenza. Ciò risulta da più testi,⁸ ma bisogna interrogarsi su quali basi si fondasse tale regime.

Si è invocato talora il principio '*omnia iudicia absolutoria*';⁹ e a conferma della sua applicazione in materia, in particolare, Kaser¹⁰ ha richiamato

D. 9.4.15 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): *Praetor decernere debet translationem iudicii in statuliberum fieri: si vero rei iudicandae tempore adhuc in suspenso sit statuta libertas, Sabinus et Cas-*

⁶ Come è noto, infatti, i commissari giustinianeî provvidero a sopprimere nei testi classici in modo pressoché sistematico [con l'unica eccezione, per quanto ci risulta, di D. 43.29.3.4 (Ulp. 71 *ad ed.*)] ogni cenno alla *noxae deditio* dei *fili*, ai quali ormai non si applicava più ai loro tempi il regime nossale (v. I. 4.8.7).

⁷ Per l'ipotesi di un'origine compilatoria del riferimento alla *noxae deditio* v. invece (nel quadro di ulteriori critiche mosse al testo di I. 4.6.31) B. BIONDI, *Studi cit.*, 18 ss., del quale è rimasta isolata la tesi secondo cui la stessa costruzione della categoria delle azioni arbitrarie sarebbe da ascrivere a Giustiniano; ID., *Le actiones noxales cit.*, 268 s.; O. LENEL, *Zur Lehre cit.*, 505 s.; E. BETTI, *Diritto I cit.*, 580 nt. 15; ID., *Istituzioni I*² cit., 314 s. nt. 129; L. CHIAZZESE, *Jusiurandum cit.*, 101 e nt. 2; M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 336 nt. 12. V. anche O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte II.1 cit.*, 1169; E. CUQ, *Les institutions II cit.*, 741 nt. 2; M. FEHR, *Beiträge cit.*, 49; G. MAY, *Observations cit.*, 163 nt. 1; G. PUGLIESE, *Il processo II cit.*, 135 nt. 1; P. VOCI, *Istituzioni*⁵ cit., 182 nt. 17, convinti tutti che i commissari giustinianeî avessero commesso un errore nell'annoverare le azioni nossali fra le azioni arbitrarie.

⁸ V. D. 4.3.9.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): ... *si servum pigneratum noxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus* rell. (su cui v. *infra*, § 3); D. 9.4.8 (Ulp. 37 *ad ed.*): ... *sed non alias poterit is qui conventus est evadere litis aestimationem, nisi in solidum noxae dederit servum ... plane si propter hoc, quod socii dedere parati non fuerint, in solidum fuerit condemnatus* rell.; D. 9.4.19 pr. (Paul. 22 *ad ed.*): ... *si alterutri nostrum in solidum noxae deditus fuerit* (scil. *servus*) *et ob id ab utroque dominus sit absolutus* rell., fonti tutte non sospette sotto il profilo che qui interessa. Arg. inoltre ex D. 5.3.40.4 (Paul. 20 *ad ed.*): *Ad officium iudicis pertinebunt et noxales actiones, ut, si paratus sit possessor noxae dedere servum qui damnum dedit in re hereditaria vel furtum fecerit, absolvatur* rell., su cui v. per tutti B. BIONDI, *Le actiones noxales cit.*, 270. Non crediamo invece si possano altresì invocare con Biondi (*ibid.*) D. 9.4.1 (Gai. 2 *ad ed. prov.*): ... *ut, si damnati fuerimus, liceat nobis deditioe ipsius corporis quod deliquerit evitare litis aestimationem*; D. 9.4.20 (Gai. 7 *ad ed. prov.*): ... *si maluit dominus priori iudicio litis aestimationem sufferre* rell.; D. 21.1.17.18 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*): ... *si quis forte noxae dedere noluerit, sed litis aestimationem sufferre*. Nel primo di tali passi, infatti, la lezione '*damnati*', che Biondi proponeva di emendare in '*conventi*', va per noi mantenuta; e gli ultimi due testi, più probabilmente, si riferiscono al caso in cui il convenuto già condannato avesse preferito pagare la *litis aestimatio* anziché dare a nozza il colpevole (in tal senso v. anche M. KASER, *Restituere*² cit., 113 nt. 2, di cui a sua volta, però, non condividiamo il dubbio che D. 9.4.19 pr. possa alludere piuttosto a una *noxae deditio* effettuata *ante litem contestatam*).

⁹ Cfr. P.F. GIRARD, *Les actions noxales cit.*, 350; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 624; M. KASER, *Restituere*² cit., 111 s.

¹⁰ M. KASER, *Restituere*² cit., 112.

*sus liberari heredem putant tradendo servum, quia toto suo iure cederet: quod et verum est.*¹¹

Appuntando l'attenzione sul tratto '*si vero-verum est*', Kaser¹² ragionava in questi termini: «Ist bis zum Zeitpunkt der Urteilsfällung die Bedingung der statuta libertas noch nicht eingetreten, dann ist der statuliber eben noch Sklave und ebenso zu behandeln, als wäre ihm die Freiheit überhaupt nicht in Aussicht gestellt worden. Wird er nun bis zum tempus rei iudicandae dem Kläger übereignet, so wird der Beklagte frei. Wenn sich hier Gaius sogar bemüht fühlt, den Sabinus und Cassius als Gewährsmänner anzuführen, so beweist er damit, daß deren Gegner diese Entscheidung nicht gutgeheißen haben». Così argomentando, però, l'insigne romanista non teneva adeguatamente conto della particolarità del caso. Sembra infatti che nell'ipotesi di un delitto commesso da uno *statuliber*, per ragioni che non interessa qui approfondire, al riconoscimento di un'efficacia liberatoria della *noxae deditio* non si pervenne senza contrasti;¹³ onde è da presumere che per ciò Gaio sentisse il bisogno di richiamare l'opinione di Sabino e Cassio, non perché in generale dovesse apparire dubbio se la *noxae deditio* di uno schiavo *post litem contestatam* potesse o no condurre all'assoluzione del convenuto. Si consideri, poi, che l'adagio '*omnia iudicia absolutoria*' risale a un'epoca relativamente recente, mentre di certo assai prima – crediamo – si dovette avvertire e soddisfare l'esigenza che il convenuto evitasse la condanna dando a nosa l'accusato *pendente iudicio*. Frustrare tale esigenza – si badi – sarebbe equivalso a negare nel corso del processo l'essenza stessa della nossalità e il principio di equità che ne costituiva la *ratio*: il principio per cui l'avente potestà non poteva essere chiamato a rispondere del delitto di un proprio sottoposto oltre il limite rappresentato dalla perdita di quest'ultimo,¹⁴ che per ciò gli era consentito dare a nosa.

Meglio fondata, quindi, potrebbe apparire la tesi di quanti, come Biondi¹⁵ e De Visscher,¹⁶ hanno cercato di giustificare l'efficacia liberatoria di una *noxae deditio* eseguita in pendenza della lite facendo leva sul principio in questione e sulla base che a esso offre

D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*): *Decem aut noxae dedere condemnatus iudicati in decem tenetur: facultatem enim noxae dedendae ex lege accipit ... et ideo iudicati decem agitur, his enim solis condemnatur: noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur* rell.¹⁷

¹¹ Il passo non è immune da critiche (cfr. gli autori citati nell'*Index itp.* e nel relativo *Supplementum I ad h.l.*, nonché, almeno, J.C. NABER, *Ad noxales actiones*, in *Mnemosyne* 30, 1902, 174 e nt. 6; P. KOSCHAKER, *Translatio iudicii. Eine Studie zum römischen Zivilprozeß*, Graz 1905, 200 ss.; G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano 1940, 171, 173; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 619 ss.; F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano*, I. *Translatio iudicii*, Napoli 1956, 121 ntt. 1-2; M. KASER, *Restituere*² cit., 112 nt. 3), ma la sua genuinità sostanziale non è in discussione.

¹² V. *supra*, nt. 10.

¹³ Tanto si evince da D. 40.7.9.2 (Ulp. 28 *ad Sab.*): *Illud tractatum est, an liberatio contingat ei qui noxae dederit statuliberum. et Octavenus putabat liberari* rell., a cui si richiamano, fra molti, P. KOSCHAKER, *Translatio* cit., 206; B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 325; G. DONATUTI, *Lo statulibero* cit., 170; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 623; F. BONIFACIO, *Studi I* cit., 121 s.; R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, 113 s. V. anche, di recente, M. PENNITZ, *Noxalhaftung und Eigenverantwortung bei den Delikten bedingt freigelassener Sklaven*, in *Festschrift für R. Knütel zum 70. Geburtstag herausgegeben von H. ALTMEPPEN et al.*, Heidelberg 2009, 867 ss., ma con una più articolata argomentazione, che non ci riesce persuasiva.

¹⁴ V. Gai 4.75; D. 2.10.2 (Paul. 6 *ad ed.*); D. 9.4.2 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*); D. 47.2.62(61).5 (Afr. 8 *quaest.*); I. 4.8.2.

¹⁵ B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 273 ss., 325.

¹⁶ F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 419 s.

¹⁷ B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 273 s.; ID., *Problemi ed ipotesi in tema di actiones noxales*, in BIDR

in cui la facoltà concessa al condannato di dare a nozza il colpevole¹⁸ (fino alla contestazione della lite nell'*actio iudicati*)¹⁹ si fa discendere dalla legge, con sicura allusione, secondo noi, alla legge delle Dodici Tavole.²⁰

36, 1928, 126 (= *Scritti giuridici*, III. *Diritto romano. Diritto privato*, Milano 1965, 391 s., da cui citeremo); H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung*, II. *Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, 229; M. SARGENTI, *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nossale in diritto romano*, in *Studi Pavia* 32, 1951, che non ci è stato possibile consultare [= *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli 2011, 175 s.] reputavano interpolata la menzione del *noxae dedere* nella frase '*decem-condemnatus*'; mentre G. BESELER, *Miszellen: 'et (atque) ideo, et (atque) idcirco, ideoque, idcircoque'*, in *ZSS* 45, 1925, 479, e O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, in *ZSS* 47, 1927, 24 [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND und F. D'IPPOLITO*, IV (1915-1932), Napoli 1992, 514, da cui citeremo] appuntavano il tratto '*et ideo-tribuitur*' (v. anche A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927, 64 nt. 2, che in alternativa proponeva di espungere come un'inutile ripetizione la proposizione '*facultatem-accipit*', e F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, 401, 417 nt. 17, che parrebbe comunque salvare le parole '*et ideo-condemnatus*'). A parer nostro, però, entrambi i segmenti di cui consta la parte di testo che abbiamo riportato ('*Decem-accipit*'; '*et ideo-tribuitur*') meritano fede; e le stesse parole '*his enim solis condemnatus*', che pure a prima vista sembrerebbero contraddire la precedente affermazione '*Decem aut noxae dedere condemnatus*', ci appaiono piuttosto utili a chiarirne meglio la portata: il convenuto con un'azione nossale, se condannato a pagare dieci o a dare a nozza il colpevole, doveva intendersi propriamente condannato soltanto a pagare dieci (in conformità al noto principio della *condemnatio* pecuniaria nel processo formulare: v. Gai 4.48), non essendo la *noxae deditio* anch'essa '*in obligatione*' bensì semplicemente '*in solutione*' (o, come pure si usa dire, '*in facultate solutionis*'). In altre parole, dalla lettura combinata delle suddette dichiarazioni si evince che nelle azioni nossali la *condemnatio*, benché formulata in termini disgiuntivi (o pagare la *litis aestimatio* o procedere alla *noxae deditio*), era in effetti, più che una *condemnatio* alternativa, una *condemnatio* semplice (al pagamento della *litis aestimatio*) con facoltà alternativa (di dare a nozza il colpevole fino al compimento della *litis contestatio* nell'*actio iudicati*). In tal senso v. anche, fra tanti, S. ZIMMERN, *Das System cit.*, 161 s.; ID., *Traité des actions*² cit., 164 s. O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II.1 cit., 1171 s.; P. JÖRS/W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*³, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, 168 nt. 4; G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 127; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law*³ cit., 601 e nt. 6, 660 e nt. 11. Quanto, poi, all'espressione '*facultas noxae dedendae*', che pure è stata oggetto di critiche, v. quel che osserviamo nella successiva nota.

¹⁸ Nel testo si parla di una '*facultas noxae dedendae*', espressione in cui '*noxae*' ricorre nel significato, ritenuto da molti non classico, di '*corpus quod nocuit*' (v. I. 4.8.1): di qui il sospetto di un'interpolazione (così B. BIONDI, *Problemi cit.*, 378 s.) o di un errore di un copista o dello stesso Ulpiano (di tale avviso O. LENEL, *Die Formeln cit.*, 501 s.; Z. LISOWSKI, v. '*Noxa/noxia*', in *PWRE Suppl.* 7, Stuttgart 1940, 604; F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, 540 nt. 9; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 132 nt. 570) in luogo di un originario o comunque più corretto riferimento a una '*facultas noxae dedendi*'. Sebbene relativamente poche, tuttavia, le testimonianze classiche in cui '*noxae*' allude al corpo del delinquente – testimonianze, quasi tutte, di Ulpiano [oltre al passo in commento v. D. 5.3.20.5 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 9.1.1.16 (Ulp. 18 *ad ed.*) e C. 3.41.3 (Diocl. et Maxim., a. 293), in cui pure si discorre di una '*facultas noxae dedendae*', nonché D. 9.3.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 43.24.7.1 (Ulp. 71 *ad ed.*); v. anche I. 4.17.1] – sono secondo noi bastevoli per autorizzare a credere che già ad esse, in effetti, risalga l'uso del termine nel significato di cui discutiamo. Si veda del resto D. 9.4.42.2 (Ulp. 37 *ad ed.*), in cui nel cenno non sospetto a una '*servi dedendi facultas*' si può scorgere un corrispettivo della locuzione '*facultas noxae dedendae*'.

¹⁹ A questo limite, per la cui *ratio* rinviamo alle osservazioni di P. GRÖSCHLER, *Considerazioni sulla funzione della responsabilità nossale in diritto romano*, in *Studi in onore di A. Metro*, III, a cura di C. RUSSO RUGGERI, Milano 2010, 217 s., fa espresso riferimento D. 5.3.20.5 (Ulp. 15 *ad ed.*): ... *tamdiu quis habet noxae dedendae facultatem, quamdiu iudicati conveniatur, post susceptum iudicium non potest noxae dedendo se liberare rell.*

²⁰ Di analogo avviso v. già, fra molti, O. KARLOWA, *Der römische Civilprozess zur Zeit der Legisactionen*, Berlin 1872, 121; ID., *Römische Rechtsgeschichte* II.1 cit., 1171, che pensava altresì alla *lex Aquilia*; B. BIONDI, *Le actiones noxales cit.*, 275, 280 e nt. 4; S. MORGESE RASIEJ, *Sul regime della nossalità nelle XII*

In particolare, si potrebbe pensare che secondo l'*interpretatio prudentium* il fondamento legale della *facultas noxae dedendi* consentisse e anzi imponesse al giudice di assolvere il convenuto pur quando questi desse a noxa il servo già durante il giudizio. Ma anche questa spiegazione, a parer nostro, non può essere accolta²¹ se solo si considera che nella formula delle azioni nossali, come è opinione largamente diffusa²² e per noi incontestabile,²³ la *condemnatio* si appuntava sull'alternativa fra il pagamento della *litis aestimatio* e la dazione a noxa del sottoposto.²⁴ La stessa presenza nella *condemnatio* formulare della clausola della *noxae deditio*, infatti, dimostra che il giudice non sarebbe stato altrimenti legittimato a consentire al *iudicatus* di dare a noxa il colpevole nonostante il fondamento legale di una siffatta facoltà; ragion per cui, analogamente, non crediamo che il giudice avrebbe potuto assolvere il convenuto nell'ipotesi di una *noxae deditio* effettuata prima della sentenza se non sul presupposto dell'inserimento nella formula di una apposita clausola che a ciò lo autorizzasse: la clausola arbitraria.²⁵

3. A favore dell'ipotesi che avanziamo, peraltro, depongono ulteriori elementi. A parte i frequenti riferimenti in materia nossale all'*officium* e all'*arbitrium iudicis*,²⁶ si può citare anzitutto

Tavole, in AG 211, 1991, 319, 321, 326. Per la previsione della *noxae deditio* nelle XII Tavole v. anche Fest. v. *noxia* (180 L.): *cum lex iubet noxae dedere, pro peccato dedi iubet*, ove pure non dubitiamo che la *lex* a cui si rinvia sia quella decemvirale; Paul. Sent. 2.31.7, che sembra una parafrasi di XII Tab. 12.2a [ed. FIRA, I², *Leges*, Florentiae 1968, 72] e a cui è da accostare Ed. Theod. 117; nonché, in tema di *actio de pauperie*, D. 9.1.1.1 (Ulp. 18 *ad ed.*), che richiama espressamente le XII Tavole. Arg. inoltre ex Gai 4.75-76 e I. 4.8 pr. e 4.

²¹ Alla spiegazione in discorso – è appena il caso di rilevare – non può offrire alcun appiglio I. 4.17 pr.-1: [pr.] *Superest, ut de officio iudicis dispiciamus. et quidem in primis illud observare debet iudex, ne aliter iudicet, quam legibus aut constitutionibus aut moribus proditum est*. [1] *Et ideo si noxali iudicio addictus est, observare debet, ut, si condemnandus videbitur dominus, ita debeat condemnare: 'Publium Maevium Lucio Titio decem aureis condemno aut noxam dedere'*. Si intende infatti che il passo è da inquadrare nel sistema del processo giustiniano, quando ormai la *facultas noxae dedendi* non poteva essere negata al convenuto, anche dopo una sentenza di condanna, sul mero presupposto della sua derivazione '*ex lege*' [D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*)] e non era più altresì necessaria, come nel processo formulare (v. appresso nel testo), una espressa autorizzazione del giudice nella formula.

²² V. per tutti M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 343 e nt. 12, con citazione di altra letteratura.

²³ Oltre a D. 42.1.6.1 (Ulp. 66 *ad ed.*), che è la fonte principale e che più su abbiamo riportato nel testo, sono particolarmente utili a suffragare tale opinione D. 9.3.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.3.5.6 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 47.2.42 pr. (Paul. 9 *ad Sab.*); I. 4.17.1.

²⁴ Per il senso in cui intendere questa alternativa v. *supra*, nt. 17.

²⁵ In contrario non vediamo come l'integrazione della *condemnatio* con la clausola della *noxae deditio* avrebbe potuto consentire al convenuto di liberarsi mediante quest'ultima già durante il giudizio. In tal senso v. invece O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte* II.1 cit., 1169; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*², München 1971, 632; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 537; 4, ai quali *adde*, implicitamente, S. VIARO, *Azioni penali* cit., 645 nt. 17.

²⁶ P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., 350 nt. 1, prendendo esclusivamente in considerazione D. 9.4.19 pr. (Paul. 22 *ad ed.*) e un altro testo che per una svista citava come D. 9.4.1, con probabile riferimento a D. 9.4.14.1 (Ulp. 18 *ad ed.*), ne svalutava la portata in base al rilievo che in una qualunque azione, anche non arbitraria, il giudice sarebbe stato legittimato a prendere determinate misure in virtù del suo *officium* (analogamente W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 114 nt. 8; ID., *A*

D. 4.3.9.4 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Et si servum pignoraturnoxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus: de dolo teneris, si apparuerit esse eum pigneri datum.*²⁷

Non è essenziale qui addentrarsi nell'esame della fattispecie e della decisione a cui essa mette capo.²⁸ Basta ai nostri fini considerare la generica ipotesi '*si servum ... noxae mihi dederis per iudicem et sis absolutus*'. Ora, l'espressione '*per iudicem*' non ci parrebbe dar senso se le azioni nossali non fossero state azioni arbitrarie. In tal caso, anche a prescindere dal problema di come giustificare il potere del giudice di assolvere nella specie il convenuto,²⁹ sarebbe stato comunque quest'ultimo a dovere offrire di dare a nosa il servo in pendenza della lite; mentre la suddetta espressione ci sembra piuttosto suggerire che la *noxae deditio* avrebbe potuto essere eseguita prima della sentenza³⁰ solo in dipendenza di un'iniziativa del giudice e dei relativi poteri a lui a tal fine conferiti: 'qualora tu' – scrive Ulpiano – 'mi abbia dato a nosa un servo oppignorato per tramite del giudice e sia stato assolto'. Il modo in cui il giurista si esprime, insomma, impone secondo noi di ritenere che, in conformità alla natura arbitraria dell'azione, sarebbe stato il giudice a sollecitare e autorizzare a un tempo il convenuto a dare a nosa il servo *pendente iudicio*, con il risultato di doverlo assolvere una volta che egli avesse così soddisfatto l'attore.

Si legga poi

D. 43.1.5 (Paul. 13 *ad Sab.*): *Interdicta noxalia ea sunt, quae ob delictum eorum, quos in potestate habemus, dantur, veluti cum vi deiecerunt aut vi aut clam opus fecerunt. sed officio iudicis continetur, ut dominum sua impensa opus restituentem absolvat: patientiam tollendo operi praestantem noxae dedere iubeat et absolvat, si non dedat, quantum impensae in tollendo opere erogatum sit, tanti condemnet: si neque patientiam praestet neque ipse tollat, cum possit, in tantum condemnet, in quantum iudex aestimaverit, atque si ipse fecisset.*

In passato la prevalente dottrina negava in radice la classicità del brano nella convinzione, facente capo a Biondi,³¹ che gli interdetti nossali fossero una creazione di Giustinia-

*Text-book of Roman Law*³ cit., 660 e nt. 10); ma ai due passi che egli richiamava sono almeno da aggiungere (a parte I. 4.6.31) D. 5.3.20.5 (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 5.3.40.4 (Paul. 20 *ad ed.*); D. 9.4.17.1 (Paul. 22 *ad ed.*).

²⁷ La genuinità del passo ci appare sicura nonostante i dubbi, rimasti isolati, di W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 118. In senso critico v. anche B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'a. de dolo*, in AUPA 28, 1961, 261 s., che riconosceva comunque il contenuto classico del brano.

²⁸ Per un approfondimento sul punto cfr. almeno W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 117 s.; B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 305, 323; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El regimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, 329 s.

²⁹ V. in proposito le considerazioni che abbiamo svolto nel precedente paragrafo.

³⁰ Inammissibile ci appare la congettura di W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 118, per il quale Ulpiano, scrivendo erroneamente '*absolutus*' in luogo di '*officio iudicis liberatus*', potrebbe essersi riferito al compimento della *noxae deditio* dopo la pronuncia di una sentenza di condanna. In tale ipotesi, oltretutto, non potrebbe giustificarsi il ricorso all'*actio de dolo* – notoriamente sussidiaria [v. D. 4.3.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*)] – in quanto il condannato che avesse dato a nosa un *servus pigneratus* sarebbe stato convenibile con l'*actio iudicati* [v. D. 46.3.69 (Cels. 24 *dig.*), da confrontare con D. 42.1.4.8 (Ulp. 58 *ad ed.*)].

³¹ B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 78 ss.

no.³² Ma con argomenti persuasivi già Berger,³³ il cui punto di vista si è ormai imposto,³⁴ ha fatto giustizia di questa opinione; sicché dallo schema '*noxae dedere iubeat et absolvat*,³⁵ *si non dedat ... condemnet*', che richiama quello tipico delle azioni arbitrarie, ci sembra lecito inferire che la clausola arbitraria doveva essere presente, come nella formula delle azioni proposte sulla base degli interdetti nossali, anche in quella delle azioni nossali ordinarie (da cui supponiamo, anzi, che essa sia trasmigrata nella *conceptio verborum* delle azioni scaturenti dagli omonimi interdetti).

4. Bisogna dunque concludere che il giudice, accertata la colpevolezza dell'accusato, dovesse invitare il convenuto a farne la *noxae deditio* e condannarlo solo se questa non veniva eseguita. Ma *quid iuris* se il convenuto fosse stato contumace, rifiutandosi di ottemperare al *iussus iudicis*, ovvero, privandosi dolosamente della *potestas* sul servo, si fosse posto nelle condizioni di non poterlo dare a nozza?³⁶ Sarebbe stato l'attore a determinare in tal caso l'ammontare della *litis aestimatio* mediante il ricorso al *iusiurandum in litem*? La domanda sorge spontanea se pensiamo al noto impiego di tale mezzo nelle azioni arbitrarie,³⁷ ma non può che ricevere una risposta negativa.³⁸ Certo, il fatto stesso che nella relativa formula, come crediamo, fosse presente la clausola arbitraria, nella quale si deduceva in generale un comportamento atto a realizzare in forma specifica il *desiderium* dell'attore³⁹ e a mitigare così il principio della condanna pecuniaria, suggerisce che l'azione nossale era di per sé diretta, più che al pagamento della pena, alla *noxae deditio*,⁴⁰ al cui mancato compi-

³² Sulla scia di B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 94 ss., 269, v. almeno O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 451 s., 483 e ntt. 5-6; G. SEGRÈ, *Obligatio* cit., 369 nt. 249; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 610; F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 482; P. BERETTA, *Interdetti in praesens e in praeteritum*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1953, 157 nt. 1; W.W. BUCKLAND, *A Text-book of Roman Law*³ cit., 736 nt. 6; M. KASER, *Restituere*² cit., 24 nt. 5, 29 nt. 2, 112 e nt. 2 (ma diversamente in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 412 nt. 33, come già in ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 321 nt. 33). Per altre critiche rivolte al passo, ma comunque non idonee, a nostro avviso, a infirmarne la sostanza, v. gli autori citati nell'*Index itp. ad h.l.*

³³ A. BERGER, *Interdicta noxalia*, in *Eos, Commentarii Societatis Philologiae Polonorum*, XLVIII.1, *Symbolae Raphaeli Taubenschlag dedicatae*, Vratislaviae-Varsaviae 1956, 395 ss. V. anche ID., v. '*Interdictum*', in *PWRE* 9.2, Stuttgart 1916, 1624 s.

³⁴ V. per tutti M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 412 e nt. 33.

³⁵ TH. MOMMSEN, *Dig. ad h.l.*, proponeva di inserire prima di '*absolvat*' le parole '*si dedat*'; ma anche senza questa aggiunta il senso da essa reso esplicito appare comunque chiaro in considerazione dell'ipotesi (*si non dedat*) a cui appresso si collega l'opposta alternativa della condanna.

³⁶ Nel prosieguo del discorso faremo riferimento per comodità espositiva alla sola ipotesi della *contumacia*.

³⁷ V. per tutti M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 339 s.

³⁸ In tal senso v. già C. ACCARIAS, *Précis* II cit., 1184.

³⁹ Istruttivo al riguardo può essere il confronto di I. 4.6.31, per quanto concerne il riferimento al *satisfacere* nelle azioni arbitrarie, con D. 2.8.1 (Gai. 5 *ad ed. prov.*): ... *satisfacere dicimur ei, cuius desiderium implemus* rell. V. anche D. 45.1.5.3 (Pomp. 26 *ad Sab.*): ... *id, quo quis contentus erat, ei praestabatur, satis fieri dictum est* rell.

⁴⁰ Sul piano del diritto sostanziale, dunque, ci sembrano nel giusto quanti in passato si sono rappresentati l'obbligazione nossale di età classica (almeno nel suo funzionamento pratico e prima dell'eventuale contestazione della lite) come un'obbligazione avente ad oggetto la *noxae deditio* e in *facultate solutionis* il pagamento della pena: così, ad esempio, C. ACCARIAS, *Précis* II cit., 1154, 1178; P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., 351 s.; ID., *Les actions noxales*, in *NRHD* 12, 1888, 48 (= *Mélanges de Droit romain*, II. *Droit*

mento si subordinava nella specie la condanna del convenuto. È quindi del tutto logico supporre che quest'ultimo non potesse frustrare l'interesse dell'attore all'appropriazione del colpevole senza esporsi a una sanzione; e si intende che in astratto la determinazione della *litis aestimatio* per mezzo del *iusiurandum in litem* avrebbe senz'altro aggravato la posizione del contumace per via della presumibile stima al rialzo da parte dell'attore del danno arrecatogli (danno a cui avrebbe dovuto commisurarsi l'importo della pena). D'altra parte, però, le fonti non recano alcuna traccia dell'impiego in materia nossale del giuramento estimatorio e fanno anzi intendere che il convenuto con un'azione nossale sarebbe stato se del caso condannato al pagamento di una pena non eccedente quella che gli sarebbe stata inflitta se fosse stato lui stesso l'autore del delitto:⁴¹ il che può ben giustificarsi. In fondo la condanna in un'azione nossale, sia pure con la facoltà di liberarsi dall'obbligo di pagare la *litis aestimatio* mediante la *noxae deditio*,⁴² appare già di per sé una sanzione della *contumacia* del soccombente se poniamo mente al fatto che si trattava di una condanna per un delitto non proprio; e ciò tanto più che il condannato avrebbe potuto perdere la stessa *facultas noxae dedendi* per cause indipendenti dal suo volere⁴³ e che comunque l'avrebbe perduta con l'eventuale contestazione della lite nell'*actio iudicati*.⁴⁴

privé et procédure, Paris 1923, 371); ID., in P.F. GIRARD/F. SENN, *Manuel*⁸ cit., 723, 725; C. FERRINI, *Manuale di Pandette*³, Milano 1908, 731 nt. 2; G. DONATUTI, *Lo statulibero* cit., 171. Di diverso avviso appare invece la dottrina oggi prevalente, propensa piuttosto a concepire il rapporto fra la *noxae deditio* e il pagamento della pena in un senso diametralmente opposto: v., fra tanti, H. HONSELL, in H. HONSELL/TH.MAYER-MALY/W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin et al. 1987, 222, 382 e nt. 4; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 89, 619; R. FERCIÀ, *La responsabilità per fatto di ausiliari nel diritto romano*, Padova 2008, 119; A. SACCOCCIO, *Aliud pro alio consentiente creditore in solutum dare*, Milano 2008, 300 e nt. 24; A. MANNI, *Mors omnia solvit. La morte del reus nel processo criminale romano*², Napoli 2013, 133 nt. 68.

⁴¹ Ciò si desume chiaramente dallo speciale regime introdotto dal pretore per il caso di un furto commesso da una *familia* di schiavi [D. 9.4.31 (Paul. 7 *ad Plaut.*); D. 47.6]. La specialità stessa di tale regime, per cui al *dominus* era consentito pagare la *litis aestimatio* come se a commettere il furto fosse stato un solo uomo libero (*si unus liber furtum fecisset*), impone infatti di inferire *e contrario* che altrimenti (e dunque secondo il regime ordinario) il *dominus* avrebbe dovuto pagare per ciascuno dei servi componenti la *familia* una pena comunque corrispondente a quella dovuta da un uomo libero, non una pena superiore (quale è da supporre sarebbe stata una pena determinata per mezzo del *iusiurandum in litem*).

⁴² V. *supra*, nt. 17.

⁴³ Si pensi per tutti al caso della morte naturale del servo.

⁴⁴ V. *supra*, nt. 19.

GIACOMO D'ANGELO
(Università di Palermo)

Sulla difesa del servo assente da parte del terzo
nel processo nossale classico.
A proposito di D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 *ad ed.*)

ABSTRACT

The paper aims to revise the traditional opinion, based on D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 *ad ed.*), that in the noxal proceeding a *non dominus* could never defend a slave absent *in iure*. According to the author no technical reason justifies this opinion and D. 9.4.39.1 (Iul. 9 *dig.*) contradicts it. Therefore D. 9.4.21.1 should be interpreted in a different way: a *non dominus* could defend a slave absent *in iure* by giving a positive answer to the *interrogatio* '*an servus in potestate eius sit*'; otherwise he would have to produce the slave in court, if in possession of him, in order to allow the claimant the *ductio*.

PAROLE CHIAVE

Azioni nossali; *defendere servum*; *non dominus*; *interrogatio in iure*; *actio ad exhibendum*.

SULLA DIFESA DEL SERVO ASSENTE DA PARTE DEL TERZO NEL PROCESSO NOSSALE CLASSICO. A PROPOSITO DI D. 9.4.21.1 (ULP. 23 AD ED.)*

1. Secondo un'opinione che poggia tradizionalmente su

D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 ad ed.): *Eos, quorum nomine noxali iudicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit, sed hoc ita demum, si proprii sint servi: nam si alieni, praesentes esse oportet, aut si dubitetur, utrum proprii sint an alieni. quod ita puto accipiendum, ut si constet vel bona fide servire, etiam absentes possint defendi*¹

nel processo nossale di età classica² lo schiavo accusato, mentre avrebbe potuto non comparire *in iure* se ad assumerne la difesa – contestando la lite – fosse stato il *dominus* (al quale per i più sarebbe stato equiparato il possessore di buona fede), avrebbe dovuto essere

* Il testo di questo contributo riproduce, con l'aggiunta delle note a piè di pagina e qualche integrazione, il contenuto di un nostro intervento a un incontro di studio dal titolo «Spunti e riflessioni sul processo civile romano a quarant'anni da 'la *denegatio actionis*'. Per gli ottanta anni di Antonino Metro» (Messina, 13-14 giugno 2017).

¹ Isolata è rimasta la critica di G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 46, 1926, 113, fondata sulla tesi preconcepita che nel processo nossale non sarebbe mai stato possibile difendere uno schiavo assente; mentre altre censure, meno radicali, non toccherebbero comunque la sostanza del brano per la parte (*Eos-an alieni*) che più ci interessa: cfr. variamente O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (in seguito EP³), Leipzig 1927, 161 e ntt. 3-4, 163 nt. 2; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927, 58 s. nt. 1; F. DE VISSCHER, *La nature juridique de l'abandon noxal*, in RHD 9, 1930, 433 nt. 3 lett. a; ID., *Le régime romain de la noxalité. De la vengeance collective à la responsabilité individuelle*, Bruxelles 1947, 269 nt. 37 lett. c; C. SANFILIPPO, *Interrogatio in iure (profilo storico)*, in Il Circolo giuridico 10.1, 1939, irripetibile [= *Scritti giuridici raccolti per il centenario della casa editrice Jovene, 1854-1954*, Napoli 1954 (con l'aggiunta di una *Postilla*), 651 s., da cui citeremo]; G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, II, Padova 1950, 150 s. (= *Scritti giuridici scelti*, I, *Diritto romano*, a cura di G. SACCONI e I. BUTI, Napoli 1985, 486 s., da cui citeremo); H.-D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994, 87 e nt. 13. Anche la chiusa (*quod-defendi*), tuttavia, non ci appare sospetta. In difesa della sua genuinità v. per tutti A. WACKE, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers. Grenzen prozessualistischer Betrachtungsweise der römischen Rechtsquellen*, in H. HÜBNER/E. KLINGMÜLLER/A. WACKE (a cura di), *Festschrift für E. Seidl zum 70. Geburtstag*, Köln 1975, 203 s. nt. 92.

² Per un primo orientamento sui lineamenti essenziali del processo nossale classico v. per tutti M. KASER, in M. KASER/K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*², München 1996 (in seguito RZ²), spec. 254 ss., 278 s., 342 s., con ampi riferimenti bibliografici.

presente in tribunale se difeso da un 'terzo' o '*non dominus*', come si usa dire e anche noi d'ora innanzi diremo (senza considerare il possessore di buona fede e avendo così riguardo esclusivamente al *dominus*).³

Al terzo o *non dominus* (cui si ritiene in genere fosse da assimilare anche un soggetto di cui si dubitasse se fosse o no il padrone del servo)⁴ la dottrina comune – beninteso – pensa in termini sostanziali, astraendo dal ruolo che nel processo – come vedremo – svolgeva l'istituto della *interrogatio in iure* e dal caso di una eventuale risposta positiva, non conforme al vero, dell'interrogato. In altre parole, dovremmo ammettere che un terzo non possessore di buona fede, pure se *in iure* avesse dichiarato che il servo assente gli apparteneva, non sarebbe stato comunque legittimato a difenderlo per il difetto obiettivo della qualità di *dominus* ove in seguito la sua risposta si fosse palesata falsa. La verità c.d. materiale sarebbe in tal modo prevalsa sulla contraria dichiarazione dello stesso terzo e gli avrebbe imposto di esibire *in iure* lo schiavo quando egli fosse stato ancora disposto ad assumerne la difesa.

Ebbene, così precisata fin dove logicamente conduce (per quanto non sempre, invero, i suoi seguaci mostrino di trarne tutte le conseguenze), l'opinione tradizionale non ci pare condivisibile.⁵

Criticamente passeremo anzitutto in rassegna le principali spiegazioni addotte in dot-

³ Per questa interpretazione del passo cfr., fra molti, J.C. NABER, *De vindicibus et defensoribus*, in Mnemosyne 21, 1893, 379 e nt. 8; ID., *Ad noxales actiones*, in Mnemosyne 30, 1902, 172 nt. 6; O. LENEL, *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, in ZSS 20, 1899, 7 s. [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND und F. D'IPPOLITO*, II (1892-1902), Napoli 1990, 411 s., da cui citeremo]; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 1173; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 102 e nt. 6; J. PARTSCH, Rec. a O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*², in ZSS 31, 1910, 412; B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in AUPA 10, 1925, 291 s.; F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, 275 e nt. 49, 355 e ntt. 12-13, 355 s. nt. 16, 359 e nt. 24, 392; ID., *Il sistema romano della nossalità*, in IVRA 11.1, 1960, 54 s.; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*', in PWRE Suppl. 7, Stuttgart 1940, 638; G. PUGLIESE, *Il processo formulare*, II, Torino 1950, 84; ID., *Appunti cit.*, 482 s.; ID., *Obbligazione del capofamiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, I, Milano 1953, 264 s. (= *Scritti I cit.*, 524 s., da cui citeremo); ID., *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma*, in RISG 16, 1972, 99 (= *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano 1974, che non abbiamo potuto consultare = *Scritti I cit.*, 555, da cui citeremo); M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1957, 242 e ntt. 182-183, 505 s.; M. KASER, Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum cit.*, in Labeo 5, 1959, 225 nt. 14; ID., in M. KASER/K. HACKL, *RZ*² cit., 254 nt. 18; F. BOZZA, *La nozione della possessio*, II. *Epoca classica*, Siena 1964, 199; A. WACKE, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation cit.*, 203 s. nt. 92; M. SARGENTI, *Riflessioni sui problemi della responsabilità nossale*, in Labeo 23, 1977, 339 s. [= *Scritti di Manlio Sargenti (1947-2006)*, a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli 2011, 955 s., da cui citeremo]; G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976, 44 e nt. 30; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, 188 s., 223 nt. 171; H.-D. SPENGLER, *Studien cit.*, 96, 108.

⁴ Diversamente B. BIONDI, *Le actiones noxales cit.*, 291, per il quale il convenuto, nel dubbio circa la sua qualità di *dominus* dello schiavo, avrebbe dovuto piuttosto equipararsi al proprietario.

⁵ A suo fondamento, oltre che D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 *ad ed.*), F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, 355 s. nt. 16, invocava D. 9.4.26.6 (Paul. 18 *ad ed.*). Ma è appena il caso di rilevare che qui l'esibizione del servo quale condizione della sua difesa da parte del titolare del *nudum ius Quiritium* (nell'ipotesi in cui il pretore avesse disposto una riapertura del processo dopo che lo schiavo, essendo rimasto indifeso, fosse stato *ductus* dall'attore) si spiega agevolmente in ragione della particolarità della fattispecie: non sarebbe stato equo che il proprietario civile, se condannato, non avesse avuto la possibilità di sottrarsi al pagamento della pena dando a nosa lo schiavo, ormai *in bonis* dell'attore; onde l'imposizione a quest'ultimo dell'obbligo di esibire il servo.

trina per cercare variamente di giustificarla: fatto già sintomatico, ai nostri occhi, della sua intrinseca debolezza proprio per la mancanza di una spiegazione univoca atta a imporsi con generale consenso.

2. A prima vista, forse, potrebbe persuadere Lenel:⁶ «wenn Dritte überhaupt zur defension servi zugelassen werden, dies nicht im Interesse des Slaven, sondern nur in dem des abwesenden Herrn geschieht. Dieser aber hat ein Interesse an der Defension des Slaven nur dann, wenn derselbe ohne sie der Gefahr der ductio ausgesetzt wäre, die bei Abwesenheit des Slaven unmöglich ist». Senonché, a parte il fatto che un *non dominus* poteva difendere il servo per un interesse anche proprio,⁷ a Lenel – nella prospettiva di una diversa ricostruzione del processo nossale che sarà più chiara nel prosieguo del nostro discorso – possiamo obiettare ciò: che un terzo, nonostante lo schiavo non fosse presente in tribunale, poteva ugualmente essere indotto ad assumerne la difesa, nei modi che vedremo, proprio per non essere altrimenti costretto a esibirlo ai fini della *ductio*.⁸

Da respingere ci sembra pure la spiegazione di De Visscher,⁹ per il quale, «Essendo il terzo privo di ogni potere sulla persona dell'incolpato», solo la presenza *in iure* di quest'ultimo avrebbe assicurato «alla vittima la possibilità di una eventuale *ductio iussu praetoris* ... nel caso in cui il terzo» avesse rinunciato «a pagare la condanna lasciando alla vittima il diritto di impadronirsi del colpevole». Ora, De Visscher intendeva per 'terzo' «ogni persona capace, anche se né proprietaria o titolare di diritti reali, né in possesso dell'incolpato, e anche se sfornita di ogni titolo di rappresentanza – *cognitor* o *procurator* – nei riguardi del ... *dominus*»;¹⁰ il che contrasta con la più ampia nozione di terzo che il dettato di D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 *ad ed.*) imporrebbe in effetti di accogliere alla stregua dell'interpretazione qui criticata: ossia – come abbiamo premesso – quella di qualunque soggetto (ovviamente dotato della c.d. capacità processuale) diverso dal *dominus* e dal possessore di buona fede del servo accusato. Ma prescindiamo pure da tale rilievo; e prescindiamo altresì dal fatto che un terzo soccombente che non avesse voluto pagare la *litis aestimatio* avrebbe dovuto dare a nosa il colpevole anziché, come supponeva De Visscher, consentirne la *ductio*.¹¹ L'obiezione più grave, e per noi insuperabile, è piuttosto un'altra: un *non dominus* condannato, quand'anche non avesse potuto o voluto dare a nosa lo schiavo (ovvero esi-

⁶ O. LENEL, *Nachträge* cit., 412.

⁷ Così certamente avveniva, ad esempio, quando a essere accusato fosse un servo in usufrutto o dato in pegno. In tal caso, infatti, l'usufruttuario e il creditore pignoratizio, se non avessero difeso lo schiavo in assenza del *dominus*, ne avrebbero subito la *ductio* e si sarebbero visti denegare l'azione spettante a tutela dei loro diritti (con la conseguente estinzione dell'usufrutto una volta trascorso il periodo del *non usus* e del pegno *ipso iure*): v. D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*); D. 2.9.3 (Ulp. 7 *ad ed.*); D. 9.4.27 pr. (Gai. 6 *ad ed. prov.*).

⁸ A un ordine di idee simile, seppure non coincidente con il nostro (per cui v. *infra*, §§ 3-3.1), perveniva del resto lo stesso Lenel in una successiva riformulazione del suo pensiero [v. già *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*² (in seguito EP²), Leipzig 1907, 158 e nt. 1 = EP³ cit., 163 e nt. 2, 164]. Lo studioso tedesco giungeva infatti ad ammettere che, sebbene legittimato a difendere un servo assente *in iure* fosse soltanto il *dominus*, anche un terzo che ne avesse la disponibilità di fatto avrebbe potuto assumerne la difesa quando l'attore non si fosse a ciò opposto pretendendo l'esibizione dello schiavo in vista della *ductio* o della *noxae deditio*.

⁹ F. DE VISSCHER, *Il sistema* cit., 55.

¹⁰ F. DE VISSCHER, *Il sistema* cit., 54.

¹¹ Arg. ex D. 9.4.17.1 i.f. (Paul. 22 *ad ed.*) e D. 9.4.27.1 (Gai. 6 *ad ed. prov.*). Per una differenza di effetti fra la *ductio* e la *noxae deditio*, pure se compiuta a *non domino*, v. G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 485 nt. 1.

birlo ai fini della *ductio*, per seguire fedelmente il pensiero di De Visscher), avrebbe dovuto comunque pagare la *litis aestimatio*; e ciò – crediamo – avrebbe garantito sufficientemente l'attore, tanto più che il terzo non sarebbe stato ammesso a contestare la lite se non dopo aver prestato una *satisfactio iudicatum solvi*.¹² Perché, dunque, esigere ulteriormente che il servo fosse presente *in iure*?

Certo non potremmo pensare, ponendoci da un altro angolo visuale, che tale presenza fosse richiesta nell'interesse medesimo del terzo anziché dell'attore, per evitare che egli, se condannato, potesse altrimenti trovarsi impossibilitato a dare a nosa il colpevole e costretto così a pagare in ogni caso la *litis aestimatio*. Sarebbe infatti agevole replicare che – a parte possibili meccanismi di rivalsa nei confronti del *dominus*¹³ – rientrava in fin dei conti nell'autonomia dei terzi, non vincolati all'azione, decidere se contestare o meno la lite e assumersi eventualmente i relativi rischi.

Né il problema ci pare trovare un'adeguata soluzione nella prospettiva ancora diversa in cui si colloca Marrone.¹⁴ Per questo studioso la necessaria presenza *in iure* del servo, quando ad assumerne la difesa fosse intervenuto un terzo, sarebbe stata in epoca classica «un puro residuo storico, privo di ogni sostanziale significato»¹⁵ di un più antico regime risalente al sistema delle *legis actiones*; sistema in cui, non essendo di regola consentito *agere alieno nomine*,¹⁶ qualunque *non dominus* che avesse avuto la materiale disponibilità dello schiavo – si suppone – sarebbe stato costretto a esibirlo *in iure* per permetterne la *ductio*, senza poterlo in alternativa difendere. Tale ipotesi si lega strettamente all'idea che nel processo nossale classico il terzo stesse sempre in giudizio *alieno nomine*,¹⁷ quale sostituto del *dominus*,¹⁸ ma se pure con tale idea, in effetti, non si può che concordare da un punto di vista formale,¹⁹ l'ipotesi di Marrone ci appare controvertibile negli stessi presupposti su cui

¹² Si veda D. 9.4.39.1 (Iul. 9 *dig.*), che prenderemo in esame nel paragrafo successivo. L'obiezione che muoviamo a De Visscher può rivolgersi parimenti contro B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 291, convinto che solo il *dominus* potesse difendere un servo assente *in iure* poiché l'unico in grado di disporre pienamente ai fini della *noxae deditio*. Similmente v. pure G.L. FALCHI, *Ricerche* cit., 44, e M. SARGENTI, *Riflessioni* cit., 955 s.

¹³ V. per esempio D. 3.5.40(41) (Paul. 30 *ad ed.*) per il caso in cui il terzo avesse difeso il servo *ignorante* o *absente domino* in qualità di *negotiorum gestor* e avesse potuto così esercitare nei confronti del *dominus* l'*actio negotiorum gestorum contraria* per il rimborso delle spese sostenute.

¹⁴ M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 505 s.

¹⁵ Si noti come la specificazione «privo di ogni sostanziale significato» tradisca comunque la difficoltà di Marrone di trovare altrimenti una giustificazione al supposto requisito di cui discutiamo.

¹⁶ V. Gai 4.82.

¹⁷ In tal senso cfr. spec. G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 490 s.; ID., *Obbligazione del capofamiglia* cit., 523 s.; ID., *Nuove osservazioni* cit., 555.

¹⁸ Ciò anche quando, dunque, non rivestisse il titolo di *cognitor* o *procurator* e non difendesse il servo nell'interesse esclusivo del proprietario (v. *supra*, nt. 7).

¹⁹ Invero, il convenuto che *in iure* desse una falsa risposta positiva all'*interrogatio* di cui diremo *infra*, § 3 lett. b), così in pratica apparendo proprietario (civile o pretorio) o possessore di buona fede del servo (v. *infra*, § 3 lett. a), sarebbe stato in giudizio *proprio nomine* (in tal senso v. pure T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 212 s.; EAD., *De la qualité de défendeur à l'action noxale*, in RHD 60, 1982, 69 nt. 6, 71 s. nt. 18; W. SELB, Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., in ZSS 100, 1983, 686 lett. c; H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., 110 s. nt. 8) se e fino a quando non fosse venuta alla luce l'effettiva realtà dei fatti; ma d'altra parte, in tal caso, l'avversario non avrebbe neppure assunto nel processo la qualità di 'terzo'. Emergendo invece questa sua qualità (sin dall'avvio del procedimento o comunque nel corso della fase *in iure*), il convenuto, come poco più indietro si è accennato nel testo, sarebbe stato tenuto a prestare la

si fonda: proprio perché nel processo formulare, a differenza che nelle *legis actiones*, era consentito *agere alieno nomine*, non vediamo per quale ragione avrebbe dovuto imporsi al terzo disposto a contestare la lite di condurre *in ius* lo schiavo. In altri termini, una volta rimossa la supposta causa (l'inamissibilità di un *agere alieno nomine*) che avrebbe obbligato un *non dominus* nelle *legis actiones* ad esibire comunque l'accusato, senza la possibilità di difenderlo, non si comprenderebbe il motivo per cui quest'ultimo limite avrebbe dovuto irragionevolmente trascinarsi in un sistema nel quale non era più in alcun modo giustificato.

Non resterebbe così che aggrapparsi a una congettura di Pugliese:²⁰ «forse si riteneva che, quando erano assenti tanto lo schiavo che il *dominus*, un procedimento nossale non poteva iniziarsi, onde privo di base veniva a risultare l'intervento del terzo». Ma si tratterebbe allora di spiegare perché, assenti *in iure* sia lo schiavo che il *dominus*, un processo nossale non avrebbe potuto essere instaurato: spiegazione che Pugliese non offre e che noi non riusciamo a darci per nessun verso alla stregua di una determinazione in senso sostanziale della nozione di terzo.²¹

2.1. Si legga d'altronde

D. 9.4.39.1 (Iul. 9 *dig.*): *Qui alienum servum suum esse fatetur, quamvis noxali actione obligetur, nihilo minus causa cognita satisfacere debet: qui autem pro servo <suo>²² convenitur, satisfactione onerandus non est: non enim offert se defensionem alieni servi.*

Il testo fa parte di un più ampio squarcio²³ in cui Giuliano trattava di un'azione – il *iudicium sine noxae deditione* – promessa dal pretore nell'editto c.d. '*de noxalibus actionibus*' (d'ora innanzi EP § 58),²⁴ riportato in D. 9.4.21.2 (Ulp. 23 *ad ed.*); editto che – ci preme sottolineare – presupponeva l'assenza *in iure* del servo accusato.²⁵ In particolare, nel brano in questione si considerava l'ipotesi in cui il convenuto avesse dichiarato *in iure* di essere *dominus* di uno schiavo altrui²⁶ e la falsità di tale dichiarazione fosse poi emersa *causa cognita*.²⁷

satisfactio iudicatum solvi; e l'imposizione di tale obbligo, per quanto altrove abbiamo già rilevato (G. D'ANGELO, *Il concetto di potestas nell'editto de noxalibus actionibus. Per una ricostruzione della fase in iure del processo nossale classico*, Torino 2017, 31 nt. 50), deve indurre a concludere sulla scia di Pugliese (v. *supra*, nt. 17) che il terzo stesse in giudizio per conto dell'avente potestà.

²⁰ G. PUGLIESE, *Obbligazione del capofamiglia* cit., 525 nt. 1.

²¹ Sul punto v. *supra*, § 1.

²² Per questa integrazione v. gli autori a cui rinviamo in *Il concetto di potestas* cit., 30 nt. 46, dove (*ibid.*, nt. 47) difendiamo per il resto l'integrale genuinità del passo.

²³ V. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), Iul. 132, col. 338.

²⁴ V. O. LENEL, *EP*³ cit., 159 ss.

²⁵ È merito di O. LENEL, *Nachträge* cit., 412 s. (v. anche ID., *EP*³ cit., 160 s.) avere per primo evidenziato questo dato, ormai acquisito in dottrina come pacifico. Arg. ex D. 9.4.21.3-4 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 9.4.26.5 (Paul. 18 *ad ed.*).

²⁶ Per quanto abbiamo detto sulla connessione palingenetica del brano (della quale non teneva conto G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 87 s.; ID., *Appunti* cit., 458 nt. 3, 490, presupponendo la presenza dell'accusato in tribunale), l'ipotesi a cui accenniamo nel testo è da riferire più esattamente al caso di un convenuto che, interrogato *in iure* se avesse *in potestate* il servo assente (v. *infra*, § 3 lett. b), avesse dato a tale domanda una falsa risposta positiva.

²⁷ In adesione all'interpretazione prevalente (v., fra molti, R. SCHLESINGER, *Ueber die defensio bei Noxalklagen*, in ZRG 7, 1868, 209; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery* cit., 105 nt. 3; Z.

Ora, Giuliano aveva cura di precisare che in tal caso il terzo, benché in forza di quanto affermato restasse vincolato all'azione alla stregua di un vero *dominus*,²⁸ a differenza di quest'ultimo avrebbe nondimeno dovuto prestare (evidentemente in vista della contestazione della lite) la *satisfatio iudicatum solvi*,²⁹ mentre, a dispetto di quanto avremmo dovuto attenderci a voler seguire la dottrina tradizionale, nessun riferimento si fa nel passo all'ulteriore condizione cui si ritiene in genere subordinata la possibilità che a contestare la lite fosse un *non dominus*: ovvero che lo schiavo assente³⁰ dovesse comparire in tribunale. Il che ci pare confermare che tale condizione non era affatto richiesta.³¹

3. Si tratta allora di vedere come sia da intendere D. 9.4.21.1, la testimonianza su cui si fonda la *communis opinio*.

Per una chiara impostazione del discorso conviene richiamare anzitutto, schematizzando, alcuni risultati a cui siamo pervenuti in una recente indagine sul concetto di *potestas* in EP § 58,³² editto il cui testo, anche nell'opera originaria di Ulpiano,³³ segue immediatamente il passo che ci interessa.

a) Presupposto della legittimazione passiva alle azioni nossali (*actione noxali teneri*) per i delitti dei servi era secondo noi la *potestas* menzionata nell'editto testé citato;³⁴ termine con cui crediamo si alludeva al potere, giuridico e di fatto, di esibire lo schiavo ai fini di una eventuale *noxae deditio* in dipendenza del sussistere di due elementi: la proprietà civile

LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 642; F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 355 nt. 14, 392 nt. 39; ID., *Il sistema* cit., 57; G. PUGLIESE, *Nuove osservazioni* cit., 556; H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., 113), l'espressione '*causa cognita*' ci sembra da riferire a un sopravvenuto accertamento, da parte del magistrato giudicante, della mancanza nel convenuto della qualità di *dominus* più che a un apprezzamento dello stesso magistrato circa l'opportunità o meno di imporre a un terzo (la cui qualifica di *non dominus*, così, dovremmo presumere accertata *ab extrinseco*) di *satisfare* (v. oltre nel testo). Per un tale apprezzamento, a cui pensava G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 230; ID., *Appunti* cit., 490, prima di rivedere la sua opinione nel contributo sopra citato, non crediamo infatti poteva esserci spazio se il terzo, come si arguisce dal passo (*quamvis noxali actione obligetur*), non poteva più sottrarsi all'azione in forza della dichiarazione resa.

²⁸ Alla luce di questo termine di raffronto, per cui v. espressamente D. 11.1.8 (Paul. 22 *ad ed.*), vanno intese le parole '*quamvis noxali actione obligetur*' in considerazione del successivo '*nihilominus*' e del periodo finale '*qui autem servi*', dove alla posizione del terzo si contrappone quella dell'effettivo proprietario dello schiavo.

²⁹ A tale *satisfatio*, come anche a noi pare sicuro (v. già *Il concetto di potestas* cit., 30 s. nt. 49), si riferiva il giurista secondo la prevalente dottrina.

³⁰ V. infatti quanto abbiamo premesso all'esegesi del testo e ancora *supra*, nt. 25.

³¹ Non varrebbe obiettare che il terzo a cui alludeva Giuliano poteva essere un possessore di buona fede del servo [v. D. 16.1.26 (Ulp. 37 *ad ed.*)] e che, rivestendo tale qualità, egli – giusta la comune interpretazione di D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 *ad ed.*) – sarebbe stato equiparato al *dominus* nella facoltà di difendere l'accusato pure se questi non fosse stato presente *in iure*. Se assimilato a tali effetti al *dominus*, infatti, il possessore di buona fede avrebbe dovuto parimenti essere esonerato dal fornire la garanzia a cui si accenna nel brano.

³² G. D'ANGELO, *Il concetto di potestas* cit., 13 ss.

³³ O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig 1889 (rist. Graz 1960), Ulp. 681, col. 549.

³⁴ Ciò si evince chiaramente da più testi: cfr. spec. D. 9.4.22 pr.-1 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 9.4.23 (Gai. 6 *ad ed. prov.*); D. 9.4.24 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 9.4.29 (Gai. 6 *ad ed. prov.*); D. 11.1.16 pr. (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 11.1.17 (Ulp. 38 *ad ed.*); D. 47.2.17.3 (39 ? *ad Sab.*), in connessione al quale v. pure Paul. Sent. 2.31.37.

del servo o altre situazioni a essa equiparate (*in bonis* e possesso di buona fede) e la sua disponibilità materiale.³⁵

b) Di conseguenza, assente *in iure* lo schiavo, una sola a parer nostro era l'*interrogatio* che l'attore avrebbe rivolto al convenuto per definire – come meglio chiariremo a breve³⁶ – la questione della legittimazione passiva: l'*interrogatio* c.d. '*an servus in potestate eius sit*' (o '*an servum in potestate habeat*' o '*de potestate*'), di cui le fonti³⁷ semplificano spesso il contenuto riferendone la risposta (positiva) al solo *dominium*.³⁸

In aggiunta, poi, bisogna ancora fissare un punto.

c) In difformità da un'opinione diffusa per cui nel processo formulare la difesa dello schiavo accusato di un delitto si sarebbe ridotta all'accettazione della formula da parte del convenuto,³⁹ noi pensiamo con altri studiosi⁴⁰ che il '*defendere servum*', in materia nossale, si risolvesse anzitutto nel rispondere positivamente all'*interrogatio in iure*.

Due testi di Paolo, in particolare, ci sembrano suffragare questa idea.

Il primo è

D. 9.4.26.5 (Paul. 18 *ad ed.*): ... *liberum esse debet defendenti absentem servum huius edicti poenam evitare, id est ut sine sine noxae deditione conveniatur. et ideo si negaveris servum in tua potestate esse, postea fateri poteris, nisi si iam lis adversus te contestata est* rell.⁴¹

³⁵ Per questa concezione della *potestas* editale, a cui si oppone la sua interpretazione da parte della dottrina prevalente come un potere esclusivamente di fatto, v. già P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, in NRHD 11, 1887, 427 ss. (= *Mélanges de Droit romain*, II. *Droit privé et procédure*, Paris 1923, 328 ss., da cui citeremo); C. SANFILIPPO, *Interrogatio* cit., 652 ss.; G.L. FALCHI, *Ricerche* cit., 149 ss. V. anche A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff* I cit., 48, 54 s. nt. 1, 60 s. nt. 1, 62 s. (Anmerkung), che avanzava l'ipotesi di uno svolgimento storico della nozione della *potestas* da potere meramente giuridico (*dominica potestas*) a potere altresì materiale.

³⁶ V. *infra* nel testo, lett. c) e ivi nt. 50.

³⁷ V. D. 9.4.26.3 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 9.4.27.1 (Gai. 6 *ad ed. prov.*); D. 9.4.39.1 (Iul. 9 *dig.*); D. 11.1.8 (Paul. 22 *ad ed.*); D. 11.1.14 pr. (Iav. 9 *ex Cass.*); D. 11.1.15 pr.-1 (Pomp. 18 *ad Sab.*); D. 11.1.16.1 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 11.1.20 pr. (Paul. 2 *quaest.*); D. 16.1.26 (Ulp. 37 *ad ed.*).

³⁸ La prova più appariscente di tale semplificazione (dovuta presumibilmente alla circostanza che nel più dei casi il *dominus* aveva anche la materiale disponibilità del servo) ci sembra risiedere nel fatto che nei primi tre passi riferiti nella precedente nota [per D. 9.4.39.1 (Iul. 9 *dig.*) v. quanto abbiamo già rilevato *supra*, § 2.1 e ntt. 23 e 26; per gli altri due testi v. O. LENEL, *Palingenesia* I cit., Paul. 289, col. 998; ID., *Palingenesia* I cit., Gai. 133, col. 199] e nel penultimo (v. O. LENEL, *Palingenesia* I cit., Paul. 1283, col. 1184) si commentava EP § 58, concernente l'*interrogatio de potestate*.

³⁹ V. per tutti F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 353 e nt. 7; ID., *Il sistema* cit., 52.

⁴⁰ Cfr. G. DEMELIUS, *Die confessio im römischen civil-Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung*, Graz 1880, 310 s.; E. BETTI, *Le actiones ex responsione in iure del processo civile romano*, in Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino 50, 1914-15, 393 s.; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 169 s., 182, dalla quale dissentono H. ANKUM, Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., in IVRA 32, 1981, 237; M. SARGENTI, *Interrogatio in iure. Iudicium noxale. Iudicium sine noxae deditione* (Considerazioni su alcuni problemi della responsabilità nossale), in SDHI 48, 1982, 512 [= *Scritti* cit., 955 s.]; H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., 98 e nt. 6.

⁴¹ Se prescindiamo dai sospetti di G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 116 s.; ID., *Lucubrationes Balticae*, in SDHI 3, 1937, 385, che già F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 468 nt. 36, dichiarava giustamen-

Premesso che il discorso verteva sul *iudicium sine noxae deditione* di EP § 58, *iudicium* a cui già si è avuto occasione di far cenno⁴² e al quale nel passo si riferiscono le parole '*huius edicti poenam*', Paolo – per quanto ci importa rilevare – precisava ciò: che il convenuto, anche dopo avere risposto negativamente all'*interrogatio de potestate* e fino a quando non avesse contestato la lite nel *iudicium sine noxae deditione*, avrebbe potuto ritrattare quanto dichiarato e mutare in positiva la sua risposta per non esporsi al suddetto *iudicium*.⁴³ Ebbene, al convenuto che, avvalendosi di tale facoltà, dichiarasse di avere la *potestas* sul servo si fa riferimento nel testo con l'espressione '*defendenti absentem*'; e ciò sebbene in tal caso egli, come risulta da altri testi,⁴⁴ restava comunque libero di decidere se contestare o no la lite nel processo nossale.

A controprova del nostro assunto, poi, si può invocare

D. 50.16.215 (Paul. *l. sing. ad leg. Fuf. Can.*): '*Potestatis*' verbo plura significantur ... at cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit, praesentis corporis copiam facultatemque significamus rell.⁴⁵

in cui per converso Paolo, nell'illustrare il significato della *potestas* di EP § 58,⁴⁶ si riferiva al convenuto che rispondesse negativamente alla medesima *interrogatio* nei termini '*cum agimus de noxae deditione cum eo qui servum non defendit*'.

È da supporre, quindi, che si imponesse a chiunque volesse difendere lo schiavo⁴⁷ di dare in ogni caso risposta positiva, conformemente o no al vero, all'*interrogatio* sulla *potestas*,⁴⁸ e ciò evidentemente per far sì che tale risposta, ove la lite venisse poi contestata,

te privi di un serio fondamento, la sostanziale genuinità del tratto che abbiamo trascritto può considerarsi pacifica.

⁴² V. *supra*, § 2.1.

⁴³ Nel *iudicium sine noxae deditione*, infatti, il convenuto, provato dall'attore che egli aveva falsamente negato di avere la *potestas* sul servo o che l'aveva perduta dolosamente [v. D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 9.4.22.4 (Paul. 18 *ad ed.*)], nonché – crediamo – provata altresì e anzi in *primis* la colpevolezza dell'accusato (per quanto della necessità di questa ulteriore prova non si faccia menzione nei due testi sopra citati), sarebbe stato condannato a pagare la *litis aestimatio* (il cui importo poteva anche eccedere il valore dello schiavo) senza la possibilità di liberarsi mediante la *noxae deditione*.

⁴⁴ V. D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*) e D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*), ai quali *adde* D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*).

⁴⁵ Contro i dubbi sollevati in merito all'autenticità del tratto che ci interessa (*at-significamus*) rinviando alle osservazioni già svolte in *Il concetto di potestas* cit., 41 s. nt. 79.

⁴⁶ Per un'analogia definizione della *potestas* editale v. D. 9.4.21.3 (Ulp. 23 *ad ed.*).

⁴⁷ Ciò sul presupposto che l'attore facesse ricorso all'*interrogatio in iure*; il che è da presumere non fosse invero necessario, a rigore, per il valido svolgimento del processo ma dovesse comunque corrispondere alla regola, in pratica, in considerazione del fine per cui si interrogava l'avversario e della notevole utilità del risultato che poteva derivarne per lo stesso attore (v. di seguito nel testo e *infra*, nt. 50).

⁴⁸ Alla luce di questa ricostruzione – salvo il caso di chi possedesse il servo in buona fede [v. D. 16.1.26 (Ulp. 37 *ad ed.*)] – si giustifica a nostro avviso la particolare frequenza con cui ricorre nelle fonti (v. i testi citati *supra*, nt. 37) l'ipotesi del convenuto che affermasse essere proprio uno schiavo altrui; come pure – e anzi ancor più – significativo ci sembra D. 9.4.27.1 (Gai. 6 *ad ed. prov.*), dove il periodo '*apparet-sint*', seppure manifestamente guasto, ha per noi un fondo classico e non crediamo possa altrimenti raccordarsi a quanto precede (*Ex his quae diximus ... apparet*) se non ammettendo che un terzo fosse legittimato a contestare la lite solo a condizione di avere prima dichiarato fittiziamente di avere il servo *in potestate* (alla lettera, di esserne il *dominus*; ma v. quel che abbiamo premesso *supra* nel testo, lett. b). Quanto appena detto, comunque, doveva

vincolasse il giudice a considerare pacifica, a prescindere dalla sua effettiva sussistenza o meno, la legittimazione passiva del convenuto (o del suo rappresentato)⁴⁹ e dispensasse in tal modo l'attore dall'onere, altrimenti assai gravoso, di fornire la relativa prova.⁵⁰

3.1. Posto quanto precede, volgiamoci nuovamente a

D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Eos, quorum nomine noxali iudicio agitur, etiam absentes defendi posse placuit, sed hoc ita demum, si proprii sint servi: nam si alieni, praesentes esse oportet, aut si dubitetur, utrum proprii sint an alieni. quod ita puto accipiendum, ut si constet vel bona fide servire, etiam absentes possint defendi.*

Ora, noi crediamo che Ulpiano volesse illustrare gli effetti conseguenti a tre diverse situazioni in cui si sarebbe trovato il convenuto a seconda che, interrogato '*an servus in potestate eius sit*', a) avesse risposto positivamente (*si proprii sint servi*); b) ovvero avesse risposto negativamente (*si alieni*); c) o ancora, incerto sul punto, si fosse limitato a esplicitare i suoi dubbi, senza impegnarsi in una risposta positiva o negativa (*aut si dubitetur, utrum proprii sint an alieni*).⁵¹

valere secondo noi solo per un terzo che intervenisse a difendere lo schiavo spontaneamente, e dunque, emergendo la falsità della sua dichiarazione, nel ruolo di *defensor*. D. 9.4.21.5 (Ulp. 23 *ad ed.*), infatti, ci parrebbe autorizzare a inferire che ogni altro sostituto processuale sarebbe stato interrogato sul punto se ad avere la *potestas* sul servo fosse il *dominus litis* e che a quest'ultimo, pertanto, egli avrebbe riferito la relativa risposta (di tale avviso, contro il diverso parere di T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 211 s., 296, 407 num. 5, v. anche H. ANKUM, Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 243, 244; più cauto W. SELB, Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 686 lett. c).

⁴⁹ Come in generale la formula venisse redatta a tal fine è un problema che non interessa in questa sede approfondire. Per le ipotesi principali v. P. KRÜGER, Rec. a G. DEMELIUS, *Die confessio* cit., in KViert. 22, 1880, 420; P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., 349 nt. 1; O. LENEL, *EP*³ cit., 165 s. [ma diversamente in *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung* (in seguito *EP*⁴), Leipzig 1883, 127 ss.]; E. BETTI, *Le actiones ex responsione* cit., 395 ss.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1942, 288 s. e nt. 45; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 386 ss.; H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., 160. Quanto piuttosto ci preme specificamente rilevare è che, se il terzo avesse difeso il servo di propria iniziativa e avesse così dichiarato di averlo egli stesso *in potestate* (v. la precedente nota), la formula sarebbe stata per noi concepita come nel caso in cui il convenuto fosse l'effettivo titolare della *potestas*; mentre penseremmo a una formula con trasposizione di soggetti per l'ipotesi in cui il terzo avesse contestato la lite su incarico o quale rappresentante c.d. necessario dell'avente potestà. Per altre congetture v. spec. O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, in ZSS 47, 1927, 27 s. [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND und F. D'IPPOLITO*, IV (1915-1932), Napoli 1992, 517 s.], e G. PUGLIESE, *Obbligazione del capofamiglia* cit., 523; ID., *Nuove osservazioni* cit., 555, i quali, con particolare riguardo al caso di un terzo *defensor*, si orientavano rispettivamente per una formula *ficticia* o con trasposizione di soggetti.

⁵⁰ Scopo della *interrogatio*, dunque, non era tanto a parer nostro 'accertare' la legittimazione passiva del convenuto quanto piuttosto ottenere una risposta positiva comunque idonea – vera o falsa che fosse – a renderne incontestabile l'esistenza; il che, almeno in materia nossale, ci pare sottrarre alla critiche di G. DEMELIUS, *Die confessio* cit., 248, con cui concordava C. SANFILIPPO, *Interrogatio* cit., 632 s., la sostanza dell'opinione tradizionale (v. gli autori citati da T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 163 nt. 1) circa la funzione della *interrogatio in iure* quale mezzo concesso all'attore per preconstituire la prova della legittimazione passiva dell'avversario.

⁵¹ Quest'ultima ipotesi non è contemplata nelle fonti, ma ci pare tutt'altro che irrealistica. Si pensi soprattutto al caso di più schiavi al servizio di una stessa persona, la quale poteva anche avere difficoltà ad accertare se tutti ricadessero o no sotto la sua *potestas*; e si consideri altresì che evidentemente, proprio perché una risposta sulla *potestas* poteva talora non essere così semplice e da essa potevano discendere conseguenze comunque gravi

In altri termini, presupponendo il previo ricorso all'*interrogatio* sulla *potestas* quale strumento per fissare la legittimazione passiva all'azione e in conformità all'accennata tendenza dei classici a semplificare il contenuto di tale *interrogatio*,⁵² il giurista riduceva secondo noi al paradigma del *dominium*, assumendole come vere, le risposte date dall'interrogato e ne delineava, appena abbozzandoli, i risvolti processuali.⁵³

Così, nell'ipotesi *sub a*), il convenuto avrebbe dovuto o esibire il servo⁵⁴ (per poi darlo a noia nel caso di persistente *indefensio*)⁵⁵ o difenderlo assente, come risulta da

D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*): *Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere* rell.⁵⁶

Il che vale a dire che egli, essendo libero di decidere a quale di tali obblighi assolvere, poteva optare per la seconda delle possibilità a lui offerte (*absentem defendere*); possibilità su cui Ulpiano, in D. 9.4.21.1, richiamava specialmente l'attenzione con la frase '*etiam absentes defendi posse placuit*', alludendo con '*etiam*', a nostro avviso, all'ulteriore facoltà, concessa in alternativa al convenuto, di esibire lo schiavo.

Nelle ipotesi *sub b*) e *sub c*), invece, l'effetto comune a entrambe era espresso con le parole '*praesentes esse oportet*': l'avversario che disponesse di fatto del servo, cioè, sarebbe stato senz'altro tenuto a esibirlo – intendiamo – per consentirne all'attore la *ductio*;⁵⁷ misura che

(la soggezione all'azione nossale nel caso di una risposta positiva, pure se per errore non veritiera, ovvero ai mezzi previsti da EP § 58 in quello di una falsa risposta negativa, pure se non dolosa), l'interrogato poteva chiedere la concessione di un *tempus ad deliberandum* prima di rispondere, come risulta da D. 11.1.5 (Gai. 3 ? *ad ed. prov.*), su cui v. per tutti H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., spec. 18 ss., 125 s. Né del resto vediamo a quale altro caso potrebbero alludere le parole '*aut si dubitetur, utrum proprii sint an alieni*'. Il problema, nell'esegesi del testo, viene per lo più eluso e ciò, ai nostri occhi, scredita ancor più la sua interpretazione tradizionale (criticata *supra*, §§ 2-2.1), che certo dovrebbe tener conto anche delle suddette parole e farsi carico di offrirne una spiegazione plausibile. O. LENEL, *EP*² cit., 158 nt. 1 (= ID., *EP*³ cit., 163 nt. 2), al quale aderiva J. PARTSCH, *Rec. a O. LENEL, EP*² cit., 412, pensava a una contestazione, da parte dell'attore, della appartenenza dello schiavo accusato al convenuto. Ma si tratterebbe così di ravvisare nell'attore il soggetto di '*dubitetur*' e riferire invece '*proprii*' al convenuto anziché allo stesso attore: il che non è ammissibile.

⁵² V. *supra*, § 3 lett. b).

⁵³ Bene avverte H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., 87, nel prendere in esame il brano in commento e il *principium* del medesimo frammento, che «Ulpian für Verständnis des modernen Lesers wesentliche Punkte nicht expliziert, sondern höchstens andeutet». Ma non diremmo che «Das Vorverständnis der Lesers Ulpian entzieht sich leider unserer Kenntnis». L'interpretazione che proponiamo (v. oltre nel testo) ci sembra infatti gettare luce anche sui passaggi che restano nell'ombra.

⁵⁴ Tale esibizione poteva essere promessa, a seconda dei casi, facendo ricorso al *vadimonium* nossale [v. D. 2.9.1 pr. (Ulp. 7 *ad ed.*)] o a un'altra speciale *cautio* menzionata in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*) [per il diverso campo di applicazione di tali istituti v. G. D'ANGELO, *Vadimonium e cautio se exhibiturum in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 ad ed.)*, in AUPA 58, 2015, 255 ss.]. Ma si può supporre con G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 461, che una promessa di esibizione non fosse necessaria quando il convenuto fosse in grado di far comparire lo schiavo nella medesima udienza in cui si fosse proceduto all'*interrogatio*.

⁵⁵ Arg. ex D. 9.4.22.3 seconda parte (Paul. 18 *ad ed.*) e D. 9.4.43 (Pomp. 8 *ep.*). Sul punto v. anche G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 460.

⁵⁶ Il testo, per la parte che abbiamo trascritto, è pressoché immune da sospetti. Nessun credito si può accordare alle censure di G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 114 s.; ID., *Lucubrationes* cit., 383, ispirate alla tesi già riferita *supra*, nt. 1.

⁵⁷ Nell'ipotesi *sub b*), in alternativa alla possibilità di chiedere l'esibizione del servo in vista della *ductio*, l'attore avrebbe potuto avvalersi dei mezzi previsti in EP § 58 quando ritenesse che l'interrogato avesse

nel processo nossale aveva luogo ogniquale volta l'avente potestà risultava assente *in iure* e il servo, presente, restava indifeso.⁵⁸ In conseguenza di quanto abbiamo premesso *supra*, § 3 lett. c) circa il significato del '*defendere servum*', infatti, un convenuto che comunque non rispondesse positivamente all'*interrogatio de potestate* avrebbe per ciò stesso manifestato la volontà di non difendere l'accusato. Ma d'altra parte, in tal caso, non sarebbe stato ragionevole che egli continuasse a tenere il servo a preferenza dell'attore non meno che nell'ipotesi in cui – per istituire un parallelo che ci sembra calzante – il convenuto con un'*actio in rem* ricusasse di *rem defendere* senza neppure consentire all'attore il pacifico esercizio di fatto del diritto da costui vantato;⁵⁹ onde a parer nostro l'obbligo di esibire *in iure* l'accusato in vista della *ductio*. Né è difficile per altro verso rappresentarsi con quale mezzo si potesse costringere all'esibizione dello schiavo l'avversario che, disponendone materialmente, rifiutasse di difenderlo. Anche qui l'analogia con le azioni *in rem*, e segnatamente con la rivendica di una cosa mobile,⁶⁰ è secondo noi stringente e impone di pensare all'*actio ad exhibendum* come al rimedio più congruo allo scopo;⁶¹ il che ci sembra peraltro trovare conferma in

falsamente negato di avere lo schiavo *in potestate* o che si fosse dolosamente privato della *potestas*, e così 1) o domandare al pretore che ordinasse al convenuto di giurare di non avere la *potestas* sull'accusato e di non averla perduta con dolo; 2) o agire con il *iudicium sine noxae deditione* menzionato *supra*, §§ 2.1 e 3 lett. c). Nel primo caso, però, egli si sarebbe esposto al rischio che l'avversario, giurando (se del caso anche il falso), vicesse già per questo la lite [arg ex D. 9.4.21.6 (Ulp. 23 *ad ed.*)]; e nel secondo caso, d'altra parte, avrebbe dovuto fornire – come non sarebbe stato facile – la prova di cui si è detto *supra*, nt. 43. A fronte di ciò, quindi, è evidente che la *ductio* del servo, quale mezzo di tutela alternativo alle altre due possibili vie sopra illustrate, avrebbe comunque rappresentato un rimedio opportuno; ma soprattutto è da considerare che essa sarebbe stata l'unico rimedio utile per l'attore quando il convenuto – come Ulpiano secondo noi presumeva nel passo in esame – avesse dichiarato il vero rispondendo negativamente all'*interrogatio* e non si fosse neppure dolosamente privato della *potestas*.

⁵⁸ V. D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*); D. 6.2.6 (Paul. 19 *ad ed.*); D. 9.4.28 (Afr. 6 *quaest.*); D. 9.4.31 (Paul. 7 *ad Plaut.*); D. 9.4.32 (Call. 2 *ed. mon.*); D. 9.4.39.3 (Iul. 9 *dig.*).

⁵⁹ Sulle conseguenze dell'*indefensio* nelle azioni *in rem* e in particolare, per quanto più ci interessa, nella *rei vindicatio* di beni mobili, v. ultimamente L. D'AMATI, *Sulla cooperazione del convenuto nel processo formulare*, in L. GAROFALO (a cura di), *Actio in rem e actio in personam. In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova 2011, 894 ss.; EAD., *L'inattività del convenuto nel processo formulare: indefensio, absentia e latitatio*, Napoli 2016, 99 ss.

⁶⁰ V. la precedente nota.

⁶¹ A un analogo impiego dell'*actio ad exhibendum* nel processo nossale classico [per un'altra applicazione in materia di tale azione, non rilevante in questa sede, v. D. 10.4.3.7 (Ulp. 24 *ad ed.*)] hanno pensato O. LENEL, *EP*¹ cit., 125; M. KASER, *Rec. a M. MARRONE, Actio ad exhibendum* cit., 222; ID., *Die formula der actio ad exhibendum*, in RIDA 14, 1967, 291 e nt. 99 (= *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano 1971, 570 s. nt. 105, da cui citeremo); G. PROVERA, *Un caso controverso di applicazione dell'actio ad exhibendum*, in AUCA 35, 1969, 241 ss., che chiarisce in sintesi il suo pensiero in IVRA 21.1, 1970, 468; ID., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970, 179, 180, ma tutti nel quadro di differenti ricostruzioni circa il funzionamento della *interrogatio in iure* e senza comunque collegare il suddetto impiego a D. 9.4.21.1 (Ulp. 23 *ad ed.*), che a parer nostro, invece, si presta ad offrirvi una base testuale. Si intende poi che, esibito *in iure* lo schiavo, il convenuto avrebbe dovuto per noi decidere se persistere nella *indefensio* e subirne la *ductio* [v. i testi citati *supra*, nt. 58] – non diversamente che nel processo di rivendica di una cosa mobile – o dichiarare di averlo *in potestate* (cioè in pratica di esserne il *dominus*, essendo la disponibilità materiale del servo *in re ipsa*) e scegliere se passare a contestare la lite o procedere alla *noxae deditio* [arg. ex D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.4.22.3 seconda parte (Paul. 18 *ad ed.*); D. 9.4.29 (Gai. 6 *ad ed. prov.*); D. 9.4.32 (Call. 2 *ed. mon.*); D. 9.4.43 (Pomp. 8 *ep.*)].

D. 2.7.3 pr. (Ulp. 5 ad ed.): *Quod si servum quis exemit in ius vocatum, Pedius putat cessare edictum, quoniam non fuit persona, quae in ius vocari potuit. quid ergo? ad exhibendum erit agendum.*⁶²

La vittima di un delitto commesso da un servo⁶³ aveva convenuto in giudizio lo schiavo medesimo, a cui altri⁶⁴ però aveva impedito di comparire *in ius*⁶⁵ in apparente conformità alla previsione della clausola edittale (*'ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat neve faciat dolo malo quo magis eximeretur'*)⁶⁶ che Ulpiano commentava.⁶⁷ Ci si poteva dunque chiedere se nella specie tale clausola fosse o no da applicare.⁶⁸ Pedio riteneva di no, sulla base della motivazione che uno schiavo non avrebbe potuto essere convenuto in giudizio (*quoniam* – scil. *servus* – *non fuit persona, quae in ius vocari potuit*);⁶⁹ dal che – con un 'salto' che è apparso sospetto⁷⁰ ma che bene, secondo noi, poteva essere sollecitato dal caso preso in esame e che comunque, se anche si volesse ascrivere a una mano estranea, non potrebbe che esprimere a nostro avviso un pensiero classico – si passava all'ulteriore questione sottesa all'interrogativo *'quid ergo?'*,⁷¹ che riteniamo di potere sciogliere così: 'atteso che non era

⁶² La frase *'quid-agendum'* è stata da molti considerata spuria (v. gli autori citati nell'*Index itp.* e nel relativo *Supplementum I ad h.l.*, ai quali adde M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., spec. 235 ss., 245, 246 s., seguito da J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la actio ad exhibendum en derecho clásico*, in SDHI 26, 1960, 249 s.; più cauto A. BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo*, in Labeo 21, 1975, 147), ma la sua genuinità – per lo meno sostanziale – non crediamo possa venire in discussione (v. anche *infra* nel testo e nt. 71). In tal senso v. già H. PISSARD, *Duci vel ferri iubere. La ductio jussu praetoris dans les actions réelles et les actions noxales*, in *Études d'histoire juridique offertes à P.F. Girard par ses élèves*, I, Paris 1912, 249 s., che rigettava i sospetti di G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen 1910, 4; nonché M. KASER, *Die formula* cit., 570 e nt. 105, che pure non escludeva la possibilità di una semplificazione del testo da parte dei compilatori giustinianeî.

⁶³ All'ipotesi del delitto di un servo Ulpiano non fa espresso riferimento, ma si tratta dell'ipotesi più immediata a cui viene da pensare (specie in ragione del cenno finale all'*actio ad exhibendum*) e dell'unica, invero, a cui di fatto si è sempre pensato.

⁶⁴ Verosimilmente un *non dominus* che aveva la materiale disponibilità del servo, come supposeva anche M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München 1955, 529 e nt. 15; ID., Rec. a M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 222; ID., *Das römische Zivilprozessrecht*, München 1966, 189 e nt. 29, 209 e nt. 33; ID., *Die formula* cit., 570 s. nt. 105, e indurrebbe in effetti a ipotizzare il successivo rinvio all'*actio ad exhibendum* (v. oltre nel testo).

⁶⁵ Genericamente si può così rappresentare la condotta espressa con le parole *'si servum quis exemit in ius vocatum'*. Per il significato, nel contesto, del verbo *'eximere'* v. D. 2.7.4 pr. (Paul. 4 ad ed.), con il commento di I. BUTI, *Il praetor e le formalità introduttive del processo formulare*, Napoli 1984, 338 ss.

⁶⁶ V. O. LENEL, *EP*³ cit., 73 s., nonché, per un maggiore approfondimento, la letteratura a cui rinvia L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto* cit., 57 nt. 33.

⁶⁷ V. O. LENEL, *Palingenesia* II cit., Ulp. 269, col. 438.

⁶⁸ A una vera e propria controversia sul punto pensava A. BISCARDI, *La capacità* cit., 147, argomentando dalle parole *'Pedius putat'*.

⁶⁹ Per l'incapacità del servo di essere convenuto in giudizio v. anche D. 2.11.13 (Iul. 55 dig.) e D. 50.17.107 (Gai. 1 ad ed. prov.), che O. LENEL, *Palingenesia* I cit., Gai. 67, col. 192 nt. 2, proponeva di collegare al caso prospettato nel brano in esame.

⁷⁰ V. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 236 s., a cui si allinea J. BURILLO, *Contribuciones* cit., 250 e nt. 200.

⁷¹ Tale interrogativo, appuntato da B. BIONDI, Rec. a *Études Girard*, in BIDR 29, 1916, 228 nt. 2, come «uno dei soliti interrogativi retorici che sono tanto frequenti in Giustiniano», appare invero caratte-

consentito procedere alla *in ius vocatio* di un servo delinquente, come poteva altrimenti l'offeso fare valere le sue ragioni?' E la risposta seguiva logica, concentrata in quattro parole (*ad exhibendum erit agendum*) ma in perfetta sintonia con la fattispecie iniziale: l'offeso avrebbe rivolto l'azione nossale contro chi aveva sottratto il servo alla *in ius vocatio*; ma essendo d'altro canto prevedibile che costui, proprio per avere impedito allo schiavo di comparire in tribunale, non sarebbe stato disposto né a difenderlo⁷² (e dunque a rispondere positivamente all'*interrogatio de potestate*, come a tal fine sarebbe stato anzitutto necessario)⁷³ né a esibirlo,⁷⁴ ecco che l'attore, in definitiva, avrebbe avuto a disposizione l'*actio ad exhibendum* quale rimedio per ottenere la presenza *in iure* del servo ai fini della *ductio*.

4. Tirando ora le fila del discorso fin qui condotto, quanto emerge è che un terzo, rispondendo positivamente all'*interrogatio* sulla *potestas*, avrebbe potuto contestare la lite nonostante l'assenza *in iure* del servo e che per converso il *dominus*, negando o dichiarando di non essere certo di avere lo schiavo *in potestate*, non sarebbe stato ammesso a fare altrettanto (salve le conseguenze a cui si sarebbe esposto⁷⁵). Certo, è vero che nel primo caso il terzo, in mancanza di contrarie evidenze, sarebbe apparso l'avente potestà e che nel secondo, viceversa, il *dominus* sarebbe apparso un terzo; ma ciò, guardando alla sostanza, è cosa comunque ben diversa dal dire – come in genere si sostiene⁷⁶ – che un *non dominus* non sarebbe stato in assoluto legittimato a difendere un servo assente. A ben vedere, anzi, accogliere l'interpretazione che proponiamo equivale a capovolgere il significato comunemente attribuito a D. 9.4.21.1: un terzo che disponesse di fatto del servo avrebbe dovuto per noi esibirlo non già quando volesse assumerne la difesa bensì nel caso precisamente opposto.

ristico dello stile di Ulpiano: v. ad esempio i più dei luoghi citati dallo stesso Biondi (*ibid.*), che solo una critica fuori misura – quale all'epoca imperante – poteva indurre a ritenere tutti interpolati.

⁷² Analogamente H. PISSARD, *Duci vel ferri iubere* cit., 250.

⁷³ V. *supra*, § 3 lett. c).

⁷⁴ *Ad adiuvandum* può essere utile ricordare come similmente, in molti testi relativi al processo di rivendica di beni mobili, il rifiuto del convenuto sia di difendere che di esibire la cosa oggetto della lite (con il conseguente ricorso dell'attore all'*actio ad exhibendum*) non è esplicitato e può solo ricavarsi dalla struttura dei casi: v. sul punto O. LENEL, *Rei vindicatio und actio ad exhibendum*, in Grünhut's Zeitschrift 37, 1910, 515 s., 521 ss. [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHRENDTS und F. D'IPPOLITO*, III (1902-1914), Napoli 1991, 379 s., 385 ss.].

⁷⁵ In particolare, per quanto concerne l'ipotesi di una risposta negativa all'*interrogatio* sulla *potestas*, v. quanto si è rilevato *supra*, nt. 57.

⁷⁶ V. gli autori citati *supra*, nt. 3.

GIOVANNI LUCHETTI
(Università di Bologna)

La misericordia
nelle fonti giurisprudenziali romane

ABSTRACT

The essay focuses on the use of the term *misericordia* in jurisprudential sources. The numerous occurrences are all referable to human mercy, consisting in a compassionate behavior inspired by *humanitas* and without any connection with divine mercy. The distance with the use of the term in late antiquity sources is evident and certainly argues in favor of the substantial authenticity of the considered fragments.

PAROLE CHIAVE

Misericordia; linguaggio dei giuristi; interpolazioni.

LA MISERICORDIA NELLE FONTI GIURISPRUDENZIALI ROMANE

Scopo di questa mia breve ricerca è quello di dare conto dell'impiego del termine *miser cordia* nelle fonti giuridiche romane con particolare riferimento alle fonti giurisprudenziali del Digesto e ciò, soprattutto, al fine di confermare la classicità della sua utilizzazione nel linguaggio dei giuristi e, se ciò risultasse ragionevolmente dimostrabile, di individuare i contesti in cui veniva utilizzato e di chiarirne il significato.¹

A tale proposito, è ovviamente necessario procedere preliminarmente a un censimento delle occorrenze. Ne risulta che la parola *miser cordia* compare complessivamente tredici volte in otto diversi testi del Digesto. Sette di questi, con ben dodici citazioni, provengono dai commentari edittali di Paolo e Ulpiano, cui si affianca un ulteriore caso in cui il termine ricorre in un testo che si dice tratto dalle *Pauli sententiae*, peraltro noto solo attraverso la compilazione di Giustiniano.² A ciò si può aggiungere che, probabilmente sulla scia di un modello classico, il termine si incontra, benché una sola volta, anche nelle Istituzioni imperiali.³

Il primo aspetto da sottolineare, peraltro di immediata evidenza, è che si tratta di testi-

¹ La letteratura in argomento è piuttosto esigua: cfr. W. LITEWSKI, *Dolus et misericordia dans le droit romain classique*, in *Archivum juridicum Cracoviense* 5, 1972, 91 ss. (il riassunto è apparso in IVRA 24, 1973, 494 ss.). Si limita a valutare la portata del sintagma *miser cordia ductus* in alcuni luoghi ulpiane (D. 4.3.7.7 [Ulp. 11 *ad ed.*], D. 11.3.5 pr. [Ulp. 23 *ad ed.*], D. 16.3.7 pr. [Ulp. 30 *ad ed.*]), e nelle Istituzioni di Giustiniano (I. 4.3.6), il contributo di A.D. MANFREDINI, *Miser cordia ductus*, in RIDA 3^e série 39, 1992, 204 ss. Per l'idea che l'apprezzamento della misericordia, «considerata dai pagani come segno di debolezza», sia frutto della penetrazione dei nuovi valori cristiani cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II, *La giustizia – le persone*, Milano 1952, 164 ss. Osserva che il termine *miser cordia* non è mai usato dalle costituzioni imperiali fino all'avvento del cristianesimo, rinunciando, al contempo, ad intraprendere un'indagine sui testi contenuti nel Digesto per la problematica individuazione degli interventi di interpolazione J.C. TATE, *Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire*, in *Journal of Law and Religion* 24, 2008-2009, 135 e nt. 67.

² Cfr. D. 3.6.7 pr. (Paul. 10 *ad ed.*): '*miser cordiae causa*'; D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*): '*si non misericordia ductus*', '*si misericordia*'; D. 11.3.5 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): '*miser cordia ductus*'; D. 11.7.14.7 (Ulp. 25 *ad ed.*): '*miser cordiae vel pietati tribuens vel affectioni*', '*miser cordiae modus*'; D. 16.3.7 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): '*miser cordia ductus*', '*miser cordiam exercuit*'; D. 42.3.6 (Ulp. 64 *ad ed.*): '*miser cordiae causa*'; D. 47.8.4.6 (Ulp. 56 *ad ed.*): '*miser cordiam provocat*', '*sed ad clamorem eius vel dicta vel misericordiam*'; Paul. Sent. 2.24.10 = D. 25.3.4: '*miser cordiae causa*'. Cfr. *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, III/2, editus per M. Meinhart, Berlin-New York 1983, 1924.

³ Cfr. I. 4.3.16: '*miser cordia ductus*'. Secondo C. FERRINI, *Sulle fonti delle Istituzioni di Giustiniano*, in BIDR 13, 1900 (pubbl. 1901), 189 (= *Opere*, II, Milano 1929, 402-403), il paragrafo delle Istituzioni di Giustiniano deriverebbe da Gai 3.219, ma «oscura è l'origine dell'ultima parte, verosimilmente alterata». Peraltro, come vedremo, appare abbastanza evidente il rapporto con D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*).

monianze piuttosto omogenee sia sotto il profilo cronologico, sia sotto quello della tipologia delle opere in cui è dato riscontrare l'uso del termine. Tutte le attestazioni, se si eccettua il brano delle *Pauli sententiae* su cui mi soffermerò alla fine della presente indagine, risultano infatti inserite in frammenti tratti dai grandi commentari editali della giurisprudenza severiana. La circostanza sembra essere di qualche interesse perché il comportamento spontaneamente altruista che il termine esprime nel linguaggio dei giuristi diventa elemento di valutazione della fattispecie o parametro per la determinazione delle conseguenze giuridiche dei comportamenti presi in considerazione nell'editto, in un contesto in cui evidentemente risultava confacente allo scopo perseguito il tener conto della motivazione che aveva orientato la condotta del soggetto agente.

Nella nostra indagine dobbiamo prendere le mosse da un testo paolino relativo all'editto *de calumniatoribus*:

D. 3.6.7 pr. (Paul. 10 *ad ed.*): *Si quis ab alio acceperit pecuniam ne mihi negotium faciat, si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor. si autem non mandatu meo alius ei licet misericordiae causa dederit ne fiat neque ratum habui, tunc et ipsum repetere et me in quadruplum agere posse.*

L'editto *de calumniatoribus* sanzionava con un'azione nel quadruplo, se esercitata entro l'anno, oppure in *simpulum*, colui il quale avesse ricevuto del denaro affinché intentasse un processo, o si astenesse da un processo, a scopo di calunnia.⁴

Più precisamente, il brano prende in considerazione l'ipotesi in cui qualcuno riceva del denaro per non intentare un processo calunnioso nei confronti di una terza persona ('*Si quis ab alio acceperit pecuniam ne mihi negotium faciat*'). Se chi ha dato il denaro ha agito su mandato del terzo, o è un suo *procurator omnium rerum*, o, altrimenti, risulterà essere un semplice gestore d'affari e il terzo abbia ratificato, è come se la dazione del denaro fosse stata posta in essere dal terzo ('*si quidem mandatu meo datum est, vel a procuratore meo omnium rerum, vel ab eo qui negotium meum gerere volebat et ratum habui: ego dedisse intellegor*').⁵ Pertanto il terzo potrà agire nei confronti di chi ha ricevuto il denaro in forza delle

⁴ Cfr. D. 3.6.1 pr. (Ulp. 10 *ad ed.*): *In eum qui, ut calumniae causa negotium faceret vel non faceret, pecuniam accepisse dicetur, intra annum in quadruplum eius pecuniae, quam accepisse dicetur, post annum simpli in factum actio competit.* Per la ricostruzione dell'editto, cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927, 106 ss., nonché, per due proposte più recenti, J. GARCÍA CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: de calumniatoribus*, Santiago de Compostela 1994, 116-122 e R. DOMINGO, *¿Existió un título edictal IX De calumniatoribus?*, in SDHI 60, 1994, 637 ss. (quest'ultimo autore nega in radice la possibilità di individuare un titolo *de calumniatoribus* e ritiene che un unico editto fosse contenuto in un più ampio titolo, nell'ambito del quale sarebbe stato collocato anche l'editto *de negotiis gestis*). Sulla previsione editale, v. anche G. PROVERA, *Riflessi privatistici dei «pacta de crimine»*, in *Studi in onore di B. Biondi*, II, Milano 1965, 544 ss.; C. VENTURINI, *Concussione e corruzione: origine romanistica di una problematica attuale*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, VI, Milano 1987, 140 (= *Scritti di diritto penale romano*, I, Padova 2015, 554); D.A. CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di calunnia nel processo privato romano dalla Repubblica al Principato*, in SDHI 66, 2000, 187 nt. 76; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002, 129 ss.; A.M. GIOMARO, *Per lo studio della calunnia. Aspetti di "deontologia" processuale in Roma antica*, Torino 2003, 40 ss., nonché, da ultimo, S. SCIORTINO, *Intorno a Interpretatio Theodosiani 9.39 'De calumniatoribus'*, in AUPA 52, 2007-2008, 254 e nt. 125.

⁵ Cfr. C.F. GLÜCK, *Ausführliche Erläuterung der Pandekten*, V, Erlangen 1843, 388-389 (= *Commenta-*

previsioni dell'editto, salvo l'ulteriore possibilità di ottenere la restituzione di quanto pagato attraverso l'esercizio della *condictio ob turpem causam*. Diversamente accade nell'ipotesi in cui chi ha dato il denaro abbia agito senza un mandato – e particolarmente qualora abbia dato il denaro per *misericordia* – e il terzo non abbia ratificato (*si autem non mandatu meo alius ei licet misericordiae causa dederit ne fiat*). In questa seconda ipotesi il terzo potrà comunque agire contro chi ha ricevuto il denaro in forza delle previsioni edittali, ma sarà chi ha materialmente versato il denaro che potrà ripeterlo per mezzo dell'apposita *condictio*.

Pertanto, nel caso di specie, l'aver agito *misericordiae causa*, e quindi al di fuori di ogni ipotesi di rappresentanza, legittima l'agente alla ripetizione attraverso un'azione che si affianca a quella comunque prevista dall'editto *de calumniatoribus*. Tale azione, che sarebbe altrimenti spettata al terzo, diviene in questo caso esperibile a beneficio di chi abbia effettivamente provveduto all'esborso della somma. A ben vedere l'aver agito *misericordiae causa* incide, dunque, sulla soluzione adottata dal giurista nel senso di delimitare il confine delle rispettive pretese del terzo e di chi abbia versato il denaro e costituisce, a livello esemplificativo, una spiegazione dei motivi che possono aver indotto qualcuno al pagamento a prescindere e indipendentemente dall'esistenza di un rapporto giuridico preesistente.

Altre attestazioni dell'impiego del termine provengono, come abbiamo accennato, dai libri *ad edictum* di Ulpiano. La prima testimonianza da prendere in considerazione, peraltro piuttosto nota e già ampiamente studiata, riguarda l'azione di dolo:

D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Idem Labeo quaerit, si compeditum servum meum ut fugeret solveris, an de dolo actio danda sit? et ait Quintus apud eum notans: si non misericordia ductus fecisti, furti teneris: si misericordia, in factum actionem dari debere.*

Ulpiano si sta occupando del carattere sussidiario dell'azione, che viene appunto concessa dal pretore solo ove difetti ogni altro rimedio, secondo le parole dell'editto, che il giurista severiano commenta, *si alia actio non sit*.⁶ Dalla trattazione ulpiana apprendiamo che Labeone si era interrogato sulla possibilità che venisse concessa l'*actio de dolo* nel caso in cui qualcuno avesse liberato lo schiavo altrui in ceppi.⁷ Ulpiano menziona l'opinione

rio alle Pandette, direttori F. Serafini e P. Cogliolo, III, tradotto ed annotato da C. Ferrini, Milano 1886, 210); per l'osservazione secondo cui la «*datio* viene costruita come atto del gerito stesso», v. E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria "contrahere" in giuristi Proculiani e Sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 67-68. Prende in considerazione il brano, ritenendolo interpolato ed offrendo una proposta di restituzione del suo tenore originario, S. SOLAZZI, *Procuratori senza mandato*, in RIL 56, 1923, 739-740 (= *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 572-573). Per l'esegesi, cfr., nella letteratura più recente, J. GARCÍA CAMIÑAS, *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: de calumniatoribus* cit., 59 s.

⁶ Cfr. D. 4.3.1.1 (Ulp. 11 *ad ed.*): *Verba autem edicti talia sunt: 'Quae dolo malo facta esse dicentur, si de his rebus alia actio non erit et iusta causa esse videbitur, iudicium dabo'*. Per la ricostruzione della corrispondente previsione edittale, v. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ cit., 114 ss. Sulla sussidiarietà dell'azione di dolo, v. B. ALBANESE, *La sussidiarietà dell'actio de dolo*, in AUPA 28, 1961, 173 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, I, Milano 1973, 20 ss.; P. LAMBRINI, *Studi sull'azione di dolo*, Napoli 2013, 27 ss., 43 ss.; EAD., *Raggiro colposo e actio de dolo malo*, in L. GAROFALO (a cura di), *Tutele rimediali in tema di rapporti obbligatori. Archetipi romani e modelli attuali*, Torino 2015, 278 ss.

⁷ Secondo J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano*, in Mnemosyne 26, 1898, 275 e nt. 6, sarebbe senz'altro possibile individuare una risposta affermativa del giurista augusteo: «*Edicto exprimitur, ne postuletur de dolo actio si alia sit; est autem e Quinti sententia in hac specie alia actio: furti si non misericordia ductus servum exolveris, sin misericordia, in factum. Ergo Quintus non adfirmavit sed negavit,*

contraria di *Quintus* – *auctor incertus*, forse da identificare con Quinto Cervidio Scevola, più che con Quinto Claudio Venuleio Saturnino⁸ – secondo il quale, se chi avesse liberato lo schiavo altrui non fosse stato mosso da misericordia, sarebbe stato tenuto per furto, altrimenti, qualora fosse stato invece indotto a liberare lo schiavo da un sentimento di misericordia, sarebbe stato tenuto sulla base di un'*actio in factum*.⁹ Secondo l'opinione riportata da Ulpiano sembra potersi dire che l'agire compassionevole possa determinare una attenuazione della responsabilità, in qualche modo "derubricando" l'illecito commesso da furto a semplice danneggiamento.¹⁰ Nel caso specifico il riferimento è da intendersi verosimilmente a un'*actio in factum legis Aquiliae*, dal momento che chi libera lo schiavo altrui

actionem de dolo ex hac causa dandam esse; interpungendum igitur est post *ait*, ut adfirmaverit Labeo». Il romanista olandese aggiunge in nota: «Causa erroris fuit verbum dicendi in Quinto non expressum». Sulle difficoltà di ricostruire con precisione la posizione labeoniana, v. nella letteratura più recente A.D. MANFREDINI, *Misericordia ductus* cit., 207 nt. 10, nonché F. CURSI, in EAD., R. FIORI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 105, 2011, 172-175.

⁸ Per la possibilità che si tratti di Quinto Cervidio Scevola, sulla base della testimonianza di D. 47.6.6 (Scaev. 4 *quaest.*), cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, Lipsiae 1889 (rist. Graz 1960; Roma 2000), 1229. In questo senso, v. anche J.C. NABER, *Observatiunculae de iure Romano* cit., 275 e nt. 5, nonché G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, 144 nt. 400. Di diverso avviso è P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Literatur des römischen Rechts*², Leipzig 1912, 200 nt. 73, secondo cui si tratterebbe di Quinto Saturnino. L'opzione di quest'ultimo autore è seguita da C.A. CANNATA, *Saturninus*, in *Iuris vincula. Studi in onore di M. Talamanca*, I, Napoli 2001, 362 (= L. VACCA [a cura di], *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 377). Identifica senz'altro il giurista con Quinto Venuleio Saturnino, C. VENTURINI, in S. SCHIPANI (a cura di), *Iustiniani Augusti Digesta seu Pandectae. Digesti o Pandette dell'Imperatore Giustiniano. Testo e traduzione*, I, 1-4, Milano 2005, 299. Sui problemi posti dall'identificazione di *Quintus*, cfr. anche, con ulteriore bibliografia, A.D. MANFREDINI, *Misericordia ductus* cit., 213-214 e nt. 20; F. CURSI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, cit., 173 e nt. 106; da ultimo J.A. GONZÁLEZ ROMANILLOS, *El liber singularis de poenis paganorum de Claudius Saturninus. Identificación y datación del jurista*, Granada 2014, 19-20 nt. 1 e 100.

⁹ V. sul punto A. PERNICE, *Marcus Antistius Labeo. Das römische Privatrecht im ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit*, II, Halle 1878, 409 e nt. 12, il quale riteneva che l'*actio in factum* venisse concessa in sostituzione dell'*actio doli*; in questo senso v. anche P. DE FRANCISCI, Συνάλλαγμα. *Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, 68 s. Di diverso avviso è C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del diritto penale italiano. Raccolta di monografie*, I, Milano 1905 (rist. dell'estratto, Roma 1976), 56, secondo cui «l'azione *in factum* non è altro che un sostitutivo dell'azione *ex lege Aquilia* per danneggiamento». Sul dibattito dottrinale relativo alla natura dell'*actio in factum* menzionata dal frammento, con richiami alla più risalente letteratura, v. B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia. Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia*, in AUPA 21, 1950, 85, nonché A.D. MANFREDINI, *Misericordia ductus* cit., 208-209 nt. 11.

¹⁰ Cfr. C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale* cit., 56, il quale ritiene che non venga concessa l'*actio doli*: «perché manca evidentemente l'artificio o il raggiro, che costituisce dolo nel senso specifico dell'*actio doli*». Per il rapporto tra le nozioni di furto e di danno, v. le osservazioni di B. ALBANESE, *Studi sulla legge Aquilia. Actio utilis e actio in factum ex lege Aquilia* cit., 91, secondo cui la questione posta si dovrebbe ricondurre «alle controversie relative alla differenziazione tra le nozioni di furto e di danno, non presentando il caso del servo sciolto né l'elemento di lucro, richiesto per il furto, né quello della materiale lesione del *corpus*, richiesto per il danno». Per l'ipotesi che Labeone non fosse sicuro della riconducibilità della fattispecie al furto «in quanto, pur essendoci una perdita da un lato e una *contractatio* dall'altra, mancava una sottrazione a vantaggio del soggetto attivo», v. nella letteratura più recente C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2008, 269 nt. 309. Secondo F. CURSI, *Le azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone* cit., 174, la misericordia «si configura come un criterio alternativo all'intento lucrativo che spinge, invece, a preferire l'azione di furto».

in ceppi arreca appunto un danno al *dominus*, che nella fattispecie si determina senza produrre una lesione materiale del bene (si tratta evidentemente di un *damnum* non arrecato *corpore corpori*).¹¹

La fattispecie della liberazione dello schiavo altrui in ceppi per *misericordia* è peraltro ripresa anche dalle Istituzioni di Giustiniano – nell'unico brano che contiene un riferimento alla *misericordia* – proprio per dare conto di quest'ultima forma di tutela:¹²

I. 4.3.16: ... *sed si non corpore damnum fuerit datum neque corpus laesum fuerit, sed alio modo damnum alicui contigit, cum non sufficit neque directa neque utilis Aquilia, placuit eum qui obnoxius fuerit in factum actione teneri: veluti si quis misericordia ductus alienum servum compeditum solverit, ut fugeret.*

L'unico riferimento al motivo della *misericordia* presente nelle Istituzioni di Giustiniano si pone dunque in linea di derivazione diretta dal dibattito giurisprudenziale classico, sul quale è opportuno a questo punto ritornare, per esaminare due ulteriori luoghi ulpiani. La seconda testimonianza di Ulpiano che contiene il lemma *misericordia* concerne le previsioni contenute nell'editto *de servo corrupto*:

D. 11.3.5 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Doli verbum etiam ad eum qui recepit referendum est, ut non alius teneatur, nisi qui dolo malo recepit: ceterum si quis, ut domino custodiret, recepit vel humanitate vel misericordia ductus vel alia probata atque iusta ratione, non tenebitur.*

L'editto *de servo corrupto* sanziona, con una pena nel doppio del valore del pregiudizio arrecato, la condotta di chi abbia accolto presso di sé lo schiavo o la schiava altrui o di chi li abbia persuasi a commettere qualcosa con dolo, in modo da deteriorarli.¹³ Il commento del giurista precisa che l'elemento soggettivo è richiesto anche per la condotta di chi abbia offerto rifugio al servo, in modo tale che sia tenuto in forza delle previsioni dell'editto solo chi abbia agito con dolo. Non sarà invece tenuto chi abbia offerto rifugio al servo per custodirlo nell'interesse del padrone, o altrimenti mosso da umanità o *misericordia*, o per altro valido e giusto motivo.¹⁴ In questo caso, l'aver agito *misericordia ductus* esclude la possibilità di individuare l'elemento soggettivo del dolo.

¹¹ Cfr. in particolare A. CORBINO, *Actio directa, actio utilis e actio in factum nella disciplina giustinianea del danno aquiliano*, in *Studi per G. Nicosia*, III, Milano 2007, 32 ss., nonché, da ultima, L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale*, Torino 2015, 81.

¹² Cfr. per tutti L. DESANTI, *La legge Aquilia. Tra verba legis e interpretazione giurisprudenziale* cit., 81, secondo cui il caso affrontato da D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*), viene riportato nelle Istituzioni di Giustiniano come esempio di danno cagionato *non corpori*, sanzionato dall'*actio in factum legis Aquiliae*.

¹³ Cfr. D. 11.3.1 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Ait praetor: 'Qui servum servam alienum alienam recepisse persuasisseve quid ei dicetur dolo malo, quo eum eam deteriore faceret, in eum quanti ea res erit in duplum iudicium dabo'.* Sull'editto, v. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ cit., 175. Sulle previsioni edituali e sull'*actio servi corrupti*, cfr. B. ALBANESE, *Actio servi corrupti*, in AUPA 27, 1959, 5 ss., nonché G. LONGO, *D. 11, 3*, in BIDR 64, 1961, 199 ss. (= *Ricerche romanistiche*, Milano 1966, 733 ss.). Nella più recente letteratura, v. B. BONFIGLIO, *Corruptio servi*, Milano 1998, 11 ss. (su cui cfr. la recensione di C. VENTURINI, in SDHI 66, 2000, 472 ss.); F. REDUZZI MEROLA, *A proposito della corruptio servi: questioni terminologiche*, in R. GRISOLIA, G. MATINO (a cura di), *Forme e modi delle lingue e dei testi tecnici antichi*, Napoli 2012, 247 ss.; EAD., *Aperçu sur le lexique de la servi corruptio*, in *Hommes, cultures et paysages de l'Antiquité à la période moderne. Mélanges offerts à J. Peyras*, Rennes 2013, 215 ss.; EAD., *Servus fugitivus e corruptio servi*, in *Quasi secundum hominum genus. Studi su schiavi e sottoposti in diritto romano*, Napoli 2014, 54 ss.

¹⁴ La *littera Florentina* contiene la lezione *adprobata* in luogo di *alia probata* (cfr. MOMMSEN, *Editio*

Un'ulteriore testimonianza ulpiana dell'impiego del termine *misericordia* si incontra nel commento all'editto *de sumptibus funerum*:¹⁵

D. 11.7.14.7 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Sed interdum is, qui sumptum in funus fecit, sumptum non recipit, si pietatis gratia fecit, non hoc animo quasi recepturus sumptum quem fecit: et ita imperator noster rescripsit. igitur aestimandum erit arbitro et perpendendum, quo animo sumptus factus sit, utrum negotium quis vel defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni. potest tamen distinguere et misericordiae modus, ut in hoc fuerit misericors vel pius qui funeravit, ut eum sepeliret, ne insepultus iaceret, non etiam ut suo sumptu fecerit: quod si iudici liqueat, non debet eum qui convenitur absolvere: quis enim sine pietatis intentione alienum cadaver funerat? oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem.*

Il pretore prometteva un'azione, denominata *actio funeraria*, per ottenere da colui 'ad quem ea res pertinet', il rimborso delle spese sostenute per un funerale.¹⁶ La rifusione spettava solo nel caso in cui le spese fossero state sostenute con l'intenzione di recuperarle e, anzi, un rescritto di Antonino Caracalla negò l'azione a chi avesse agito nell'adempimento di un *officium pietatis*.¹⁷

Ulpiano ritiene, a sua volta, che il giudice debba indagare sull'intenzione di chi ha effettuato i funerali: 'utrum negotium quis defuncti vel heredis gerit vel ipsius humanitatis, an vero misericordiae vel pietati tribuens vel affectioni'.¹⁸ Il giurista, tuttavia, afferma altresì che

*maior, ad h.l.). C. FERRINI, Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale cit., 57, ritiene interpolato solo il sintagma 'vel adprobata atque iusta ratione'. Sulla chiusa del brano e per il superamento dei dubbi sulla sua genuinità, in precedenza avanzati dalla critica (cfr. B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II cit., 171, che ritiene «estranea all'ordine delle idee del giurista» l'esemplificazione 'vel humanitate... ratione', nonché G. LONGO, *D. 11, 3 cit.*, 205 [= *Ricerche romanistiche cit.*, 739]), v. B. BONFIGLIO, *Corruptio servi cit.*, 67 e, da ultima, F. REDUZZI MEROLA, *Aperçu sur le lexique de la servi corruptio cit.*, 216.*

¹⁵ Cfr. D. 11.7.12.2 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Quod funeris causa sumptus factus erit, eius recipere nomine in eum, ad quem ea res pertinet, iudicium dabo'*. Sull'editto, v. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ cit., 229 s.; con particolare riferimento al rapporto con l'editto *de negotiis gestis*, cfr. G. PACCHIONI, *Della gestione degli affari altrui secondo il diritto romano civile e commerciale*, Padova 1935, 17 ss.; G. DONATUTI, *Actio funeraria*, in SDHI 8, 1942, 48 ss. (= *Studi di diritto romano*, II, Milano 1977, 641 ss.); A. CENDERELLI, *Gestione d'affari ereditari, ed editto "de sumptibus funerum": punti di contatto ed elementi di differenziazione*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano 1982, 265 ss. (= *Scritti romanistici*, Milano 2011, 249 ss.), nonché A. PALMA, v. 'Sepolcro e sepoltura (dir. rom.)', in *Enc. dir.* 42, Milano 1990, 14 ss.

¹⁶ Che dovesse trattarsi di un *cadaver alienum*, «che non si è tenuti a seppellire a proprie spese» (così G. DONATUTI, *Actio funeraria cit.*, 53 [= *Studi di diritto romano*, II cit., 647]), risulta, oltre che dal paragrafo in esame, anche da Paul. Sent. 1.21.10: *Qui alienum mortuum sepelierit, si in funus eius aliquid impenderit, recipere id ab herede vel a patre vel a domino potest*. Cfr. anche D. 11.7.31.1 (Ulp. 25 *ad ed.*): *Qui servum alienum vel ancillam sepelivit, habet adversus dominum funerariam actionem*.

¹⁷ Cfr. G. DONATUTI, *Actio funeraria cit.*, 59 (= *Studi di diritto romano*, II cit., 654); S. TONDO, *Osservazioni intorno alla pro herede gestio*, in AG 153, 1957, 50; sulla portata del rescritto di Caracalla, v. anche C. BEDUSCHI, *Hereditatis aditio*, I, *L'accettazione dell'eredità nel pensiero della giurisprudenza classica*, Milano 1976, 84 ss. Per l'attribuzione ad Antonino Caracalla, cfr. inoltre G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, II, Milano 1963, 186 ss. (= *rist. Bologna* 2012, 127 ss.). Diversamente, A. SICARI, *Leges venditionis. Uno studio sul pensiero giuridico di Papiniano*, Bari 1996, 231, che attribuisce l'intervento ad Alessandro Severo.

¹⁸ Sul punto v. in particolare A. CENDERELLI, «Gerere negotium humanitatis», in *Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, II, Napoli 1984, 793 ss. (= *Scritti romanistici cit.*, 307 ss.).

la *pietas* e la *misericordia* nei confronti del defunto non possono essere sufficienti a escludere in ogni caso la possibilità di esperire l'azione. Si deve tener conto, infatti, anche della possibilità che l'atteggiamento pio e misericordioso di chi abbia pagato le spese funebri fosse diretto semplicemente a impedire che il defunto '*insepultus iaceret*', e non quello di farsi carico delle spese ('*non etiam ut suo sumptu fecerit*'). Dunque l'atteggiamento misericordioso nei confronti del defunto non è sufficiente ad escludere la possibilità di esperire l'azione, ma costituisce oggetto di accertamento il reale intento di chi abbia pagato le spese del funerale e della sepoltura. Il giurista suggerisce conclusivamente, e a scopo cautelare, di redigere *testationes* per evitare l'instaurazione di future controversie: '*oportebit igitur testari, quem quo animo funerat, ne postea patiatur quaestionem*'.¹⁹

Proseguendo nell'analisi dei luoghi ulpiane in cui ricorre il termine *misericordia*, è necessario richiamare ora D. 16.3.7 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*), che prende in considerazione una fattispecie di responsabilità da inadempimento:

D. 16.3.7 pr. (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si hominem apud se depositum, ut quaestio de eo habere-tur, ac propterea vinctum vel ad malam mansionem extensum sequester solverit misericordia ductus, dolo proximum esse quod factum est arbitror, quia cum sciret, cui rei pararetur, intem-pestive misericordiam exercuit, cum posset non suspicere talem causam quam decipere.*

Il commento del giurista severiano all'editto del pretore si sofferma sull'azione spettante contro il sequestratario che, mosso da *misericordia*, abbia liberato lo schiavo che gli era stato affidato affinché venisse sottoposto a tortura.²⁰ Si tratta di stabilire se il sequestratario sia responsabile per l'inadempimento dell'obbligazione di custodire lo schiavo. La regola da applicare al caso concreto è che il sequestratario risponde a titolo di dolo. La condotta del sequestratario che libera lo schiavo per *misericordia* è infatti ritenuta da Ulpiano riconducibile al dolo ('*dolo proximum esse quod factum est arbitror*').²¹

¹⁹ Su queste *testationes*, cfr. ampiamente J. VÁŽNÝ, *La funzione della "testatio" nel diritto funerario romano*, in AUPA 8, 1921, 488 ss., nonché P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, I, *Introduzione. Parte generale*², Milano 1967, 596. Nella più recente letteratura, v. A. PALMA, v. '*Sepolcro e sepoltura (dir. rom.)*' cit., 16 ss.

²⁰ Cfr. G. BROGGINI, *Introduction au sequester*, in *Mélanges Ph. Meylan*, I, Lausanne 1963, 48, che osserva come nel caso di specie si intendesse acquisire la confessione dello schiavo da utilizzare in un processo come mezzo di prova. Sul brano, con particolare riferimento alla *mala mansio*, v. da ultima A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruendam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta*, Bologna 2011, 33 ss.

²¹ La dottrina più risalente, a partire da A. DE MEDIO, *Studi sulla "culpa lata" in diritto romano*, BIDR 17, 1905, 5 ss., con riferimento al frammento in esame, 26; seguito sul punto da C. LONGO, *Corso di diritto romano. Il deposito*, Milano 1933, 51 ss.), ha dubitato della genuinità del brano in ragione dell'orientamento secondo cui l'equiparazione della *culpa lata* al dolo sarebbe di matrice bizantina (sul punto, v. anche A.D. MANFREDINI, *Misericordia ductus* cit., 225 e nt. 46). Per una diversa posizione, v. già V. ARANGIO RUIZ, *Responsabilità contrattuale in diritto romano*², Napoli 1935 (rist. 1958), 35 s., 253 s., che evidenzia: «lo sforzo di pensiero compiuto dal giurista per riportare la decisione sotto il concetto del dolo» (254 nt. 1). Contro i sospetti di interpolazione in precedenza avanzati dalla critica, cfr. anche B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, II cit., 172, n. 2, che, da parte sua, osserva: «non credo si possa attribuire ad un legislatore cristiano il concetto che un atto di misericordia sia dolo *proximus*». Secondo L. MAGANZANI, *La «diligentia quam suis» del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali. Casi e questioni di diritto civile nella prospettiva storico-comparatistica*, Milano 2006, 114, Ulpiano, nel ritenere il comportamento del sequestratario riconducibile al dolo rivelerebbe «un certo imbarazzo». L'autrice richiama in nota la testimonianza di D. 4.3.7.7 (Ulp. 11 *ad ed.*), osservando che «in un caso analogo i giuristi

La motivazione fornita dal giurista è che il sequestratario ha esercitato la misericordia intempestivamente. Quest'ultimo avrebbe potuto non accettare l'incarico, piuttosto che trarre in inganno chi gli aveva in precedenza affidato lo schiavo. La circostanza è significativa perché, mentre in altre fattispecie il comportamento misericordioso dell'agente esclude il dolo, nel caso preso in considerazione dal giurista l'aver agito *misericaordiae causae* è considerato 'dolo proximum'. Nella fattispecie, ci troviamo di fronte a un rapporto contrattuale, con la conseguenza che chi ha assunto un impegno non può disattenderlo, anche se ciò sia avvenuto per un ripensamento successivo *misericaordiae causa*.²²

Un'ulteriore testimonianza ulpiana, in cui è dato riscontrare la presenza del termine *misericaordia*, è relativa all'editto *de turba*:²³

D. 47.8.4.6 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Si quis adventu suo turbam concitavit vel contraxit, vel clamore vel facto aliquo vel dum criminatur aliquem vel dum misericordiam provocat: si dolo malo eius damnum datum sit, etiamsi non habuit consilium turbae cogendae, tenetur. verum est enim dolo malo eius in turba damni quid datum: neque enim exigit praetor, ut ab ipso sit turba convocata, sed hoc, ut dolo alicuius in turba damnum datum sit. eritque haec differentia inter hoc edictum et superius, quod ibi de eo damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis datum est vel raptum etiam non coactis hominibus: at hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est, etiamsi non ipse turbam coegit, sed ad clamorem eius vel dicta vel misericordiam turba contracta est, vel si alius contraxit vel ipse ex turba fuit.*

Il commento di Ulpiano si sofferma sull'individuazione della condotta oggetto di riprovazione, con particolare riferimento all'elemento soggettivo del dolo.²⁴ Si considera il caso in cui qualcuno abbia provocato con il suo arrivo o abbia radunato una *turba* ('*Si quis adventu suo turbam concitavit vel contraxit*'), nonché l'ipotesi in cui quest'ultima si sia

escludono espressamente il dolo». In realtà, come abbiamo visto *supra*, la mancata concessione dell'*actio doli* sembra piuttosto derivare nella riflessione scientifica di Quintus, dalla quale Ulpiano non si discosta, dalla disponibilità di altri rimedi. Nella più recente letteratura, v. anche A. BELLODI ANSALONI, *Ad eruen-dam veritatem. Profili metodologici e processuali della quaestio per tormenta* cit., 36 nt. 48, secondo cui l'espressione impiegata nel frammento sarebbe «tecnicamente debole».

²² Cfr. R.P. RODRÍGUEZ MONTERO, *Responsabilidad contractual y extracontractual en derecho romano*, Santiago de Compostela 2015, 57 e nt. 47, che osserva in proposito come «una conducta, calificada como moralmente intachable, pudiese ser estimada como un obrar doloso cuando existiese el deber de comportarse de una determinada manera».

²³ L'editto puniva con un'azione, in *duplum* se esercitata entro l'anno, la condotta di chi con dolo avesse arrecato un danno in una *turba*. La relativa clausola edittale è riferita in D. 47.8.4 pr. (Ulp. 56 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Cuius dolo malo in turba damnum quid factum esse dicetur, in eum in anno, quo primum de ea re experiundi potestas fuerit, in duplum, post annum in simplum iudicium dabo'*. Per la ricostruzione dell'editto, v. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ cit., 395-396. Su tale previsione e sul suo rapporto con la clausola *vi bonorum raptorum*, v. in particolare M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano*, Padova 1969, 10, nonché G. LONGO, *La repressione della violenza nel diritto penale romano*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova 1970, 466 ss.

²⁴ Cfr. D. 47.8.4.4-5 (Ulp. 56 *ad ed.*): *Hoc autem edicto tenetur non solus, qui damnum in turba dedit, sed et is, qui dolo malo fecerit, ut in turba damni quid daretur, sive illo venerit sive non fuerit praesens: dolus enim malus etiam absentis esse potest. 5. Hoc edicto dicendum est etiam eum teneri, qui venit et in turba fuit auctor damni dandi, si tamen et ipse inter turbam fuit, cum damnum daretur, et dolo malo fuit: nam et huius dolo malo in turba damni quid factum esse negari non potest. Su questi paragrafi, cfr. per tutti L. VACCA, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'*, Milano 1972, 55 e nt. 14 (= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano*, Napoli 2015, 105 e nt. 14).*

spontaneamente riunita per le grida di qualcuno, o per qualche altro fatto, o mentre veniva sostenuta un'accusa o per *misericordia* ('*vel clamore vel facto aliquo vel dum criminatur aliquem vel dum misericordiam provocat*').²⁵ Il giurista precisa in proposito che la previsione dell'editto non richiede che sussista in capo al convenuto l'intenzione di riunire la turba, ma semplicemente che il danno sia stato arrecato dolosamente ('*si dolo malo eius damnum datum sit, etiamsi non habuit consilium turbae cogendae, tenetur*'). L'editto, infatti, non prende in considerazione la condotta di chi abbia riunito la turba, ma solo quella di chi nella turba abbia arrecato un danno con dolo ('*verum est enim dolo malo eius in turba damni quid datum: neque enim exigit praetor, ut ab ipso sit turba convocata, sed hoc, ut dolo alicuius in turba damnum datum sit*').

Il giurista si sofferma quindi sulle differenze che intercorrono tra le previsioni dell'editto *de hominibus armatis coactisve et vi bonorum raptorum* e quelle contenute nell'editto *de turba*.²⁶ Nel primo, si prende in considerazione il danno cagionato con dolo da un gruppo di persone appositamente radunate o comunque determinato dalla sottrazione violenta di una cosa, anche senza che ciò sia avvenuto ad opera di un gruppo di persone organizzato ('*eritque haec differentia inter hoc edictum et superius, quod ibi de eo damno praetor loquitur, quod dolo malo hominibus coactis datum est vel raptum etiam non coactis hominibus*'),²⁷ mentre nell'editto *de turba* rileva il danno che è stato arrecato con dolo nell'ambito di una turba, anche se chi ha arrecato materialmente il danno non ha riunito la turba, ma questa si sia spontaneamente riunita per le sue grida, o per le sue parole, o per un sentimento di *misericordia* o, anche, se sia stata radunata da altri e l'agente si sia trovato semplicemente in mezzo alla folla ('*at hic de eo damno, quod dolo malo in turba datum est, etiamsi non ipse turbam coegit, sed ad clamorem eius vel dicta vel misericordiam turba contracta est, vel si alius contraxit vel ipse ex turba fuit*').²⁸

²⁵ La frase contenente il riferimento alla *misericordia* è considerata emblematica da G. LONGO, *La repressione della violenza nel diritto penale romano* cit., 467. Sul brano, v. ampiamente L. VACCA, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'* cit., 48 ss. (= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano* cit., 98 ss.).

²⁶ Cfr. D. 47.8.2 pr. (Ulp. 56 ad ed.); Praetor ait: '*Si cui dolo malo hominibus coactis damni quid factum esse dicetur sive cuius bona rapta esse dicentur, in eum, qui id fecisse dicetur, iudicium dabo. item si servus fecisse dicetur, in dominum iudicium noxale dabo*'. Su questa previsione cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ cit., 391 ss.; M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* cit., 2 ss., nonché L. VACCA, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'* cit., 47 ss. (= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano* cit., 97 ss.). Secondo H. NIEDERMEYER, *Crimen plagii und crimen violentiae. Zur Geschichte juristischer Begriffe*, in *Studi in onore di P. Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, II, Milano 1930, 406, sarebbe spuria l'intera chiusa del frammento, da *eritque a ex turba fuit*.

²⁷ Per l'ipotesi dell'interpolazione del passaggio *vel raptum etiam non coactis hominibus*, v. M. COHN, *Zur römischen Vereinsrecht*, Berlin 1873, 195; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 1338; O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ cit., 393 s., nonché M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* cit., 264. Per una diversa interpretazione, cfr. L. VACCA, *Ricerche in tema di 'actio vi bonorum raptorum'* cit., 52 ss. (= *Delitti privati e azioni penali. Scritti di diritto romano* cit., 102 ss.), che ritiene possa invece trattarsi di un glossema esplicativo.

²⁸ V. sul punto O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II cit., 764 nt. 4, che individua una glossa nelle parole *vel si ... fuit*. Più radicale l'opinione di M. BALZARINI, *Ricerche in tema di danno violento e rapina nel diritto romano* cit., 264 s., secondo cui l'intera proposizione avversativa con cui si chiude il sesto paragrafo del frammento costituirebbe «una glossa riassuntiva e conclusiva, peraltro per nulla esaustiva, nonostante l'intento del suo autore, delle varie fattispecie passibili di sanzione».

L'ultima attestazione dell'impiego del termine *misericordia* nella produzione scientifica ulpiana è costituita da un frammento in materia di *beneficium competentiae* riconosciuto al *bonis cedens*.²⁹ In particolare, il giurista prende in considerazione a quali condizioni sarebbe stato possibile promuovere una seconda *bonorum venditio* contro colui il quale avesse effettuato la *cessio bonorum*:³⁰

D. 42.3.6 (Ulp. 64 ad ed.): *Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt. unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod adquisitum est an vero ex qualitate? et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quaesit, dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis. idem et si usus fructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est.*

Il frammento ricorda che colui il quale avesse posto in essere una *cessio bonorum* non avrebbe potuto subire una nuova *bonorum venditio*, se il suo patrimonio non avesse raggiunto una certa consistenza ('*Qui bonis suis cessit, si modicum aliquid post bona sua vendita adquisivit, iterum bona eius non veneunt*').³¹ Il giurista prende quindi in considerazione i criteri in base ai quali valutare la misura dell'incremento patrimoniale ('*unde ergo modum hunc aestimabimus, utrum ex quantitate eius quod adquisitum est an vero ex qualitate?*'). Secondo Ulpiano, la valutazione deve essere ispirata ad un criterio quantitativo ('*et putem ex quantitate id aestimandum esse eius quod quaesit*').

²⁹ Cfr. D. 42.3.4 pr. (Ulp. 59 ad ed.): *Is qui bonis cessit si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur*. I. 4.6.40: *Eum quoque, qui creditoribus suis bonis cessit, si postea aliquid adquisierit, quod idoneum emolumentum habeat, ex integro in id quod facere potest creditores cum eo experiuntur: inhumanum enim erat spoliatum fortunae suis in solidum damnari*. Per la previsione editale relativa alla *cessio bonorum* e sulla responsabilità del *bonis cedens* per i debiti *ex ante gesto*, cfr. O. LENEL, *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ cit., risp., 414 e 430 ss. L'espressione *beneficium competentiae* non è, com'è noto, romana: sul punto, v. O. CLERICI, *Sul beneficium competentiae in diritto romano*, Torino 1900 (rist. Napoli 1982), 9 ss., nonché A. LEVET, *Le bénéfice de compétence*, Paris, 1927, xv ss. Sul tema, cfr. inoltre G. FERRARI, v. '*Beneficia*', in NNDI 2, Torino 1958, 314; P. VOCI, v. '*Esecuzione forzata (dir. rom.)*', in Enc. dir. 15, 1966, 428 s.; V. GIUFFRÈ, *Profili politici ed economici della «cessio bonorum»*, in Rivista di studi salernitani 4, 1971, 3 ss.; ID., *La c.d. «lex Julia» de bonis cedendis*, in Labeo 18, 1972, 173 ss. (= *L'indennizzo dei creditori senza rovinare il debitore*, in Esperienze romane e moderne, Napoli 2013, 51 ss. [= *La «bonorum cessio» del «decoctor»*, in Momenti della «iuris scientia». Per la coscienza del giurista moderno. Scritti emigrati, Madrid 2015, 207 ss.]); M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae*, in AUPA 36, 1976, 5 ss. (= *Studi in onore di A. Arena*, III, Padova 1981, 1313 ss. [= *Scritti giuridici*, I, Palermo 2003, 299 ss.]); A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*², Napoli 1978 (rist. 2015), 38 ss.; J. GILDEMEISTER, *Das beneficium competentiae im klassischen römischen Recht*, Göttingen 1986, 33 ss. (su cui v. anche le recensioni di M. MARRONE, in IVRA 37, 1986, 141 [= *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 1053]; A. BURDESE, in SDHI 53, 1987, 395 [= *Recensioni e commenti. Sessant'anni di letture romanistiche*, I, Padova 2009, 576]; C. MASI DORIA, in Labeo 34, 1988, 353).

³⁰ Il giurista sta prendendo in considerazione l'editto *De actionibus, quae ex ante gesto aversus fraudatorem competunt*. Per la collocazione palinogenetica del frammento, cfr. O. LENEL, *Palinogenesia iuris civilis*, II cit., 794, nonché ID., *Das edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ cit., 430 ss.

³¹ I dubbi sulla genuinità del brano espressi da S. SOLAZZI, *Il concorso dei creditori nel diritto romano*, IV, Napoli 1943, 174 ss., sono superati da M. MARRONE, *Note di diritto romano sul c.d. beneficium competentiae* cit., 33 ss. (= *Studi in onore di A. Arena*, III cit., 1331 s. [= *Scritti giuridici*, I cit., 317 s.]). Esprime forti riserve sull'autenticità del frammento anche A. GUARINO, *La condanna nei limiti del possibile*² cit., praecipue 123 e 144.

Si deve tener conto, inoltre, delle esigenze alimentari del debitore. Se dunque chi ha effettuato la *cessio bonorum* ha ottenuto qualcosa *misericordiae causa*, per esempio un mensile o un sussidio annuale per gli alimenti, non si deve procedere alla vendita dei suoi beni: il debitore non deve essere privato degli alimenti quotidiani (*'dummodo illud sciamus, si quid misericordiae causa ei fuerit relictum, puta menstruum vel annuum alimentorum nomine, non oportere propter hoc bona eius iterato venundari: nec enim fraudandus est alimentis cottidianis'*). Lo stesso dovrà ritenersi anche se gli è stato concesso, o è stato disposto in suo favore per legato, un usufrutto, in forza del quale viene percepito solo quanto gli basta per gli alimenti (*'idem et si usus fructus ei sit concessus vel legatus, ex quo tantum percipitur, quantum ei alimentorum nomine satis est'*).³²

Dunque se un debitore ha effettuato una *cessio bonorum*, contro di lui è proponibile la *bonorum venditio* solo se ha nel frattempo acquistato una sufficiente quantità di beni, al di là di ciò che gli fosse stato lasciato *misericordiae causa*. L'agire con *misericordia* è ancora una volta parametro dell'agire di chi sia mosso da spirito compassionevole nei confronti di altri. In questo caso, tuttavia, è rilevante che quanto acquisito dopo la *cessio bonorum* costituisca reddito alimentare: la *misericordia* è solo il motivo che può indurre qualcuno al lascito.

L'ultima fonte di carattere giurisprudenziale da prendere in considerazione è un paragrafo delle *Pauli sententiae*, impiegato dai compilatori nella redazione del Digesto e noto solo grazie alla compilazione di Giustiniano:

Paul. Sent. 2.24.10 = D. 25.3.4: *Necare videtur non tantum is qui partum praefocat, sed et is qui abicit et qui alimonia denegat et is qui publicis locis misericordiae causa exponit, qui ipse non habet.*

Il brano è stato collocato dai compilatori nel titolo D. 25.3 *De agnoscendis et alendis liberis vel parentibus vel patronis vel libertis* e viene coerentemente inserito nella ricostruzione critica del testo delle *Pauli sententiae* nel titolo Paul. Sent. 2.24 *De liberis agnoscendis*.³³ Il

³² V. sul punto M. PAMPALONI, *Questioni di diritto giustiniano*, in RISG 52, 1912, 216 e nt. 8, ritiene il brano interpolato in ragione dell'osservata tendenza giustiniana ad estendere la facoltà di dedurre l'*aliquid sufficiens* a tutti i debitori che godevano del *beneficium competentiae*. La proposta di restituzione di Muzio Pampaloni non comporta tuttavia l'espunzione del riferimento alla *misericordia*. Secondo Pampaloni, Ulpiano avrebbe escluso che «l'acquisto di un credito per gli alimenti, o di un diritto di usufrutto equivalente ad esso, permettesse, per sé solo, l'iterazione della *venditio*». Secondo lo stesso autore, inoltre, *concessus* avrebbe sostituito *in iure cessus* nella originale scrittura ulpiana. Il brano è invece senz'altro ritenuto genuino da P.P. ZANZUCCHI, *Sul c.d. beneficium competentiae*, in BIDR 29, 1916, 101. Suggerisce di emendare *concessus* in *in iure cessus*, anche A. LEVET, *Le bénéfice de compétence* cit., 212 nt. 194. Diversamente, S. SOLAZZI, *L'estinzione dell'obbligazione nel diritto romano*, I², Napoli 1935, 230 ss. (con riferimento al testo in esame, v. soprattutto 233 e nt. 1), che ritiene in ogni caso spuria la deduzione dell'*aliquid sufficiens ne egeatur*.

³³ Cfr. *Ulpiani liber singularis regularum. Pauli libri quinque sententiarum. Fragmenta minora saeculorum p. Chr. n. secundi et tertii*. Edidit PAULUS KRUEGER, in *Collectio librorum iuris antejustinianiani in usum scholarum*. Ediderunt PAULUS KRUEGER, THEODORUS MOMMSEN, GUILIELMUS STUEDEMUND. *Tomus alter*, Berolini 1878, 74; *Iurisprudentiae antejustinianae reliquias in usum maxime academicum compositas* a PH. EDUARDO HUSCHKE *editione sexta aucta et emendata ediderunt* E. SECKEL et B. KUEBLER. *Voluminis alterius fasciculus prior*, Lipsiae 1911, 59; *Fontes Iuris Romani Antejustinianiani. Pars altera. Auctores. Edidit notisque illustravit* JOHANNES BAVIERA..., Florentiae 1940² (rist. 1968), 350; nonché M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Pauli sententiae. Testo e interpretatio*, Padova 1995, 49. Sostanzialmente conforme sul punto,

testo stabilisce un'equiparazione tra l'uccisione, l'abbandono, la privazione degli alimenti e l'esposizione *misericordiae causa* dell'infante.

In ragione del diverso regime dell'esposizione attestato dalle fonti per l'età classica (in età classica l'esposizione di neonati è atto del tutto conforme a diritto), la dottrina dubita fortemente della riferibilità del contenuto del brano al pensiero di Paolo.³⁴ È stata, altresì, messa in evidenza l'indiscutibile affinità esistente tra questo luogo paolino e un brano delle *Divinae Institutiones* di Lattanzio:³⁵

Lattanzio, *Divin. Inst.* 6.20.21-23 [ed. E. Heck, A. Wlosok, Berolini et Novi Eboraci 2009, 616-617]: *quid illi quos falsa pietas cogit exponere? Num possunt innocentes existimari,*

anche se con una diversa numerazione dei titoli, è la palingenesi proposta da D. LIEBS, *Die pseudopaulinischen Sentenzen II. Versuch einer neuen Palingenesie, Ausführung*, in ZSS 113, 1996, 165, che inserisce il frammento sotto il titolo Paul. Sent. 2.28(24) *De liberis agnoscendis*. Sulla datazione dell'opera, cfr. ID., *Römische Jurisprudenz in Africa mit Studien zu den pseudopaulinischen Sentenzen*², Berlin 2005, 46-50.

³⁴ Cfr. E. VOLTERRA, *Sull'uso delle Sententiae di Paolo presso i compilatori del Breviarium e presso i compilatori giustiniane*, in *Atti del Congresso internazionale di diritto romano (Bologna e Roma 17-27 aprile 1933)*, I, Bologna, Pavia 1934, 95 (= *Scritti giuridici*, IV, Napoli 1993, 201); F. LANFRANCHI, «*Ius exponendi*» e obbligo alimentare nel Diritto romano classico, in SDHI 6, 1940, 20 ss.; E. VOLTERRA, v. *Esposizione dei nati. Diritto greco e diritto romano*, in NNDI, VI, Torino 1960, 879; M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano*, in SDHI 49, 1983, 213 ss.; M. MEMMER, *Ad servitatem aut ad lupanar... Ein Beitrag zur Rechtsstellung von Findelkindern nach römischem Recht – unter besonderer Berücksichtigung von §§ 77, 98 Sententiae Syriacae*, in ZSS 121, 1991, 67 ss.; da ultimo, A. LOVATO, *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico*, in *Ravenna capitale. Giudizi, giudici e norme processuali in Occidente nei secoli IV-VIII*, I, Saggi, Santarcangelo di Romagna 2015, 252: «il brano riflette una visione lontanissima dagli orientamenti classici, e tendente – contro il principio di intangibilità della potestà paterna – a combattere con ogni mezzo la pratica della *expositio*, equiparandola appunto alla *necatio*». Una diversa posizione è tuttavia espressa, nella letteratura più recente, da S. TAFARO, *Diritto alla vita e infanticidio*, in *Diritto@Storia* 11, 2013, 10 ss., secondo cui il testo delle *Pauli sententiae* testimonierebbe un convincimento diffuso e radicato nell'epoca in cui visse il giurista. Prende in considerazione il brano, con specifico riferimento all'interpretazione di Nov. 115.4.1 (e dunque senza discuterne la genuinità), S. KURSA, *La diseredazione nel diritto giustiniano*, Bari 2012, 153. Merita inoltre di essere segnalata la posizione K. HARPER, *Slavery in the Late Roman World, AD 275-425*, Cambridge 2011, 418, secondo cui il testo delle *Pauli Sententiae*, lungi dal riferirsi all'esposizione come crimine, sarebbe diretto solo a precisare il venir meno degli obblighi alimentari dei figli verso i genitori conseguente all'esposizione.

³⁵ V. a questo proposito M. BIANCHI FOSSATI VANZETTI, *Vendita ed esposizione degli infanti da Costantino a Giustiniano* cit., 214 e nt. 106, secondo cui l'ipotizzata alterazione del brano delle *Pauli sententiae* risalirebbe ad età pregiustiniana; cfr. anche R. MARTINI, *Sulla vendita dei neonati nella legislazione costantiniana*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana. VII Convegno internazionale*, Perugia 1988, 431-432; nonché A. LOVATO, *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico* cit., 252. Sull'opera di Lattanzio e sulla sua conoscenza del diritto romano, che risulta significativamente, tra l'altro, dal fatto che il retore assume come modello delle *Divinae Institutiones* le trattazioni istituzionali scritte dai prudentes (*Divin. Inst.* 1.1.12 [ed. E. Heck, A. Wlosok, Monachii et Lipsiae 2005, 4]: *et si quidam prudentes et arbitri aequitatis institutiones civilis iuris compositas ediderunt, quibus civium dissidentium lites contentionesque sopirent, quanto melius nos et rectius divinas institutiones litteris persequemur, in quibus non de stiliicidiis aut aquis arcendis aut de manu conserenda, sed de spe, de vita, de salute, de immortalitate, de deo loquemur, ut superstitiones mortiferas erroresque turpissimos sopiamus?*), cfr. in particolare C. FERRINI, *Le cognizioni giuridiche di Lattanzio, Arnobio e Minucio Felice*, in *Memorie Accad. Scienze Modena* II serie 10, 1894, 195 ss. (= *Opere*, II, Milano 1929, 467 ss.); nonché J. GAUDEMET, *Lactance et le droit romain*, in *Accademia Romanistica Costantiniana. Atti II° Convegno internazionale*, Perugia 1976, 83 ss. Sulle coordinate culturali della posizione assunta dal retore cristiano in materia di esposizione degli infanti, v. J.C. TATE, *Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire* cit., 126 s.

qui viscera sua in praedam canibus obiciunt et, quantum in ipsis est, crudelius necant quam si strangulassent? 22. quis dubitet, quin impius sit, qui alienae misericordiae locum tribuit? qui, etiamsi contingat ei quod voluit, ut alatur, addix certe sanguinem suum vel ad servitutem vel ad lupanar. 23. quae autem possint vel soleant accidere in utroque sexu per errorem, quis non intellegit, quis ignorat? quod vel unius Oedipodis declarat exemplum duplici scelere confusum. tam igitur nefarium est exponere quam necare.

Del resto, il testo attribuito a Paolo, lungi dal riflettere il pensiero del giurista classico, dà conto, in realtà, di una costituzione di Valentiniano I, contenuta solo nel Codice di Giustiniano, che assoggetta a pena capitale chi espone la propria prole violando gli obblighi alimentari.³⁶

C. 8.51(52).2 pr. (*Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.*, a. 374): *Unusquisque subolem suam nutriat. quod si exponendam putaverit, animadversioni quae constituta est subiacebit.*

È dunque ragionevole ipotizzare che il testo delle *Pauli sententiae* sia stato quantomeno ampiamente rimaneggiato, sia per la connessione contenutistica con la costituzione di Valentiniano, sia per il richiamo alla *misericordia* che per la prima volta sembra riecheggiare temi dell'etica cristiana.

Per il resto dalle altre fonti analizzate risulta un quadro piuttosto articolato, ma sostanzialmente omogeneo, in cui le molteplici attestazioni dell'uso del termine *misericordia*,

³⁶ C. 8.51(52).2 pr. contiene, in realtà, un semplice richiamo alla pena che è stata stabilita (*animadversioni quae constituta est subiacebit*). Il riferimento è, probabilmente, a CTh. 9.14.1 (*Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum p[raefectum] p[raetori]o*, a. 374): *Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, erit capitale istud malum*. Quest'ultima costituzione è contenuta anche in C. 9.16.7(8) (*Imppp. Valentinianus Valens et Gratianus AAA. ad Probum pp.*, a. 374): *Si quis necandi infantis piaculum adgressus adgressave sit, sciat se capitali supplicio esse puniendum*. Sul punto, cfr. S. TAFARO, *Diritto alla vita e infanticidium* cit., 11; nonché, A. LOVATO, *Vindicatio puerorum e status degli esposti nel Tardoantico* cit., 251 e nt. 22. Manifesta una certa prudenza nella definizione della portata normativa dell'intervento, M. CORBIER, *Child exposure and abandonment*, in S. DIXON (ed.), *Childhood, Class and Kin in the Roman World*, London-New York 2001, 59 s. Secondo K. HARPER, *Slavery in the Late Roman World, AD 275-425* cit., 416 ss., C. 8.51(52).2 non avrebbe affatto assoggettato a pena capitale l'esposizione degli infanti, ma solo regolato, sulla scia dell'intervento costantiniano del 331 (CTh. 5.9.1), le conseguenze dell'esposizione sul piano dei rapporti potestativi. Deve essere ricordato che il primo primo paragrafo di C. 8.51(52).2 sanziona gli espositori con la perdita del loro diritto sugli esposti: *Sed nec dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si ab ipsis expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit: nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit*. Giustiniano ha, tuttavia, operato una saldatura in un contesto unitario, tra la legge di Valentiniano I che stiamo prendendo in considerazione e una successiva costituzione di Onorio, emanata a Ravenna nel 412, tradita dal Codice Teodosiano. Cfr. CTh. 5.9.2 (*Imp. Honor[ius] et Theod[osius] AA. Melitio p[raefecto] p[raetori]o*, a. 412): *Nullum dominis vel patronis repetendi aditum relinquimus, si expositos quodammodo ad mortem voluntas misericordiae amica collegerit, nec enim dicere suum poterit, quem pereuntem contempsit; si modo testis episcopalis subscriptio fuerit subsecuta, de qua nulla penitus ad securitatem possit esse cunctatio*. L'ipotesi cui si riferisce il provvedimento di Onorio è relativa al caso di soggetti esposti, figli di schiavi o di coloni, i quali siano poi stati raccolti da un terzo che, agendo spinto da un sentimento di misericordia, li abbia quindi sottratti alla morte. A seguito di tale accadimento essi sarebbero poi ricaduti sotto la potestà del ritrovatore. Sull'uso dell'espressione *voluntas misericordiae amica collegerit* da parte della cancelleria di Onorio v. in particolare J.C. TATE, *Christianity and the Legal Status of Abandoned Children in the Later Roman Empire* cit., 134 ss.

sono tutte riferibili alla misericordia umana, consistente in un comportamento compassionevole ispirato dall'*humanitas* e senza alcun collegamento alla misericordia divina. La distanza con l'uso del termine nelle fonti tardoantiche è evidente e depone certamente a favore della sostanziale genuinità delle nostre occorrenze.

Quanto a valenze e significati dell'uso del termine si può dire che talvolta la *miserecordia* è il semplice motivo dell'agire umano, senza che ciò comporti specifiche conseguenze riguardo alla valutazione giuridica di quel comportamento: è il caso di chi *miserecordiae causa* abbia pagato una somma di denaro per evitare un processo calunnioso nei confronti di una terza persona (D. 3.6.7 pr.) o altrimenti abbia conferito ad altri un mensile o un sussidio annuale a fini alimentari (D. 42.3.6), o, ancora, abbia provveduto al pagamento delle spese funerarie e di sepoltura di un defunto altrui (D. 11.7.14.7).

Sono questi tutti casi in cui la *miserecordia* induce a un comportamento altruista e compassionevole e che tuttavia, pur incidendo sotto il profilo motivazionale, non comportano un'immediata conseguenza sulla valutazione in termini giuridici dell'elemento psicologico dell'agente. Qualcosa di simile accade anche nel caso di D. 47.8.4.6, in cui è la turba di persone da cui scaturisce un illecito che può essersi formata in diverse circostanze, fra cui anche la *miserecordia*.

Diversi sono invece i casi in cui non solo la *miserecordia* guida la condotta dell'agente, ma diventa parametro di valutazione della sua responsabilità. In un primo caso l'agire misericordioso però non è rilevante; si tratta del sequestratario che, mosso da misericordia, abbia liberato lo schiavo che gli era stato affidato affinché venisse sottoposto a tortura (D. 16.3.7 pr.). Qui il vincolo contrattuale e l'impegno assunto impediscono che il movente dell'agente abbia conseguenze giuridiche. Si dovrà pertanto rispondere per l'inadempimento dell'obbligazione di custodire lo schiavo.

Diversa invece la soluzione nel caso in cui, al di fuori di ogni vincolo contrattuale, il comportamento misericordioso – e qui assume particolare rilievo il movente psicologico dell'agente – esclude o attenua la responsabilità. È il caso di chi *miserecordia ductus* abbia liberato lo schiavo affinché fuggisse (D. 4.3.7.7) o di chi abbia offerto rifugio al servo mosso da misericordia (D. 11.3.5 pr.). Nel primo caso, non lo si potrà imputare di furto, ma solo per danneggiamento, mentre, nel secondo, l'aver agito *miserecordia ductus* esclude il dolo e, conseguentemente, la possibilità di ricondurre la condotta posta in essere dal soggetto agente nell'ambito di applicazione delle previsioni dell'editto *de servo corrupto*.

FRANCESCO MUSUMECI
(Università di Catania)

In difesa della genuinità
di un testo di Giuliano (48 *dig.* D. 9.2.42)

ABSTRACT

The Author analyses D.9.2.42, concerning the actions that may be brought against him who had erased a document. He shows that this text expresses the real thought of Julian and that the arguments advanced by the scholars as a support to its non-authenticity cannot be shared.

PAROLE CHIAVE

Delere; tabulae testamenti; actio depositi; actio ad exhibendum; actio legis Aquiliae.

IN DIFESA DELLA GENUINITÀ DI UN TESTO DI GIULIANO (48 DIG. D. 9.2.42)

1. Il testo di Giuliano del quale mi occuperò nelle pagine che seguono si trova riportato in

D. 9.2.42 (Iul. 48 dig.): *Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit, ut legi non possit, depositi actione et ad exhibendum tenetur, quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit. legis quoque Aquiliae actio ex eadem causa competit: corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit.*

Ad essere considerato dal giurista è qui il caso in cui qualcuno *delevit* le *tabulae* di un testamento che teneva presso di sé in deposito o un *alicuius rei instrumentum*, rendendoli illeggibili.

Per ciò che, innanzitutto, riguarda il senso da attribuire a '*delevit*', sappiamo che questo verbo può significare sia «distruggere» che «cancellare».¹ C'è da dire pure che, in presenza di chiari riscontri nella fonte dove figura utilizzato, esso sta più specificamente ad indicare o la sola attività di distruzione o la sola attività di cancellazione.

Nel primo senso, basti ricordare la testimonianza che ci viene offerta da

D. 48.10.2 (Paul. 3 ad Sab.): *Qui testamentum ... deleverit interleverit ...*

D. 10.2.16.5 (Ulp. 19 ad ed.): *... si unus ex heredibus rationes hereditarias deleverit vel interleverit ...*

D. 11.3.11.1 (Ulp. 23 ad ed.): *Servo persuasi, ut chirographa debitorum corrumpat ... et rationes ceteraque similia instrumenta subtraxerit vel interleverit deleverit ...*

dove la contestuale presenza del verbo '*interleverit*', che fa proprio riferimento alla sola attività di cancellazione, induce necessariamente ad attribuire a '*deleverit*' quell'altro significato più specifico.

Nell'altro senso, un esempio particolare ci viene proprio fornito dal nostro testo. Che, infatti, '*delevit*' qui significhi «ha cancellato» si ricava dalla successiva precisazione '*ut legi non possit*', e soprattutto dalla presenza, nel tratto finale, di '*interleverit*', che sta proprio ad indicare l'attività di cancellazione e che, con tutta evidenza, figura usato al posto del precedente '*delevit*'. Su quest'ultimo termine si sono appuntati i sospetti della dottrina. Il Bese-

¹ Su questa duplicità di significato, v. H. HEUMANN-E. SECKEL, v. '*Delere*', in *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*¹⁰, Graz 1958, 132.

ler² lo ha considerato «unrichtige Erklärung von *interlevit*» e lo ha perciò espunto dal testo inserendovi, al suo posto, '*interlevit*'; e così hanno fatto pure altri studiosi.³ Anche di recente, la Cursi⁴ ha rilevato che «Il testo presenta una lieve sconnessione: nella prima parte del passo troviamo *delevit*, alla fine, quando si giustifica l'applicazione della *lex Aquilia*, viene indicata l'attività di distruzione delle tavole con *interleverit*. Si potrebbe pensare a una menda stilistica dovuta a un taglio mal ricucito da un compilatore». A mio avviso, però, i riscontri da me prima evidenziati rendono invece chiaro che qui si tratta non della distruzione di quei documenti ma della cancellazione di ciò che vi era scritto, e che è stato proprio Giuliano che ha inteso dare al verbo *delere* questo significato particolare.

Quanto poi ai documenti sui quali, nel caso prospettato nel nostro testo, questa attività lesiva era stata compiuta, si trattava come abbiamo visto, oltre che delle *tabulae testamenti*, di un *alicuius rei instrumentum*. Sulla natura di questo *instrumentum* non vengono date altre più precise indicazioni. Tuttavia è secondo me assai probabile che il giurista abbia inteso fare, almeno in primo luogo, implicito riferimento a un *chirographum*: e non solo perché di questo tipo di *instrumentum* si faceva largo uso nella pratica ma anche perché è proprio con riguardo ad esso che le fonti considerano con una certa insistenza il compimento di attività lesive (la sua distruzione, per l'appunto, o la cancellazione di ciò che vi era scritto), come stanno, in particolare, a testimoniare

D. 9.2.40 (Paul. 3 *ad ed.*): *In lege Aquilia, si deletum chirographum mihi esse dicam ...*

D. 11.3.11.1 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Servo persuasi, ut chirographa debitorum corrumpat ... et rationes ceteraque similia instrumenta subtraxerit vel interleverit deleverit ...*

D. 9.2.41 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): ... *Marcellus scribit chirographo deleto competere legis Aquiliae actionem ...*

D. 47.2.27 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Qui tabulas vel cautiones amovet, furti tenetur ... ut puta si c h i r o g r a p h a aureorum decem tabulae fuerint ... 1. ... si quis ... c h i r o g r a p h i furtum passus sit ... 2. A p o c h a quoque si fuerit subrepta ... 3. Sed si quis non amovit h u i u s m o d i i n s t r u m e n t a, sed i n t e r l e v i t, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrumpit.*

D. 22.3.24 (Mod. 4 *reg.*): *Si chirographum cancellatum fuerit ...*

Secondo quanto leggiamo nel nostro testo, il depositario aveva cancellato ciò che era scritto soltanto sulle *tabulae testamenti* ('*Qui tabulas testamenti depositas etc.*') e non sull'*alicuius rei instrumentum*: su di esso aveva, invece, svolto la propria opera qualcuno che, co-

² G. BESELER, *Beiträge zur Kritik der römischen Rechtsquellen*, I, Tübingen 1910, 23.

³ In particolare, ha sostituito senz'altro '*delevit*' con '*interlevit*' U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen zur lex Aquilia de damno iniuria dato*, Berlin 1971, 115 nt. 151. Lo stesso hanno fatto, ma con atteggiamento dubitativo, W. RECHNITZ, *Studien zu Salvius Julianus*, Weimar 1925, 73; E. FRAENKEL, *Rupti appellatio*, in ZSS 67, 1950, 613.

⁴ M.F. CURSI, *Per una storia critica della tutela aquiliana dei diritti assoluti*, in *Modelli teorici e metodologici nella storia del diritto privato*, 2, Napoli 2006, 60 s. nt. 117; EAD., *Dal danno aquiliano al danno extracontrattuale: le radici romanistiche*, in AA.VV., *Itinerari giuridici. Per il quarantennale della Facoltà di Giurisprudenza dell'Abruzzo*, Milano 2007, 248 nt. 81.

munque, lo teneva presso di sé per qualche altra ragione che non viene qui indicata.⁵

Vari sono gli strumenti di tutela ammessi da Giuliano contro l'autore di quell'azione lesiva.

Innanzitutto egli indicava l'*actio depositi* e l'*actio ad exhibendum*,⁶ con questa motivazione: '*quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit*'. Da essa dobbiamo, perciò, desumere che le *tabulae testamenti* erano state già riconsegnate dal depositario e l'*alicuius rei instrumentum* già esibito da colui che lo teneva presso di sé,⁷ ma che questo era accaduto quando essi erano ormai rimasti corrotti a causa della intervenuta cancellazione che aveva reso illeggibile ciò che vi era scritto. Proprio questa circostanza faceva sì che quelle due azioni risultassero ugualmente ammissibili: l'*actio depositi*, perché si considerava come non restituito l'oggetto del deposito che fosse stato riconsegnato alterato, come ci informa

D. 16.3.1.16 (Ulp. 30 *ad ed.*): *Si res deposita deterior reddatur, quasi non reddita agi depositi potest: cum enim deterior redditur, potest dici dolo malo redditam non esse*

l'*actio ad exhibendum*, a sua volta, perché – come ha esattamente rilevato il Marrone⁸ – essa «era esperibile anche prima della cancellazione, ma per la mera *exhibitio*; avvenuta la cancellazione, invece, la semplice esibizione non libera più il convenuto, il quale è chiamato a rispondere quale ex possessore che abbia perduto dolosamente il possesso».

Giuliano, però, non esauriva così l'elencazione degli strumenti di cui avvalersi contro l'autore dell'azione lesiva. Egli, infatti, ammetteva pure, *ex eadem causa*, l'*actio legis Aquiliae*, in quanto '*corrupsisse ... tabulas recte dicitur et qui eas interleverit*'. Con questa motivazione, egli faceva implicitamente presente che quell'opera di cancellazione, da lui intesa senz'altro come corruzione, delle *tabulae* rientrava nel '*rumpere*' previsto nel terzo capitolo della *lex Aquilia*, interpretato, com'è noto, dai giuristi nel senso di '*corrumpere*', come apprendiamo da

D. 9.2.27.13 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Inquit lex 'ruperit'. rupisse verbum fere omnes veteres sic intellexerunt 'corruperit'.*

E, del resto, un chiaro riscontro al riguardo ci viene fornito, con riferimento alla cancellazione del *chirographum* e dell'*apocha*, dal brano di Ulpiano da me prima ricordato:

D. 47.2.27.3 (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Sed si quis non amovit huiusmodi instrumenta, sed inter-*

⁵ Che potessero esservi altre ragioni per le quali l'autore dell'azione lesiva teneva presso di sé (anche illecitamente) quel documento si desume, del resto, dal fatto che nei testi da me ora riportati non si tratta mai di danneggiamento di documenti operato da colui che li teneva presso di sé in deposito.

⁶ Mi sembra chiaro che qui si fa riferimento all'*actio ad exhibendum* (in tal senso mi limito a citare M. MARRONE, *Actio ad exhibendum*, in AUPA 26, 1957, 406), anche se questo punto è stato oggetto di discussione: v., al riguardo (con riferim. bibliografici), T. WALTER, *Die Funktionen der actio depositi*, Berlin 2012, 340 s., per il quale «Aber bezieht sich das *ad exhibendum tenetur* auf die *actio ad exhibendum*? Dagegen spricht, dass das Fragment zur Behandlung des *interdictum de tabulis exhibendis* gehört».

⁷ In merito alla netta distinzione che il giurista fa di questi due casi specifici e alla riferibilità dell'*actio depositi* solo al caso della restituzione delle *tabulae testamenti* date in deposito e dell'*actio ad exhibendum* solo a quello della *exhibitio* dell'*alicuius rei instrumentum*, v. *infra*, nel prossimo paragrafo.

⁸ M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 405. Lo studioso ha considerato insiticio il riferimento all'*alicuius rei instrumentum* (v. *infra*, § 5).

levit, non tantum furti actio locum habet, verum etiam legis Aquiliae: nam rupisse videtur qui corrumpit

dove il giurista qualifica espressamente la cancellazione degli *instrumenta* come ‘*corrumpere*’, da lui ricondotto al ‘*rumpere*’ aquiliano.

2. Da quanto sin qui detto mi pare risulti chiaro quello che era il discorso che Giuliano intendeva svolgere in D. 9.2.42. Egli prendeva, cioè, in considerazione due casi differenti di cancellazione effettuata su documenti: sulle *tabulae testamenti*, ad opera di chi le teneva in deposito, e su un *alicuius rei instrumentum* (con ogni probabilità su un *chirographum*), ad opera di qualcuno che per qualche altra ragione lo teneva presso di sé. Delle *tabulae testamenti* era stata effettuata la restituzione e dell’*alicuius rei instrumentum* era stata fatta la *exhibitio* quando ormai erano rimasti corrotti a causa della cancellazione su di essi apportata.

Ora, quella che va qui messa in evidenza è proprio la netta distinzione che viene operata dal giurista fra le due vicende: fra la restituzione, cioè, delle *tabulae testamenti* effettuata dal depositario e la *exhibitio* dell’*alicuius rei instrumentum* effettuata da colui che lo aveva con sé per altri motivi. Si consideri infatti l’*aut*, che all’inizio pone quei due casi di cancellazione come alternativi (‘*Qui tabulas testamenti depositas aut alicuius rei instrumentum ita delevit*’) e che puntualmente si ritrova, più avanti, nell’inciso ‘*quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit*’, dove per l’appunto figurano ugualmente come alternative la restituzione (delle tavole depositate) e la *exhibitio* (dell’*alicuius rei instrumentum*).

L’*actio depositi* è, ovviamente, ammessa contro il depositario. La *exhibitio* va, invece, collegata con l’esercizio dell’*actio ad exhibendum*, menzionata immediatamente prima: quest’*actio* risulta, perciò, ammessa con riguardo al caso della *exhibitio* dell’*alicuius rei instrumentum*, e proprio perché essa non era stata compiuta dal depositario e non poteva, per conseguenza, farsi ricorso all’*actio depositi*.

C’è da dire che la presenza dell’*et*,⁹ che unisce l’*actio depositi* all’*actio ad exhibendum* (‘*depositi actione et ad exhibendum tenetur*’), potrebbe dare a prima vista l’impressione che qui, invece, si alluda a un concorso di queste due azioni e non alla ammissibilità della prima di esse con riguardo al caso della restituzione delle *tabulae testamenti* e dell’altra con riguardo al caso della *exhibitio* dell’*alicuius rei instrumentum*. Si tratta, però, di una impressione che, ad una riflessione più attenta, può essere facilmente superata.

Un concorso fra quelle due azioni sarebbe stato, di per sé, certamente possibile.¹⁰ Se non che, se consideriamo la netta distinzione che Giuliano faceva, e che ho prima evidenziato, fra i due casi concreti di cancellazione di documenti, l’idea del concorso viene a risultare del tutto incongrua. Si dovrebbe, infatti, ammettere che il giurista, servendosi dello stesso inciso ‘*depositi actione et ad exhibendum tenetur*’, abbia contemporaneamente prospettato due soluzioni fra loro differenti: che abbia, cioè, ammesso il concorso di en-

⁹ Questo ‘*et*’ è stato considerato «verdächtig», senza una giustificazione convincente, da W. RECHNITZ, *Studien cit.*, 73.

¹⁰ Ed infatti un concorso fra l’*actio depositi* e l’*actio ad exhibendum* è stato riscontrato, proprio con riguardo al nostro testo, da M. MARRONE, *Actio ad exhibendum cit.*, 406, 581 s., 587. Egli però, secondo un orientamento diffuso fra gli studiosi (su cui v. *infra*, § 5), vi ha espunto come non genuino l’inciso ‘*aut alicuius rei instrumentum*’ (*op. ult. cit.*, 405, 406 nt. 374) ed ha considerato, perciò, ammissibili sia l’*actio depositi* che l’*actio ad exhibendum* unicamente per il caso della corruzione delle *tabulae testamenti* date in deposito. Se non che, come vedremo, non vi sono secondo me fondate ragioni che possano far dubitare della genuinità di quell’inciso, che va perciò sicuramente attribuito a Giuliano.

trambe le azioni per il caso delle *tabulae testamenti* date in deposito, ma non per il caso dell'*alicuius rei instrumentum*, per il quale avrebbe considerato invece esperibile la sola *actio ad exhibendum* (non essendo questa volta possibile l'esercizio dell'azione contrattuale, dato che non c'era stato il deposito). Mi sembra davvero poco credibile che il giurista, per indicare queste due soluzioni fra loro così differenti, possa essersi servito di quell'unica espressione, che a questo fine sarebbe risultata sicuramente imprecisa, direi ... claudicante! A ciò si aggiunga poi – ed è, questo, un dato secondo me oltremodo significativo – che, in relazione al caso di corruzione delle *tabulae testamenti*, non abbiamo altre fonti nelle quali si consideri la possibilità di esercitare l'*actio ad exhibendum*.¹¹

Alla luce di tutto questo, ritengo allora che l'inciso '*depositi actione et ad exhibendum tenetur*' debba essere inteso in altro senso. Risulta, cioè, maggiormente probabile che il giurista, in piena coerenza con la netta distinzione da lui operata fra le due fattispecie di cancellazione di documenti, abbia proprio menzionato l'*actio depositi* solo con riferimento al caso della restituzione delle *tabulae testamenti* date in deposito e l'*actio ad exhibendum* solo con riferimento al caso della *exhibitio* dell'*alicuius rei instrumentum*. La presenza dell'*et*' può spiegarsi semplicemente col fatto che Giuliano si è limitato ad indicare – l'uno dopo l'altro – quei due mezzi di tutela, da lui ritenuti ammissibili con riguardo ai casi di cancellazione di documenti prima descritti nell'inciso '*Qui – possit*': la concreta spettanza, a suo giudizio, di ciascuno di quei mezzi di tutela (nei termini da me ora chiariti) si evince dall'inciso, immediatamente successivo, '*quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit*'.

Il giurista ammetteva pure, come abbiamo visto, l'*actio legis Aquiliae*: questa volta con riferimento a entrambe le fattispecie, da lui considerate assieme ('*ex eadem causa*'), e dunque senza la necessità di fare alcuna distinzione al riguardo.¹²

¹¹Sul punto v. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 407 ss. D. 47.2.29 ([Ulp. 41 *ad Sab.*]: *Hoc amplius et ad exhibendum agi potest: et interdicto quorum bonorum agi poterit*), citato dallo studioso, non offre elementi sufficienti per dimostrare che questo testo, nella sua stesura originaria, si riferisse proprio al caso della cancellazione di documenti.

¹²Per ciò che, in particolare, riguarda l'*actio depositi* e l'*actio legis Aquiliae*, F. SCOTTI, *Il deposito nel diritto romano. Testi con traduzione italiana e commento*, Torino 2008, 110 nt. 535, elenca, come possibili legittimati al loro esercizio, il testatore, l'erede, il deponente amico del testatore, un legatario. A mio avviso, però, non poteva qui trattarsi di esercizio dell'*actio legis Aquiliae* da parte del testatore, non essendo stimabile un suo interesse rilevante sotto il profilo aquiliano. Le tavole testamentarie avevano, infatti, solo subito un'attività di cancellazione di ciò che vi era scritto, rimanendo di fatto integre: ad esse, tutt'al più, poteva essere stata apportata – in conseguenza della manipolazione della cera, operata all'atto della cancellazione – qualche scalfittura in sé di scarso rilievo. Al testatore, pertanto, non sarebbe stato arrecato alcun reale danno materiale rilevante sotto il profilo aquiliano, considerata anche la possibilità che egli avrebbe avuto di riutilizzare le tavole, procedendo alla riscrittura del testamento. Ancor meno stimabile sarebbe, poi, stato un suo interesse alla conservazione di quella che era la stesura originaria, poi cancellata. Ritengo, pertanto, convincente G. VALDITARA, *Superamento dell'aestimatio rei nella valutazione del danno aquiliano ed estensione della tutela ai non domini*, Milano 1992, 126 ss., là dove afferma che legittimato ad esercitare l'azione aquiliana era l'*heres scriptus*, per la cancellazione delle tavole testamentarie effettuata dopo la morte del testatore, proprio perché questi non sarebbe risultato per nulla danneggiato da quell'azione lesiva (lo studioso ritiene probabile che il nostro testo considerasse, nella sua stesura originale, la cancellazione delle sole tavole testamentarie: v. però, in difesa della genuinità del riferimento all'*alicuius rei instrumentum*, *infra*, nel § 5). Non mi sembra, invece, condivisibile quanto in precedenza ha rilevato G. MACCORMACK, *Aquilian Studies*, in SDHI 41, 1975, 7 s., secondo il quale «The testator has the *actio legis Aquiliae* against the depositor to recover the expenses incurred in the making of a new will. It does not seem that Iulian is considering a possible action by the heir or a legatee to recover the value of what they were given under the will».

3. Nonostante però questa possibilità, da me ora illustrata, di dare al testo di Giuliano, così come ci è pervenuto, un senso chiaro e coerente, va detto subito che esso è stato costantemente considerato (o quanto meno sospettato) – con posizioni anche fra loro non coincidenti – come non rispondente su più punti all'originale: già in passato da vari studiosi, dei quali mi limito a ricordare Beseler,¹³ Rechnitz,¹⁴ Schiller,¹⁵ De Sarlo,¹⁶ più di recente da Fraenkel,¹⁷ Marrone,¹⁸ Burillo,¹⁹ von Lübtow.²⁰ Ma anche in tempi a noi ancora più vicini, dei sospetti circa la sua genuinità sono stati espressi da Valditara,²¹ Cursi,²² Desanti.²³ Non sono mancati coloro che hanno considerato il nostro testo non alterato, ma lo hanno fatto solo di sfuggita, con un accenno rapidissimo: senza affrontare *funditus* il problema della sua autenticità.²⁴

I sospetti degli studiosi si sono fondamentalmente appuntati, oltre che sul '*delevit*' del tratto iniziale (sul quale mi sono già soffermato),²⁵ sui seguenti incisi: '*aut alicuius rei instrumentum*' (la cui espunzione ha pure comportato la modifica del successivo '*possit*' nel plurale '*possint*'), '*et ad exhibendum*', '*quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit*'.

Con riflessi di notevole portata, come può ben comprendersi, su quello che è l'attuale contenuto del testo.

Ebbene, proprio per questa ragione si rende, a mio avviso, indispensabile svolgere al riguardo qualche riflessione ulteriore, perché – ed è proprio questo il punto sul quale desidero concentrare adesso l'attenzione – ritengo che non vi siano valide ragioni che possano giustificare un giudizio di non autenticità così severo.

4. Ho già mostrato²⁶ l'infondatezza dell'opinione che è stata espressa con riguardo al '*delevit*' del tratto iniziale; e risulterà chiaro, a momenti, perché non sono condivisibili i sospetti avanzati sull'inciso '*et ad exhibendum*'. Quello che occorre adesso esaminare è, invece, l'inciso '*quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit*'.

¹³ G. BESELER, *Beiträge* cit., 23.

¹⁴ W. RECHNITZ, *Studien* cit., 73.

¹⁵ A.A. SCHILLER, *Trade Secrets and the Roman Law*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono*, IV, Palermo 1936, 88.

¹⁶ L. DE SARLO, *Il documento oggetto di rapporti giuridici privati. Studio di diritto romano*, Firenze 1935, 246 ss., 295 s.

¹⁷ E. FRAENKEL, *Rupti appellatio* cit., 613 s.

¹⁸ M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 405 s.

¹⁹ J. BURILLO, *Contribuciones al estudio de la 'actio ad exhibendum' en derecho clasico*, in SDHI 26, 1960, 268 s.

²⁰ U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen* cit., 115 nt. 151.

²¹ G. VALDITARA, *Superamento* cit., 124 s.

²² M.F. CURSI, *Per una storia critica* cit., 60 s. nt. 117; EAD., *Dal danno aquiliano* cit., 248 nt. 81.

²³ L. DESANTI, *Delitti privati e concorso di azioni*, Torino 2010, 171 e nt. 81.

²⁴ In tal senso v., in particolare, H. HAUSMANINGER, *Zur Gesetzesinterpretation des Celsus*, in *Studi in onore di Giuseppe Grosso*, V, Torino 1972, 268 e nt. 75; G. MACCORMACK, *Aquilian Studies* cit., 8 nt. 13, 67 nt. 115. Sembrano dare per scontata l'autenticità del nostro testo, ma senza fare alcuna notazione esplicita al riguardo, F.H. LAWSON, *Negligence in the Civil Law*, Oxford 1950, 125 e nt. 42; F. WIEACKER, *«Furtum tabularum»*, in *Syntelesia Vincenzo Arangio-Ruiz*, I, Napoli 1964, 569.

²⁵ V. *supra*, § 1.

²⁶ V. *supra*, § 1.

Esso è stato considerato (da alcuni solo sospettato, con atteggiamento assai cauto) non genuino:²⁷ in particolare, perché il ‘*quia*’ causale sarebbe qui seguito da due verbi al congiuntivo e anche perché di restituzione e di esibizione nel testo non si è prima parlato, diversamente da quanto questo inciso, così come è formulato, farebbe presupporre.²⁸

Ora, secondo me si tratta di argomentazioni che risultano facilmente superabili. La mancanza, infatti, di un precedente riferimento a quei due atti può più ragionevolmente spiegarsi con un accorciamento apportato al testo, con ogni probabilità per esigenze di maggiore sinteticità, nel punto in cui viene descritto il caso preso in considerazione: il modo in cui l’inciso ‘*quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit*’ è formulato presuppone, sì, necessariamente un precedente discorso al quale si rifà, ma proprio per questo risulta poco verisimile che possa essere stato inserito nel testo così, *ex novo*, senza alcun aggancio con quanto precede. Non vedo, inoltre, perché ‘*restituerit*’ e ‘*exhibuerit*’ debbano essere considerati come verbi coniugati al congiuntivo e non invece – come ritengo più probabile – all’indicativo, nella forma del futuro anteriore: in questo caso, infatti, il discorso del giurista risulta corretto sul piano grammaticale²⁹ e inoltre, opportunamente integrato all’inizio (come da me ipotizzato), viene ad acquistare un senso del tutto coerente («chi ha cancellato < e poi restituito o esibito > ... è tenuto ... perché avrà restituito o esibito una cosa corrotta»).

Alcuni studiosi hanno pure espunto l’inciso ‘*et ad exhibendum*’,³⁰ eliminando così dal testo ogni riferimento all’*actio ad exhibendum*. Quanto, però, da me ora rilevato in difesa dell’autenticità dell’inciso ‘*quia – exhibuerit*’ rende, a mio avviso, poco credibile l’idea di una interpolazione di ‘*et ad exhibendum*’: appunto perché quest’ultima espressione si lega con tutta evidenza al successivo ‘*exhibuerit*’ e sta proprio ad indicare quale sia l’azione spettante, a seguito della esibizione del documento corrotto, alla persona che era rimasta danneggiata.³¹

5. Come ho già detto, i sospetti degli studiosi si sono, inoltre, appuntati sull’inciso ‘*aut alicuius rei instrumentum*’ (la cui espunzione ha pure comportato la modifica del successivo

²⁷ Al riguardo v. G. BESELER, *Beiträge* cit., 23; W. RECHNITZ, *Studien* cit., 73; L. DE SARLO, *Il documento* cit., 246, 295; M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 406 nt. 374; J. BURILLO, *Contribuciones* cit., 268; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen* cit., 115 nt. 151.

²⁸ Queste due argomentazioni, che giustificerebbero la non genuinità dell’inciso ‘*quia – exhibuerit*’, sono addotte solo da alcuni degli studiosi citati nella nota precedente, e neppure tutte assieme: sono addotte entrambe dal MARRONE (*loc. ult. cit.*). Un’altra argomentazione, secondo me anch’essa non convincente come le altre (sulle quali mi soffermerò adesso), è stata addotta da G. BESELER, *Beiträge* cit., 23, secondo il quale «die Wahl des Wortes *corruptam* erklärt sich besonders gut aus der Seele eines nachträglich Einfügenden, der das *corruptum* im letzten Satze gesehen hatte, wo zuerst in der ganzen Stelle gerade dieses Wort durch die Sache, nämlich durch das aquilische Wort *ruperit*, gefordert wird».

²⁹ Non posso condividere l’idea, espressa a proposito dell’inciso in questione da F. SCOTTI, *Il deposito* cit., 111 nt. 535, che «il *quia* può reggere il congiuntivo: in tal caso, la causale è soggettiva».

³⁰ G. BESELER, *Beiträge* cit., 23; L. DE SARLO, *Il documento* cit., 246, 295; J. BURILLO, *Contribuciones* cit., 268; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen* cit., 115 nt. 151. Ritengono, invece, genuino il riferimento all’*actio ad exhibendum* M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 405 s.; G. MACCORMACK, *Aquilian Studies* cit., 67 nt. 115. W. RECHNITZ, *Studien* cit., 73, ammette che le parole ‘*ad exhibendum tenetur*’ possano essere genuine, ma considera sospetto l’*et* che precede (al riguardo v., però, M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 406 nt. 375).

³¹ Sul punto v. pure *supra*, § 2.

‘*possit*’ nel plurale ‘*possint*’)³². Esso merita qui una speciale attenzione, in quanto la sua eliminazione incide sul contenuto del nostro testo in modo particolarmente rilevante.

A tal riguardo va detto che alcuni lo hanno espunto assieme agli incisi ‘*quia corruptam rem restituerit aut exhibuerit*’ ed ‘*et ad exhibendum*’:³³ col risultato che tutto il discorso svolto da Giuliano avrebbe così riguardato il solo danneggiamento delle *tabulae testamenti* effettuato dal depositario, contro il quale sarebbero state ammesse dal giurista soltanto l’*actio depositi* e l’*actio legis Aquiliae*. Quanto, però, da me prima rilevato in difesa della genuinità di quei due incisi mi pare renda questa ricostruzione del testo non condivisibile.

Altri studiosi hanno espunto l’inciso ‘*aut alicuius rei instrumentum*’ ma hanno considerato, invece, genuino il riferimento all’*actio ad exhibendum*.³⁴ Anche questa volta, com’è evidente, con notevoli conseguenze su quello che è il contenuto del testo: non essendo, infatti, più collegato l’esercizio dell’*actio ad exhibendum* con la cancellazione dell’*alicuius rei instrumentum*, vengono così a risultare ammesse, con riguardo al caso del danneggiamento delle *tabulae testamenti* effettuato dal depositario, non solo l’*actio depositi* e l’*actio legis Aquiliae* ma anche la stessa *actio ad exhibendum*.

Ora, però, va anzitutto rilevato che della possibilità di esercitare l’*actio ad exhibendum* nel caso della corruzione delle *tabulae testamenti* non si fa, come ho detto,³⁵ discorso in altre fonti.

Ma, a parte questo, a me pare che anche con riguardo all’inciso ‘*aut alicuius rei instrumentum*’ non esistano fondate ragioni che possano realmente metterne in dubbio la genuinità e giustificarne, per conseguenza, l’eliminazione dal nostro testo.

Gli argomenti addotti,³⁶ che proverebbero la non genuinità di questo inciso, sono essenzialmente due. Da un lato si è presa in considerazione la materia trattata da Giuliano nel libro XLVIII dei *digesta* da cui è estratto il nostro brano, rilevandosi che le parole contenute in quell’inciso «difficilmente possono essere state scritte da Giuliano, in un luogo in cui il giurista trattava *de tabulis exhibendis*»³⁷ o che egli in quel libro «dedicava una certa attenzione alla materia ereditaria»,³⁸ «mostrava particolare attenzione al diritto ereditario»:³⁹ il giurista,

³² W. RECHNITZ, *Studien* cit., 73, considera non genuino l’inciso ‘*aut – instrumentum*’ (v. *infra*, nt. 34) e probabile la lettura ‘*possint*’; tuttavia osserva che «*possit* ist nicht ganz unmöglich; es könnte durch testamenti bedingt sein (constructio in mentem)».

³³ G. BESELER, *Beiträge* cit., 23; L. DE SARLO, *Il documento* cit., 246, 295; J. BURILLO, *Contribuciones* cit., 268; U. VON LÜBTOW, *Untersuchungen* cit., 115 nt. 151. In un’ottica analoga sembra muoversi G. VALDITARA, *Superamento* cit., 124 s. e ntt. 328 e 329.

³⁴ In questo senso v. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 405 s. e nt. 374, secondo il quale «Le parole *aut alicuius rei instrumentum* sono state probabilmente dettate dalla completomania di un glossatore o degli stessi compilatori» e «Il testo, nel punto in cui attesta l’uso dell’*a. ad e.* contro il depositario, e il suo concorso con l’*a. depositi*, è certamente classico». Si limita a considerare interpolato l’inciso ‘*aut – instrumentum*’, senza estendere i sospetti ad altre parti del nostro testo, L. DESANTI, *Delitti privati* cit., 171 e nt. 81. W. RECHNITZ, *Studien* cit., 73, espunge questo inciso ed ammette che le parole ‘*ad exhibendum tenetur*’ possano essere genuine, ma considera sospetto l’*et* che precede (al riguardo v. *supra*, nt. 30).

³⁵ *Supra*, nel § 2.

³⁶ Ma solo da alcuni degli studiosi che considerano non genuino l’inciso in esame.

³⁷ M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 406 nt. 374. ‘*De tabulis exhibendis*’ è la rubrica adottata da O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I (rist. Graz 1960), 445, all’interno del XLVIII libro dei *digesta* di Giuliano, unicamente con riguardo al nostro frammento (n. 653).

³⁸ G. VALDITARA, *Superamento* cit., 125.

³⁹ L. DESANTI, *Delitti privati* cit., 171 nt. 81.

pertanto, si sarebbe in realtà limitato a considerare la sola corruzione delle *tabulae testamenti*. Dall'altro si è ritenuto di trovare un riscontro nel termine '*tabulas*' figurante alla fine del testo, che avrebbe fatto proprio riferimento alle *tabulae testamenti* menzionate all'inizio.⁴⁰ Se non che sono proprio questi due argomenti che suscitano, a mio avviso, notevoli perplessità.

Per ciò che riguarda, innanzitutto, la *sedes materiae* del libro XLVIII dei *digesta* di Giuliano, va osservato che, dei 17 frammenti che il Lenel ha inglobati in questo libro,⁴¹ i primi 3 sono stati da lui attribuiti alla materia ereditaria, sotto le rubriche '*Quod legatorum*' e '*A quo hereditas petetur, si rem nolit defendere*'; ad essi fanno seguito il nostro frammento (sotto la rubrica '*De tabulis exhibendis*') e successivamente una serie di altri frammenti accorpatis, a loro volta, sotto le rubriche '*Ne quid in loco publico etc.*', '*Unde vi: de vi cottidiana*', '*Unde vi: de vi armata*', '*De itinere actuque privato*', '*Quod vi aut clam*'.

Come può dunque vedersi, la maggior parte di quei frammenti è del tutto estranea alla materia ereditaria: riguarda, invece, atti compiuti, seppure con modalità differenti, da qualcuno a danno di altri e sanzionati con strumenti di natura pretoria.

Ebbene, se si considera tutto questo, ecco allora che il nostro frammento viene a risultare – nella sua stesura attuale – del tutto coerente, anziché con i primi 3 che nella costruzione palinogenetica del Lenel lo precedono, con i 13 frammenti che ad esso fanno seguito: proprio perché si tratta anche qui di un'azione lesiva – la cancellazione, per l'appunto, che rendeva la scrittura del documento illeggibile – compiuta da qualcuno a danno di altri.

Se però è così, risulta chiaro per conseguenza che quell'azione lesiva considerata da Giuliano nel nostro testo poteva davvero avere ad oggetto due diversi tipi di documento: non solo, cioè, le *tabulae testamenti* ma anche l'*alicuius rei instrumentum*. E se, come ritengo assai probabile,⁴² Giuliano in questo secondo caso faceva implicito riferimento anche al *chirographum*, un simile accostamento con le *tabulae testamenti* non può neppure destare meraviglia, dal momento che esso si ritrova in un brano di Ulpiano, riguardante lo stesso tipo di azione lesiva, riportato in

D. 9.2.41 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*): *Si quis testamentum deleverit, an damni iniuriae actio competat, videamus. et Marcellus libro quinto digestorum dubitans negat competere: quemadmodum enim, inquit, aestimari inibitur? Ego apud eum notavi in testatore quidem hoc esse verum, quia quod interest eius aestimari non potest, verum tamen in herede vel legatariis diversum, quibus testamentum aene chirographum sunt. ibidem Marcellus scribit chirographo deleti competere legis Aquiliae actionem. sed et si quis tabulas testamenti apud se depositas deleverit vel pluribus praesentibus legerit, utilius est in factum et iniuriarum agi, si iniuriae faciendae causa secreta iudiciorum publicavit.*

In definitiva, l'argomento palinogenetico addotto dagli studiosi non risulta, come abbiamo potuto constatare, per nulla probante.

Ma non è probante, a mio avviso, nemmeno l'altro argomento addotto dagli studiosi per mostrare il carattere insitico dell'inciso '*aut alicuius rei instrumentum*': la presenza cioè, nel tratto finale del testo, del termine '*tabulas*' ('*corrupisse enim tabulas recte dicitur et qui eas interleverit*'), che farebbe riferimento alle *tabulae testamenti* menzionate all'inizio.

⁴⁰ G. VALDITARA, *Superamento* cit., 125; L. DESANTI, *Delitti privati* cit., 171 nt. 81. M. MARRONE, *Actio ad exhibendum* cit., 406 nt. 374, fa notare che «*depositas* si riferisce solo a *tabulas*».

⁴¹ Cfr. O. LENEL, *Palinogenesia* cit., 444-447.

⁴² V. *supra*, § 1.

Secondo me, infatti, è tutt'altro che scontato che quella espressione sia proprio utilizzata con questo significato specifico. Si parla, infatti, di *'tabulae'* tout court: non di *tabulae testamenti*. E noi sappiamo che erano proprio le *tabulae* il materiale scrittorio comunemente adottato per la redazione non soltanto dei testamenti ma anche di altri tipi di documento, fra i quali il *chirographum*, come in particolare sta a testimoniare lo stesso Giuliano in

D. 30.84.7 (Iul. 33 *dig.*): *Si ita cui legatum esset: «si tabulas chirographi mei heredi meo reddiderit, heres meus ei decem dato» ...*⁴³

6. Considerato così, nella sua stesura attuale, quale espressione autentica di quello che era il reale pensiero di Giuliano, D. 9.2.42 viene a costituire per noi una testimonianza di rilievo circa gli strumenti di tutela di cui, secondo il giurista, il danneggiato poteva avvalersi contro colui che aveva cancellato ciò che era scritto in un documento.

Contro il depositario che aveva compiuto quell'azione lesiva sulle *tabulae testamenti* a lui affidate in custodia, egli poteva esercitare l'*actio depositi* e l'*actio legis Aquiliae*.⁴⁴ L'*actio ad exhibendum* era, invece, esperibile, assieme all'*actio legis Aquiliae*, contro colui che aveva proceduto alla cancellazione della scrittura di un *alicuius rei instrumentum*, che teneva presso di sé per qualche altra ragione particolare.

Una vicenda, quest'ultima, che Giuliano distingueva nettamente da quella relativa alla cancellazione delle *tabulae testamenti* effettuata dal depositario.

⁴³ V. pure FIRA, III², n. 128 ss. (*Apochae Pompeianae*, con un'ampia documentazione relativa a *chirographa*).

⁴⁴ Ma non erano le sole, perché al danneggiato era pure possibile fare ricorso a un'*actio in factum legis Aquiliae*, come risulta da D. 9.2.41 pr. (Ulp. 41 *ad Sab.*), e in certi casi all'*actio de dolo*, come apprendiamo da D. 4.3.35 (Ulp. 30 *ad ed.*). Al riguardo v. F. MUSUMECI, *Danneggiamento delle «tabulae testamenti» e applicabilità della tutela aquiliana*, in Index 45, 2017.

BERNARDO SANTALUCIA
(Università di Firenze)

Sulla legislazione criminale di Marco Antonio

ABSTRACT

The author discusses some problems related to the law of M. Antonius which allowed the *provocatio* against the decisions of the courts *de vi* and *de maiestate* and to the law which introduced a third *decuria*.

PAROLE CHIAVE

Marcus Antonius; lex Antonia de provocatione; lex Antonia de tertia decuria (Antonia iudiciaria).

SULLA LEGISLAZIONE CRIMINALE DI MARCO ANTONIO

1. L'ultimo giorno di agosto dell'anno 44, Cicerone, che era stato assente da Roma fin dall'inizio del mese di aprile, vi fece ritorno per partecipare alla seduta del senato che era stata convocata da Marco Antonio per il giorno seguente. A quella seduta, tuttavia, non prese parte. Gli era giunta notizia che Antonio intendeva presentare in quell'occasione la proposta di tributare a Cesare solenni onoranze, aggiungendo a tutte le *supplicationes* agli dei un giorno a lui dedicato, ed egli non era affatto disposto a dare la sua approvazione a una proposta che mirava all'attribuzione di onori divini al defunto 'tiranno'. Inoltre, a quanto riferisce Plutarco, nonostante l'invito personale che gli era stato rivolto, Cicerone temeva un attentato contro la propria persona. Per non esporsi a critiche ed evitare di rompere con Antonio prima di essersi reso conto delle sue reali intenzioni, gli inviò un messaggio di giustificazione, dicendo di essere costretto a restare a casa per rimettersi dalla fatica del viaggio. Antonio, che confidava nel sostegno di Cicerone alla sua proposta, non la prese bene, e durante il dibattito, celebratosi in assenza dell'oratore, si scagliò con veemenza contro di lui, profferendo insulti e pesanti minacce nei suoi confronti.¹

Il giorno seguente, 2 settembre, il senato si riunì di nuovo. Alla seduta, che si tenne nel Tempio della Concordia sotto la presidenza di Dolabella, Antonio non prese parte, mentre invece partecipò Cicerone, che pronunciò in quell'occasione il discorso che è noto come prima *Filippica*: un discorso per più aspetti conciliativo, improntato a un cauto attendismo e, nonostante il tono vibrante e appassionato, privo di critiche veramente imbarazzanti o di attacchi personali nei confronti di Antonio.² Egli incominciò col passare in rassegna gli avvenimenti seguiti alla morte di Cesare, lodando Antonio per la moderazione inizialmente dimostrata e per molti dei provvedimenti da lui presi, primo fra tutti l'abolizione della dittatura perpetua, pericolosa anticamera del *regnum*.³ Proseguì poi facendo richiamo agli avvenimenti più recenti, e qui, pur evitando di usare toni offensivi, mosse ad Antonio critiche severe per aver mutato, negli ultimi mesi, la sua politica e per aver fatto approvare (o proposto) alcune leggi il cui contenuto, a suo dire, non poteva in alcun modo essere condiviso. Su una, in particolare, che di lì a poco avrebbe dovuto essere sottoposta al voto del

¹ Plut., *Cic.* 43.6-7; Cic., *I Phil.* 11-13 (cfr. *V Phil.* 19). Cfr. D.L. STOCKTON, *Cicerone. Biografia politica*, trad. it. P. Boccardi Storoni, Milano 1984, 331 ss.; A. ALFÖLDI, *Caesar in 44 v. Chr. Studien zu Caesars Monarchie und ihren Wurzeln*, Bonn 1985, 346 ss.

² Cfr. C.W. WOOTEN, *Cicero's Philippics and their Demosthenic Model. The Rhetoric of Crisis*, Chapel Hill-London 1983, 14 ss.; E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Bari 2009, 418.

³ Cic., *I Phil.* 3: *Multa praetereo eaque praeclara; ad singulare enim M. Antoni factum festinat oratio. Dictaturam, quae iam vim regiae potestatis obsederat, funditus ex re publica sustulit.*

Comizio, l'oratore incentrava la sua critica: e cioè sulla legge che permetteva alle persone condannate dalle corti *de vi* e *de maiestate* di *provocare* all'assemblea del popolo come istanza di grado superiore⁴. A questa legge Cicerone dedica ampio spazio nella sua orazione, contestandola con una serie di argomenti che appaiono, a mio avviso, meritevoli di essere esaminati più approfonditamente di quanto finora non sia stato fatto. Su di essa, e sulle critiche ad essa mosse dall'oratore, intendo appunto soffermarmi nelle pagine che seguono.

2. Cicerone inizia il suo discorso censurando la legge di Antonio sotto il profilo giuridico.⁵ Accordare ai condannati per *vis* e per *maiestas* la *provocatio ad populum* – egli afferma – è un sovvertire le regole fondamentali che governano il processo penale romano: *'Haec utrum tandem lex est, an legum omnium dissolutio?'* La frase è secca e perentoria, e Cicerone non aggiunge neppure una parola per giustificarla. Evidentemente, non c'era bisogno di spiegare al suo uditorio in che cosa consistesse la *dissolutio* di cui parlava. Nessuno di coloro che lo ascoltavano ignorava che cosa fosse la *provocatio* e quale il suo ambito applicativo. Si trattava di un mezzo di tutela contro l'esercizio indiscriminato dell'*imperium* magistratuale, o più precisamente contro quel particolare attributo dell'*imperium* che era la *coercitio*: vale a dire il potere di punire liberamente – d'autorità e senza giudizio – chiunque contravenisse a un ordine del magistrato o lo impedisse nell'esercizio delle sue funzioni. Un mezzo che consentiva al cittadino, contro cui il magistrato minacciava di procedere in via di coercizione, di sfuggire alla repressione chiedendo di essere sottoposto al giudizio dell'assemblea popolare. L'assemblea, supremo giudice criminale della *civitas*, investita del caso, decideva con sentenza sulla sua assoluzione o sulla sua condanna.⁶

All'epoca della prima *Filippica*, nel 44 a.C., organo ordinario della giustizia penale non era più l'assemblea del popolo. Le *quaestiones perpetuae*, speciali tribunali permanenti istituiti per legge e presieduti da un pretore (o da un ex-edile) avevano ormai quasi totalmente soppiantato l'antico processo comiziale. La *provocatio*, naturalmente, era inconcepibile nei confronti delle decisioni di questi tribunali. Essa era un ricorso contro l'uso arbitrario della *coercitio* da parte del magistrato, e nel procedimento per *quaestiones* non c'era alcun atto di coercizione magistratuale. C'era una pronuncia giudiziale, una sentenza, emessa da un tribunale dello stato: e questo tribunale, essendo stato istituito per voto popolare, mediante una *lex publica*, rappresentava tutto il popolo e quindi non dava luogo a provocazione.

La proposta di Antonio, di concedere la *provocatio* contro le sentenze delle corti *de vi* e

⁴ Cic., *I Phil.* 21-23.

⁵ Cic., *I Phil.* 21: *Altera promulgata lex est ut et de vi et maiestatis damnati ad populum provocent, si velint. Haec utrum tandem lex est an legum omnium dissolutio?*

⁶ V. su ciò, con indicazione della letteratura e dei testi fondamentali, B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 36 ss.; cfr. anche L. GAROFALO, *Il processo edilizio. Contributi allo studio dei 'iudicia populi'*, Padova 1989, 7 ss.; N. SPADAVECCHIA, *'Libertas tuenda'. Forme di tutela del cittadino romano in età repubblicana*, Bari 2016, 47 ss. Interpretazioni alquanto diverse, ma per più aspetti controvertibili, sono ora prospettate da E. TASSI SCANDONE, *'Leges Valeriae de provocatione'. Repressione criminale e garanzie costituzionali nella Roma repubblicana*, Napoli 2008, 105 ss. (*provocatio* non opponibile contro misure coercitive, ma solo contro decisioni giudiziarie) e da C. PELLOSO, *Ai primordi del giudizio popolare: 'poena capitis' e garanzie del 'civis' nella prima età repubblicana*, in L. SOLIDORO (a cura di), *Regole e garanzie nel processo criminale romano*, Torino 2016, 83 ss. (*provocatio* opponibile sia contro misure coercitive che contro decisioni giudiziarie). L'opinione che la *provocatio* fosse volta alla limitazione dell'*imperium* magistratuale è generalmente accolta dalla manualistica più recente: cfr. P. GARBARINO, in AA.VV., *Storia del diritto romano e linee di diritto privato*, Torino 2005, 263 ss.; F. BOTTA, in AA.VV., *Storia giuridica di Roma*, Torino 2016, 207 ss.

de maiestate, costituiva dunque, sotto il profilo giuridico, un provvedimento decisamente aberrante, e Cicerone aveva buon gioco a stigmatizzarla. Non servivano molte parole: si trattava di una *legum omnium dissolutio*, di un totale sovvertimento delle regole che governavano il processo criminale. Anche chi non aveva particolare familiarità con i tecnicismi processuali non poteva non condividere le critiche mosse dall'oratore.

Conviene ricordare, al riguardo, che la tendenza dominante dell'età repubblicana era stata sempre nel senso dell'intangibilità del giudicato penale, e ciò sia prima che dopo l'istituzione delle *quaestiones perpetuae*. Già nel periodo d'oro dei *iudicia populi*, la possibilità di revoca della sentenza e di rinnovazione di un processo regolarmente concluso appariva anomala e contraria al costume. Non è senza significato che, per il periodo anteriore a Sila, ci sia conservato il ricordo di un unico caso di rescissione comiziale di una sentenza penale (quello di P. Popilio Lenate, esiliato da Gaio Gracco),⁷ e che solo con riferimento ad evenienze straordinarie – effetti del *bellum sociale*, ultimi sussulti della repubblica – sia dato riscontrare provvedimenti restitutori di intere categorie di condannati.⁸ Tale orientamento, del resto, collimava appieno col sentimento della classe dirigente, decisamente ostile ad ogni politica in contrasto con la direttiva della stabilità del giudicato penale.

In queste circostanze, le parole dell'oratore non potevano certo lasciare insensibili i membri del collegio.

3. L'argomento principale di cui Antonio si serviva per sostenere la sua proposta di legge lo apprendiamo dallo stesso Cicerone: *At res popularis*, 'si tratta di un provvedimento nell'interesse del popolo'.⁹ Estendere l'ambito applicativo della *provocatio* dal limitato campo della *coercitio* a quello delle decisioni giudiziali costituiva, a detta di Antonio, un atto di democrazia. Questa giustificazione era quanto meno imbarazzante per Cicerone. Egli stesso, una decina di anni prima, nel *De re publica*, aveva tessuto per bocca di Scipione l'elogio della *provocatio*, additandola come supremo baluardo di libertà del popolo romano e riportandone le origini addirittura all'età monarchica, quasi che la maggiore antichità le conferisse maggior prestigio. Ecco ciò che diceva allora:

Cic., *rep.* 2.53: ...idemque (P. Valerius), in quo fuit 'Publicola' maxime, legem ad populum tulit eam quae centuriatis comitiis prima lata est, ne quis magistratus civem romanum adversus provocationem necaret neve verberaret. [54] Provocationem autem etiam a regibus fuisse declarant pontificii libri, significant nostri etiam augurales, itemque ab omni iudicio poenaeque provocari licere indicant XII tabulae conpluribus legibus; et quod proditum memoriae est Xviros qui leges scripserint sine provocatione creatos, satis ostendit reliquos sine provocatione magistratus non fuisse; Lucique Valeri Potiti et M. Horati Barbati, hominum concordiae causa sapienter popularium, consularis lex sanxit ne qui magistratus sine provocatione crearetur, neque vero leges Porciae, quae tres sunt trium Porciorum ut scitis, quicquam praeter sanctionem attulerunt novi.

Dopo questa lunga tirata sulla democraticità della *provocatio*, dopo la meticolosa elen-

⁷ Cic., *Brut.* 128: L. Bestia P. Popillium vi C. Gracchi expulsum sua rogatione restituit; v. anche Cic., *dom.* 87; *cum sen. gr. eg.* 38; *cum pop. gr. eg.* 6 e 10. E.S. GRUEN, *Roman Politics and the Criminal Courts*, 149-78 B.C., Cambridge Massachusetts 1968, 104; D. STOCKTON, *The Gracchi*, Oxford 1979, 119 e nt. 9.

⁸ Al riguardo, con acute osservazioni, U. LAFFI, *Senatori prosciolti. A proposito di un provvedimento poco noto del 33 a.C. (Cassio Dione XLIX, 43, 5)*, in *Athenaeum* 82, 1994, 41 ss.

⁹ Cic., *I Phil.* 21.

cazione dei vari provvedimenti che l'avevano confermata attraverso i secoli, dopo l'elogio di coloro che ne erano stati i paladini, contestare la legge di Antonio volta ad estenderla (a suo dire a maggior tutela del popolo) al di là del ristretto ambito della *coercitio* magistratuale, era decisamente arduo.

Cicerone evita questa volta di far ricorso ad argomenti di stampo legalistico, ed incentra la sua critica sul merito della proposta.¹⁰ Sostenere la democraticità dell'estensione della *provocatio* alle sentenze delle corti *de vi* e *maiestatis* è – egli rileva – del tutto pretestuoso. Questa pretesa democraticità farà sì che chiunque abbia subito una condanna per violenza o per aver attentato alla *maiestas* del popolo romano potrà avvalersi di quella stessa violenza per la quale è stato, a buon diritto, condannato (*'ad eam ipsam vim reverti, propter quam sit iure damnatus'*). E ciò, a tacere della pericolosità intrinseca della legge. Il vero proposito della proposta antoniana – insinua l'autore – non è infatti quello di consentire ai condannati *de vi* e *de maiestate* di appellarsi al giudizio del popolo. Tutt'altro. La proposta mira a far sì che nessuno, mai, possa essere messo sotto accusa per violenza o per *maiestas*: giacché la *provocatio* sarà inevitabilmente usata come mezzo per infiammare l'opinione pubblica ed incitare giovani sediziosi e turbolenti tribuni a promuovere tumulti e agitazioni di piazza contro l'accusatore e contro i giudici che abbiano osato condannare l'accusato (*'quis enim aut accusator tam amens reperietur qui reo condemnato obicere se multitudini conductae velit, aut iudex qui reum damnare audeat?'*).

Nell'invettiva ciceroniana si riverbera, mi sembra in modo abbastanza nitido, la diversa concezione del *ius provocationis* che ispirava la dottrina di parte senatoria e quella di parte popolare. Nell'ideologia conservatrice la *provocatio* appariva, tanto più quanto la si faceva risalire indietro nel tempo, come un elemento di equilibrio costituzionale dello stato repubblicano. Era questa la *provocatio* che Cicerone richiamava, esaltandola, nel *De re publica*. I *populares*, al contrario, vedevano nella *provocatio* il frutto di una conquista politica, costantemente minacciata: e nel contesto dei conflitti ideologici della fine della repubblica vi si appellavano soprattutto in ragione dei suoi legami storici con l'arbitrio senatorio.

4. Merita di essere ricordato a questo proposito, benché Cicerone non ne faccia cenno nel corso della sua orazione, che la proposta legislativa di Antonio aveva un precedente illustre. Plutarco ci informa che tra i punti del programma elettorale di Tiberio Gracco per la sua rielezione vi era, accanto alla promessa di aggiungere al numero dei giudici senatori un egual numero di cavalieri, quello di estendere il diritto di provocazione ai verdeti delle *quaestiones* (e cioè, in quell'epoca, ai verdeti della corte *de repetundis* e verosimilmente delle corti *de sicariis* e *de ambitu*, nonché di quelle altre corti che venivano

¹⁰ Cic., *I Phil.* 21-22: *Quae est igitur ista cupiditas legis eius ferendae quae turpitudinem summam habeat, gratiam nullam? Quid enim turpius quam qui maiestatem populi Romani minuerit per vim, eum damnatum iudicio ad eam ipsam vim reverti propter quam sit iure damnatus? Sed quid plura de lege disputo? Quasi vero id agatur ut quisquam provocet: id agitur, id fertur ne quis omnino umquam istis legibus reus fiat. Quis enim aut accusator tam amens reperietur qui reo condemnato obici se multitudini conductae velit, aut iudex qui reum damnare audeat, ut ipse ad operas mercennarias statim protrahatur? Non igitur provocatio ista lege datur, sed duae maxime salubres leges quaestionesque tolluntur. Quid est aliud hortari adolescentis ut turbulenti, ut seditiosi, ut perniciosi cives velint esse? Quam autem ad pestem furor tribunicus impelli non poterit his duabus quaestionibus de vi et de maiestate sublati?* V. in proposito i rilievi, in qualche misura divergenti dall'interpretazione prospettata nel testo, di J. MARTIN, *Die Provokation in der klassischen und späten Republik*, in *Hermes* 98, 1970, 77 ss. e di A.W. LINTOTT, *Provocatio. From the Struggle of the Orders to the Principate*, in *ANRW* I.2, Berlin-New York 1972, 239 ss.

occasionalmente istituite, in via straordinaria, per giudicare di singoli casi).¹¹

Si è voluto da taluno mettere in dubbio la testimonianza plutarchea, ipotizzando che lo scrittore abbia recepito, senza sufficiente vaglio critico, informazioni di dubbia autenticità risalenti alle «correnti antigraecane della tradizione antica, le quali tentavano di attribuire a Tiberio un programma demagogico e incostituzionale per giustificare la reazione violenta» nei suoi confronti.¹² Ma questo avviso mi sembra estremamente opinabile. Anche se non ci sono conservate altre fonti che ci confermino quanto riferito da Plutarco, non abbiamo alcun serio motivo per rigettare ciò che egli ci tramanda su questo punto.¹³ Se è vero che nella pluriennale lotta per i tribunali la direttrice generalmente seguita dal partito popolare fu quella della modificazione della base di composizione dell'*album iudicum*, tutt'altro che inverosimile – io ritengo – è che si sia, già di buon'ora, tentato di intervenire sui *iudicia* attraverso l'estensione della *provocatio*. Solo che questa operazione era molto più difficile dell'altra, poiché il riconoscimento del *ius provocandi* nei confronti delle sentenze delle corti era in stridente contrasto con i diffusi orientamenti sull'intangibilità del giudicato penale, a cui ho poc'anzi accennato. L'idea, dopo Tiberio, fu perciò abbandonata, e si preferì battere la strada della modificazione della base di reclutamento dei giudici. Solo molti anni dopo, nel 44, Antonio, inopinatamente, la riprese. E si capisce perché. Dopo l'uccisione di Cesare, come è stato giustamente osservato,¹⁴ la situazione creatasi a Roma non appariva rassicurante per i suoi seguaci. Era difficile capire quale sarebbe stato l'ulteriore sviluppo degli avvenimenti e l'atteggiamento che i *liberatores rei publicae* avrebbero tenuto nei loro riguardi. C'erano stati, è vero, la concessione dell'amnistia ai congiurati e il riconoscimento della validità delle disposizioni rimaste nelle carte di Cesare, che il senato aveva decretato, per salvaguardare la concordia civile, nella famosa seduta tenuta nel Tempio di Tellure il 17 marzo, solo due giorni dopo il cesaricidio. Ma essendo ben noti i sentimenti di Cicerone e dei difensori della tradizione repubblicana, era assai dubbio che ciò bastasse a garantire la loro sicurezza. Anche se il senatoconsulto del 17 marzo era stato formalmente rispettato, la possibilità che fossero promosse delle persecuzioni giudiziarie a loro carico era tutt'altro che remota. I tribunali delle *quaestiones* non erano certo diventati meno conservatori dopo che Cesare aveva soppresso la terza decuria dei *tribuni aerarii* e disposto che i giurati fossero tratti esclusivamente dai due ordini più elevati, i senatori e gli *equites*. Far votare dall'assemblea del popolo una legge che dava la possibilità di sfuggire alla decisione delle corti *de vi* e *de maiestate*, di fronte alle quali vi era maggior probabilità di essere messi sotto proces-

¹¹ Plut. *T. Gracch.* 16.1: καὶ διδοῦς ἐπικαλεῖσθαι τὸν δῆμον ἀπὸ τῶν δικαστῶν; una probabile allusione alla proposta tiberiana anche in Macr., *Sat.* 3.14.6.

¹² Cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², II, Napoli 1973, 498. Ivi ampia letteratura, alla quale vanno ora aggiunti A.H. BERNSTEIN, *Tiberius Sempronius Gracchus. Tradition and Apostasy*, Ithaca-London 1993, 126 ss.; A.W. LINTOTT, *Provocatio* cit., 240; D. STOCKTON, *The Gracchi* cit., 73; L. PERELLI, *I Gracchi*, Roma 1993, 126 ss.

¹³ Giustamente A.W. LINTOTT, *Provocatio* cit., 240 rileva che «whether Plutarch is relating a genuine proposal of Ti. Gracchus or one that appeared in his brother's propaganda [the pamphlet 'Ad M. Pomponium': Plut., *T. Gr.* 8; Cic., *div.* 1.36], there is nothing essentially implausible in it. The *iudices* (δῖκασται) are unlikely to be judges in civil suits. More probably they are the *iudices* in a *quaestio* (apart from that *de repetundis*, *quaestiones de sicariis et veneficis* et *de ambitu* seem to have existed on a regular basis by this period)». Lo stesso F. DE MARTINO, *Storia*, II cit., 498, pur ritenendo che «di non tutti i particolari delle fonti possiamo fidarci», conviene che l'estensione della *provocatio*, pur «in limiti non chiari», non può in alcun modo essere considerata «un provvedimento pazzesco».

¹⁴ E. WISTRAND, *Sallust on Judicial Murders in Rome. A Philological and Historical Study*, Göteborg 1968, 46.

so, costituiva un'eccellente garanzia di impunità. Cicerone se ne rendeva perfettamente conto. E nonostante tutta la sua buona volontà di non rompere definitivamente con Antonio, non poteva fare a meno di scagliarsi con veemenza contro un provvedimento del genere.

5. L'indignazione dell'oratore era accresciuta dal fatto che la legge sulla *provocatio* non costituiva, nel contesto della legislazione antoniana, l'unico provvedimento di salvaguardia giudiziaria dei cesariani. C'era un'altra legge, che stava per essere votata, la quale rivelava con tutta chiarezza il suo intento salvifico. Antonio l'aveva proposta contestualmente alla *lex de provocatione*, e formava con quest'ultima una sorta di 'pacchetto legislativo' sulla giustizia criminale, che egli intendeva a tutti i costi far approvare.

Si trattava di un provvedimento relativo alla composizione delle giurie, che sovvertiva per molti aspetti la tradizione delle precedenti leggi giudiziarie. Come è noto, la *lex Aurelia*, proposta da L. Aurelio Cotta nel 70, aveva tolto il privilegio dei senatori nell'amministrazione della giustizia fissato dalla legislazione sillana, e stabilito che l'*album iudicum* fosse composto di tre decurie, rispettivamente di senatori, di cavalieri e di *tribuni aerarii*.¹⁵ Quindici anni dopo, nel 55, la legge giudiziaria di Pompeo l'aveva sostanzialmente confermata, con la limitazione del possesso di un censo determinato.¹⁶ Infine, nel 46 – come ho poc'anzi accennato – la *lex Iulia* di Cesare aveva ridotto il numero di decurie da tre a due, estromettendo dall'albo i *tribuni aerarii*, e riconoscendo il diritto di sedere nelle giurie ai soli senatori e cavalieri.¹⁷ La nuova legge voluta da Antonio reintroduceva la terza decuria: ma non si trattava più di una decuria di *tribuni aerarii*, qual era quella contemplata nella legge di Cotta, bensì una decuria formata di militari: centurioni e soldati della *legio Alaudarum*, la 'legione delle Allodole', una legione gallica che Cesare aveva costituito a proprie spese dopo il convegno di Lucca e a cui aveva conferito la cittadinanza romana in riconoscimento della sua fedeltà.¹⁸

Una dottrina autorevole ha espresso l'avviso che il proposito di Antonio fosse quello di soddisfare con tale provvedimento le aspirazioni di elevazione sociale degli ufficiali subalterni.¹⁹ Ciò può anche essere vero, ma a mio parere non era questo il principale movente della legge. La *lex de tertia decuria* si coordinava palesamente con la *lex de provocatione*, contestualmente portata all'approvazione del comizio, e mirava prima di ogni altra cosa a

¹⁵ Asc., in *Pis.* 17.4-7; in *Corn.* 67. 10-13 e 78.29-30 Cl.; Ps. Asc., in *div.* 189.13-14 St. Sulla legge e le questioni relative B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*² cit., 162 ss. (ivi letteratura).

¹⁶ Asc., in *Pis.* 17.7-10 Cl.; cfr. Cic., *Pis.* 94; Sall., *ep. ad Caes.* 2.3.3 (cfr. 2.7.10-11). Al riguardo B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 164 (ivi letteratura).

¹⁷ Suet., *Iul.* 41.4; Dio 43.25.1. Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale* cit., 164 (ivi letteratura).

¹⁸ Cic., *I Phil.* 20: *At quae est ista tertia decuria? 'Centurionum', inquit ... 'addo etiam iudices manipularis ex legione Alaudarum'*; cfr. anche *V Phil.* 12; *XIII Phil.* 3 e 37. Composta interamente di Galli della *Narbonensis*, la legione era così detta poiché aveva per emblema l'allodola, le cui piume formavano il pennacchio che i soldati portavano sull'elmo (Suet., *Iul.* 24.2; Plin., *nat. hist.* 11.121). Sulla *lex de tertia decuria* v. soprattutto H. HILL, *The Roman Middle Class in the Republican Period*, Oxford 1952, 197; E.S. STAVELEY, *Iudex selectus*, in *RhM* 96, 1953, 205 s.; C. NICOLET, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312-43 av. J.C.)*, I, Paris 1966, 604 ss., 605 nt. 24; E. WISTRAND, *Sallust* cit., 47 ss.; O. BEHREND, *Die römische Geschworenverfassung*, Göttingen 1970, 44 ss.; A.H.M. JONES, *The Criminal Courts of the Roman Republic and Principate*, Oxford 1972, 88; S. DEMOUGIN, *L'ordre équestre sous les Julio-Claudiens*, Rome 1988, 40; I.E. TZAMTZIS, *Les Grecs qui faillirent juger à Rome*, in *RHD* 76, 1998, 539 ss.

¹⁹ O. BEHREND, *Die römische Geschworenverfassung* cit., 441; S. DEMOUGIN, *L'ordre équestre* cit., 40; G. TRAINA, *Marco Antonio*, Bari 2003, 48 s. MA v. già J. MAZEAUD, *La nomination du 'iudex unus' sous la procédure formulaire*, Paris 1933, 34 s.

garantire i cesariani nei *iudicia*. Chi di loro fosse stato sottoposto a un processo dinanzi a una corte, avrebbe potuto contare su una giuria a lui favorevole, e se, per qualunque motivo, la sentenza non fosse stata quella auspicata, c'era la possibilità per il condannato – almeno nelle corti *de vi* e *de maiestate* – di chiedere che la sua causa fosse ridiscussa dinanzi all'assemblea del popolo.²⁰ Un meccanismo perfetto.

Che le cose stessero così è provato, a mio avviso, da un episodio verificatosi quattro mesi più tardi, all'inizio del 43, di cui ci dà notizia lo stesso Cicerone nell'ottava *Filippica*. Il 4 gennaio di quell'anno il senato aveva deliberato, su iniziativa di Servio Sulpicio Rufo, di inviare un'ambasceria ad Antonio per avanzare delle proposte conciliative e indurlo a rinunciare alle armi. Antonio, a sua volta, aveva fatto delle controproposte, e fra queste ve ne era una in ordine alla quale non era disposto a transigere: e cioè che la legge giudiziaria da lui emanata rimanesse pienamente in vigore.²¹ Il mantenimento della legge del 44 sulla composizione delle corti costituiva per Antonio un punto imprescindibile: essa gli garantiva che né lui né i suoi avrebbero mai potuto subire rappresaglie di carattere processuale per le illegalità che avevano commesso.²²

Che questa fosse la finalità della *lex de tertia decuria* Cicerone si era reso perfettamente conto fin dal tempo della prima *Filippica*. Ma allora egli non aveva ancora perduto la speranza nella possibilità di una rappacificazione, e perciò, anziché muovere un attacco diretto contro il suo avversario e stigmatizzare come turpe o indegno il movente che lo aveva indotto a proporre un provvedimento del genere – cosa che non avrebbe fatto altro che aumentare l'ostilità di Antonio nei suoi confronti – preferì contestare la legge, con estrema durezza, ma solo in punto di diritto. Con un'argomentazione peraltro – bisogna dirlo – che, a differenza di quella con cui aveva in prima battuta criticato la *lex de provocatione*, appare tutt'altro che ineccepibile sotto il profilo giuridico. La tesi che egli intendeva far valere era in sostanza questa: Cesare, con la sua legge giudiziaria, aveva ridotto da tre a due le decurie dei giudici; Antonio, con il suo provvedimento, aveva ripristinato la terza decuria (una decuria, oltretutto, di giudici non equiparabili per *dignitas* a quelli delle altre due decurie). Ma, così facendo, aveva sostanzialmente abrogato la normativa cesariana: '*Quid? Lege quae promulgata est de tertia decuria, nonne omnes iudiciariae leges Caesaris dissolvuntur?*';²³ e una tale abrogazione doveva ritenersi illegittima, poiché il senato, nella famosa seduta del 17 marzo, aveva solennemente convalidato tutte le disposizioni prese da Cesare prima della morte. I cesariani per primi avrebbero dovuto curare che tali disposizioni – ivi

²⁰ Secondo E. WISTRAND, *Sallustius* cit., 47 ss., «Anthony's *lex iudiciaria* aimed at guaranteeing the economic security of the Caesarians against endeavours by judicial actions to challenge or circumvent the *acta Caesaris*» (*op. cit.*, 51). La legge sarebbe stata cioè determinata dal timore dei cesariani di essere citati in giudizio con azioni di diritto privato e di essere costretti a restituire i beni loro elargiti dal dittatore. Ma è difficile credere che, nella situazione creata a Roma dopo il 44, i cesariani si preoccupassero della borsa più che della vita. La *lex de tertia decuria* era palesemente connessa, come ho tentato di chiarire nel testo, con la *lex de provocatione*. Cfr. anche i testi citati alla nt. 22.

²¹ Cic., VIII Phil. 27: *Postulat enim ne sua iudiciaria lex abrogetur* (al che Cicerone commenta caustico: *Quo impetrato quid est quod metuat?*). Sull'insistenza di Antonio circa il mantenimento della *lex de tertia decuria* v. pure Cic., XIII Phil. 37: *is etiam quaeritur condiciones suas repudiatas, aequas quidem et verecundas, ... ut Alaudae in tertia decuria iudicarent, id est ut perfugium scelerum esset quam turpissimis rei publicae sordibus*.

²² Cic., VIII Phil. 26: *Caveri etiam volt eis qui secum sint quicquid contra leges commiserint*. V. anche, con specifico riferimento alle malefatte di Antonio, Cic., V Phil. 15: *Scelerum magnitudo, conscientia maleficorum, direptio eius pecuniae, cuius ratio in aede Opis confecta est, hanc tertiam decuriam excogitavit* (su questi passi più ampiamente *infra*, nel testo).

²³ Cic., I Phil. 19.

comprese le leggi – non fossero disapplicate. ‘*Et vos acta Caesaris defenditis, qui leges eius evertitis?*’ Interrogativo al quale l’oratore fa seguire un’aggiunta maliziosa: ‘*nisi forte, si quid memoriae causa rettulit in libellum, id numerabitur in actis et, quamvis iniquum et inutile sit, defendetur; quod ad populum centuriatis comitiis tulit, id in actis Caesaris non habebitur*’.²⁴

L’allusione era chiara. Subito dopo la seduta del 17 marzo, Antonio, approfittando del fatto che il senato aveva riconosciuto la validità non soltanto delle disposizioni del defunto dittatore che già avevano avuto un inizio di esecuzione, ma anche di tutte le altre che fossero state rinvenute nelle sue carte, non aveva esitato, per rafforzare la sua posizione, a dar corso a tutta una serie di provvedimenti (nomine di magistrati, iscrizione di nuovi nomi nella lista dei senatori, richiamo in patria di esiliati politici e via dicendo) che a suo dire aveva reperito negli appunti di Cesare, ma che erano stati da lui stesso palesemente contraffatti.²⁵ Cassio Dione ce ne dà notizia in termini assai crudi: ‘Non appena entrò in possesso degli atti di Cesare, egli fece sparire numerose disposizioni, e numerose altre le sostituì’.²⁶ Di qui, l’ironia di Cicerone: non è forse sconcertante che Antonio da un lato pretenda di essere il difensore degli atti di Cesare – anche di atti di cui è assai discutibile l’affidabilità – e dall’altro proponga delle leggi che contraddicono, e sostanzialmente abrogano, le leggi da lui emanate?

6. Il discorso era senza dubbio abile e dialetticamente efficace. Ma dal punto di vista giuridico – come ho già detto – assai fragile. Per giungere alla conclusione che gli stava a cuore – che, cioè, la modificazione da parte di Antonio della normativa cesariana sulle giurie doveva considerarsi illegittima – Cicerone argomenta in modo a dir poco capzioso: egli cerca, cioè, di far passare l’idea che anche le leggi di Cesare rientrano fra gli *acta* del dittatore che il senato aveva confermato, e quindi debbano considerarsi, al pari di questi ultimi, intoccabili. L’inconsistenza di tale argomentazione appare evidente: anche se volute da Cesare, ispirate da Cesare, sostenute da Cesare, la *lex iudiciaria* e le altre leggi del dittatore erano, indubbiamente, norme che promanavano dall’organo che era il legittimo titolare della legislazione secondo l’ordinamento repubblicano, e cioè dal comizio. Dal punto di vista giuridico, non erano *acta Caesaris*, bensì *acta populi: leges publicae populi romani*. La loro inserzione fra gli *acta Caesaris* era un palese artificio oratorio per sostenerne l’immodificabilità. Ma tale artificio permetteva a Cicerone di dare una parvenza di fondamento legale alle sue critiche alla reintroduzione della terza decuria, e perciò non esitò a servirse-ne. Anzi, lo adoperò di nuovo con riferimento alla *lex de provocatione*, aggiungendo alla serie di obiezioni che ho poc’anzi ricordato quest’ultima:

Cic., *I Phil.* 23: *Quid, quod obrogatur legibus Caesaris, quae iubent ei qui de vi itemque ei qui maiestatis damnatus sit aqua et igni interdici? Quibus cum provocatio datur, nonne acta Caesaris rescinduntur? Quae quidem ego, patres conscripti, qui illa numquam probavi, tamen ita conservanda concordiae causa arbitratus sum ut non modo, quas vivus leges Caesaris tulisset, infirmandas hoc tempore non putarem, sed ne illas quidem quas post mortem Caesaris prolatas esse et fixas videris.*

Un palese artificio oratorio, dicevo. Tuttavia un artificio di cui Cicerone non poteva fa-

²⁴ Cic., *I Phil.* loc. ult. cit.

²⁵ Sulla falsificazione degli *acta Caesaris* v. da ultimi G. TRAINA, *Marco Antonio* cit., 45 s.; L. CANFORA, *Giulio Cesare, il dittatore democratico*, Bari 2009, 393.

²⁶ Dio 44.53.2: ἐπειδὴ τάχιστα ἐγκρατὴς τῶν γραμμάτων αὐτοῦ (di Cesare) ἐγένετο, πολλὰ μὲν ἀπήλειψε, πολλὰ δὲ καὶ ἀντενέγραψεν.

re a meno, se voleva dare una base giuridica alla sua critica. Se egli non avesse fatto rientrare le leggi cesariane che pretendeva violate nell'ambito degli *acta Caesaris*, dichiarati intangibili per decreto del senato, non avrebbe potuto sostenere l'illiceità della loro abrogazione ad opera di Antonio. La legge, in quanto tale, era sempre revocabile. Il popolo, così come l'aveva posta in essere, poteva in seguito cancellarla. E questo anche quando, come non era raro, essa contenesse una clausola che ne vietava l'abrogazione.²⁷ Cicerone ne era perfettamente consapevole. In una lettera scritta ad Attico durante il suo esilio, il 29 novembre del 58, da Durazzo, dice:

Cic., *ad Att.* 3.23.2: *Scis enim Clodium sanxisse ut vix aut omnino non posset nec per senatum nec per populum infirmari sua lex.*²⁸ *Sed vides numquam esse observatas sanctiones earum legum quae abrogarentur. Nam si id esset, nulla fere abrogari posset; neque enim ulla est quae non ipsa se saepiat difficultate abrogationis. Sed cum lex abrogatur, illud ipsum abrogatur quo non eam abrogari oporteat.*

In questa situazione di cose è chiaro che Cicerone, intendendo contestare la legislazione antoniana sul piano della mera legalità, sì da non imputare ad Antonio un interesse personale suo e dei suoi nell'approvazione dei due provvedimenti, non poteva seguire una via diversa da quella seguita. E cioè ricondurre le leggi di Cesare agli *acta* di lui, approvati dal senato.

Le sue remore verranno meno nei mesi successivi. Caduta ogni possibilità di accordo con Antonio, approvate sia la *lex de provocatione* che quella *de tertia decuria*, precipitata la situazione politica, l'oratore non avrà più alcuna necessità di mimetizzare la sua critica sotto la veste di un'argomentazione giuridica, e potrà esprimersi con la massima libertà. Nella quinta *Filippica*, pronunciata il 1° gennaio del 43, allorché la guerra era già cominciata e Antonio aveva già messo sotto assedio Decimo Bruto a Modena, egli attacca la legge giudiziaria con toni aggressivi e senza ambiguità:

Cic., *V Phil.* 15: *En causam cur lex tam egregia tamque praeclara maximo imbri, tempestate, ventis, procellis, turbinibus, inter fulmina et tonitrua ferretur, ut eos iudices haberemus quos hospites habere nemo velit*²⁹. *Scelerum magnitudo, conscientia maleficiorum, direptio eius pecuniae, cuius ratio in aede Opis confecta est, hanc tertiam decuriam excogitavit; nec ante turpes iudices quaesiti quam honestis iudicibus nocentium salus desperata est.*

²⁷ L'inosservanza della clausola che vietava l'abrogazione non incideva sulla validità della legge successivamente emanata. La *rogatio* presentata al popolo nonostante il divieto, se era stata votata dall'assemblea, aveva pieno valore di legge. Poteva correre qualche rischio solo il magistrato rogante, dato che, nel periodo intermedio tra la *promulgatio* e la votazione della nuova legge, la vecchia legge era sempre in vigore, e quindi egli inevitabilmente violava con la sua iniziativa la clausola di quest'ultima che comminava una pena contro chi ne avesse proposto l'abrogazione. Proprio per porre rimedio a ciò fu introdotto il c.d. *caput tralaticium de impunitate*. Per maggiori dettagli v. B. SANTALUCIA, *Le clausole autoprotettive delle leges*, in J.-L. FERRARY (a cura di), *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia 2012, 134 ss.

²⁸ Il riferimento è chiaramente alla legge con cui Clodio, nel 58, aveva interdetto Cicerone *aqua et igni*.

²⁹ Cfr. Cic., *VIII Phil.* 8: *Quae porro illa tonitrua, quae tempestas! ut, si auspicia M. Antonium non moverent, sustinere tamen eum ac ferre posse tantam vim tempestatis, imbris, turbinum mirum videretur. Quam legem igitur se augur dicit tulisse non modo tonante Iove sed prope caelesti clamore prohibente, hanc dubitabit contra auspicia latam confiteri?* La legge, secondo Cicerone, doveva essere invalidata perché fatta votare in dispregio degli auspici.

Non vi è dubbio che Cicerone, per fare più effetto sui suoi ascoltatori, carichi alquanto le tinte: ma tutto lascia credere che le allusioni da lui fatte ai motivi che avevano determinato l'emanazione del provvedimento antoniano siano tutt'altro che ingiustificate. Sul punto egli tornerà in termini non diversi – anzi, se possibile, ancor più pesanti – nell'ottava e nella tredicesima *Filippica*.

Cic., *VIII Phil.* 26-27: *Caveri etiam volt iis qui secum sint, quicquid contra leges commiserint. Mustelae et Tironi prospicit; de se nihil laborat. Quid enim commisit umquam? Num aut pecuniam publicam attigit aut hominem occidit aut secum habuit armatos? Sed quid est quod de iis laboret? Postulat enim ne sua iudiciaria lex abrogetur. Quo impetrato quid est quod metuat? An ne suorum aliquis a Cyda, Lysiade, Curio condemnetur?*

Parlando ormai senza remore, Cicerone rinfaccia ad Antonio le sue nefandezze: gli atti di peculato, gli omicidi, le aggressioni con uomini armati. Ciò nondimeno – afferma indignato l'oratore – i giurati della terza decuria non condanneranno mai né lui né i suoi per i crimini commessi. È proprio per questo che egli rifiuta categoricamente l'abrogazione della sua legge giudiziaria. Una volta ottenuto che la legge resti in vita, che cosa ha più da temere?

Cicerone ribadirà il suo avviso anche il 20 marzo, pur essendo già riuscito ad ottenere da parte del senato la cassazione della legislazione antoniana:³⁰

Cic., *XIII Phil.* 37: *Is etiam queritur condiciones suas repudiatas, aequas quidem et verendas, ... ut Alaudae in tertia decuria iudicarent, id est ut perfugium scelerum esset quam turpissimis rei publicae sordibus.*

Antonio – rileva l'oratore – si dice dispiaciuto che le sue proposte siano state respinte. Ma che proposta era mai quella di inserire le *Alaudae* come giudici della terza decuria? Accoglierla avrebbe significato offrire alle persone più abiette e turpi della repubblica una via di scampo per le loro malefatte.

Possiamo fermarci qui. La portata e il significato delle leggi di Marco Antonio sulla *provocatio* e sulla composizione delle giurie mi pare risultino abbastanza chiaramente. Confido che i risultati dell'indagine svolta possano recare un sia pur minimo contributo alla ricostruzione del quadro, convulso e tormentato, del diritto criminale tardo-repubblicano.

³⁰ Cfr. Cic., *XII Phil.* 12; *XIII Phil.* 5; Dio 46.36.2. Le leggi erano state considerate '*per vim et contra auspicia latae*', come aveva proposto lo stesso Cicerone (cfr. nt. precedente).

VARIE

MARIATERESA AMABILE
(Università degli Studi di Salerno)

Il rogo della croce nel Codice Teodosiano

IL ROGO DELLA CROCE NEL CODICE TEODOSIANO

CTh. 16.8.18: *IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. ANTHEMIO PRAEFECTO PRAETORIO. Iudaeos quodam festivitatis suae sollemni Aman ad poenae quondam recordationem incendere et sanctae crucis adsimulatam speciem in contemptum Christianae fidei sacrilega mente exurere provinciarum rectores prohibeant, ne iocis suis fidei nostrae signum inmisceant, sed ritus suos citra contemptum christianae legis retineant, amissuri sine dubio permissa hactenus, nisi ab illicitis temperaverint. Dat. IIII kal. iun. Constantinopoli Basso et Philippo cons. (29 maggio 408).*

Teodosio II ordina che i governatori delle province facciano divieto agli ebrei di dare fuoco all'effigie di Amàn, in ricordo di quando fu punito, durante la celebrazione di una loro festa e di bruciare con intento sacrilego una forma fatta a somiglianza della Santa Croce in disprezzo della fede cristiana, affinché essi non mescolino il segno della fede (cristiana) con i loro scherzi e conservino i loro riti senza ridicolizzare la legge (cristiana), ma perderanno ciò che fino ad ora gli era stato permesso a meno che non si astengano dalle cose proibite.

Con questa norma,¹ come si vede, Teodosio II vieta agli ebrei di farsi beffe dei cristiani durante le celebrazioni della festa di Purim, pena il divieto di celebrazione della stessa e delle altre feste ebraiche.

In particolare si fa riferimento all'abitudine da parte degli ebrei di approfittare dei festeggiamenti di Purim per effettuare un particolare rito che avrebbe rappresentato un oltraggio alla religione cristiana, ossia il dare alle fiamme l'effigie del perfido Amàn, ideatore dello sterminio del popolo ebraico in Persia.

La particolarità del rito risiedeva nel fatto che l'immagine data alle fiamme avrebbe ritratto un Amàn crocifisso, con ciò alludendo palesemente alla crocifissione di Gesù.² Un atto simbolico che, come s'intende, avrebbe suscitato lo sdegno dell'Imperatore Teodosio II, da cui l'intervento. Ma andiamo con ordine.

Purim,³ o giorno di Mordechai, cade nel 12° mese (Adar), il 14° e 15° giorno. Esso sarebbe nato inizialmente come una festività non religiosa ma di carattere folkloristico⁴ volto

¹ Cfr. anche C. 1.9.11.

² Cfr. A.M. RABELLO, *Il diritto e le feste degli ebrei*, in *Ebraismo e diritto: studi sul diritto ebraico e gli ebrei nell'impero romano scelti e raccolti da F. Lucrezi*, I, 2009, 398: 'La costituzione teodosiana si propone di evitare la gioia sfrenata con cui veniva osservata tale ricorrenza. (...) Può essere che gli ebrei abbiano gioito in modo un po' eccessivo per la morte di Amàn, che nel corso dei secoli è venuto a simbolizzare l'antisemita di ogni tempo e di ogni luogo'.

³ Dal termine accadico *pur*, sorte, cfr. *Ester* 9, 24-25.

⁴ Sul punto, per tutti, cfr. K. KOHLER e H. MALTER, *Purim*, in *Jewish Encyclopedia* V.10, 274-279, 2002-2011; A.M. RABELLO, *The First law of Theodosius II and celebrations of Purim*, in *Ebraismo e Diritto* cit., 415.

a rievocare le vicende narrate nel libro di Ester e commemorava la vendetta presa da Mordechai e dagli ebrei su Amàn, il siro che aveva pianificato lo sterminio degli ebrei.⁵ Era preceduto da un giorno di digiuno, ma il 13 e il 14 erano anche giorni di allegria nei quali l'unico rituale religioso consisteva nell'ascolto in sinagoga della lettura della meghillà di Ester. Si trattava per il resto di una festa puramente profana, trascorsa in allegrezza e banchetti. I rabbini ammettevano che si potesse, durante di essa, bere fino a non più distinguere fra 'Maledetto sia Amàn' e 'Benedetto sia Mardocheo'⁶ e che 'quando entra Adàr si accresce l'allegria', il Talmud stesso statuisce esplicitamente che sarebbe dovere di ogni uomo ubriacarsi con vino durante Purim fino a perdere la lucidità.⁷ La Ghemarà riferisce anche della spiacevole circostanza verificatasi in seguito al raggiungimento dello stato di ebbrezza da parte di Rabbah e Rabbi Zera, durante la quale il secondo perse la vita. Fu proprio questo episodio ad indurre i rabbini a tentare di definire la natura precisa dell'obbligo di bere vino fino ad ubriacarsi durante Purim, e pare in effetti che raramente i festeggiamenti si fossero nuovamente spinti tanto in là.⁸

Ma torniamo alla legge di Teodosio II.

Come sopra accennato, la costituzione fu originata dalle modalità con cui veniva festeggiata da alcuni ebrei la festa di Purim, ossia tramite l'incendio dell'effigie di Amàn crocifisso; ma secondo quanto narrato dal libro di Ester,⁹ egli finì appeso allo stesso albero che aveva fatto approntare per appendervi Mardocheo, dunque impiccato.¹⁰ Il libro di Ester non fa quindi riferimento ad una crocifissione di Amàn. Tuttavia alcune fonti ebraiche sia precedenti che successive a CTh. 16.8.18 mostrano di essere a conoscenza e quasi di dare per scontata la crocifissione di Aman.¹¹ Il Targum¹² del libro di Ester, redatto secondo la

⁵ Il libro di Ester, com'è noto, pervenutoci in due versioni, una in ebraico ed una in greco, narra gli eventi accaduti a Susa, capitale dell'Impero persiano, nella prima metà del V sec. a.C. In particolare viene narrata la vicenda di Ester, ebrea presa in moglie dal re Assuero dopo aver ripudiato la regina Vasti. Ester, divenuta in questo modo l'ebrea di più alto lignaggio in tutto l'Impero, si trasforma nello strumento per la salvezza del suo popolo nel momento in cui il perfido Amàn, consigliere del re ed acerrimo nemico di Mardocheo (ebreo della tribù di Beniamino e tutore di Ester) emana un editto che ordina lo sterminio totale di tutti gli ebrei. Ester compare dunque innanzi al re senza essere stata convocata (comportamento passibile di condanna a morte) ed egli, abbagliato dalla sua bellezza, la tocca con lo scettro d'oro e le salva la vita, concedendole inoltre di esaudire il suo desiderio, ossia la celebrazione di un banchetto al quale avrebbe partecipato anche il consigliere Amàn. Durante il banchetto, com'è noto, Ester accuserà pubblicamente Amàn di aver messo a morte gli ebrei e dunque anche lei stessa, ciò che susciterà l'ira furibonda del re e lo indurrà a condannare a morte Amàn ordinando di appendere a quello stesso patibolo che egli aveva fatto preparare per appendervi Mardocheo. Il racconto prosegue con la descrizione degli onori concessi ad Ester dal re e della nomina di Mardocheo a consigliere imperiale. Egli promulgherà un editto con il quale sarà concesso a tutti gli ebrei di difendersi contro coloro che li attaccheranno. L'ultimo capitolo del libro descrive l'eccidio dei persecutori degli ebrei che avverrà proprio nel giorno che era stato tirato a sorte (pur), per lo sterminio del popolo ebraico.

⁶ Cfr. sul punto A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 415 s. e R. DE VAUX, *Le Istituzioni dell'Antico Testamento*, trad. it. a cura di Marocco e Arcozzi, Genova 1977, 493.

⁷ T. B. *Megillah*, 7b.

⁸ Così A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 415.

⁹ Ester 7, 9-10: 'Ed il re disse «Impiccatevi lui!». Così Aman fu impiccato al palo che aveva preparato per Mardocheo'.

¹⁰ Cfr. P. GOODMAN, *The Purim Anthology*, Philadelphia 1949, nonché N.S. DONIACH, *Purim or the Feast of Esther*, Philadelphia 1933.

¹¹ Da sottolineare che la crocifissione era una pena utilizzata nell'antichità anche dagli ebrei. Flavio Giuseppe nelle *Antichità Giudaiche* 13.380-381, riporta che Alessandro Gianneo fece crocifiggere più di

tradizione tra il 60 a.C. e il II sec. d. C, dunque ben prima dell'emanazione della norma teodosiana, traduce il passo 'ed essi impiccarono Amàn' con 'essi crocifissero Amàn ad un albero'. Il secondo Targum,¹³ contiene una versione più estesa del passo, anch'essa facente riferimento ad una crocifissione di Amàn, nella quale quest'ultimo implora Mardocheo di non crocifiggerlo come un uomo comune, ma di tagliargli piuttosto la testa con la spada regale come sarebbe spettato ai ministri dello Stato. Anche la Vulgata di San Girolamo riferisce di una crocifissione di Amàn e dei suoi figli:¹⁴ *'denique et ipsum et filios eius affixerunt cruci'*. Il Talmud fa riferimento alla vendetta su Amàn come *mashvarta de-puraya*,¹⁵ ossia: 'saltare al di là (e al di qua) del fuoco', ossia il falò nel quale venivano bruciate le effigi di Amàn.¹⁶

Un episodio di particolare gravità collegato all'emanazione della norma teodosiana sarebbe avvenuto a Imnestar, cittadina tra Antiochia e Calcide, dove alcuni ebrei, durante la celebrazione del Purim, secondo una malevola diceria popolare, avrebbero rapito un bambino cristiano per appenderlo ad una croce e portarlo in giro per la città facendosi beffe dei cristiani e successivamente ucciderlo.¹⁷ Il Gotofredo nel suo commentario al Codice Teodosiano individua in tale episodio il motivo scatenante della legge di Teodosio II, ma ciò non sembra corrispondere a verità, in quanto l'episodio sarebbe successivo all'emanazione della norma teodosiana.¹⁸ Sul punto si è ampiamente espresso anche Rabello, secondo il quale sarebbe necessario considerare alcuni fattori relativi all'episodio di Imnestar che portarono all'emanazione della norma teodosiana.

Egli sottolinea infatti l'importanza storica della comunità giudaica di Antiochia (testimoniata anche da Flavio Giuseppe)¹⁹ che avrebbe avuto una forte influenza sul cristianesimo locale, e dove, si racconta, ad esempio, che nel 341 il Sinodo proibì ai cristiani di celebrare la Pasqua nello stesso periodo in cui gli ebrei celebravano la Pasqua ebraica e, qualche anno più tardi, Giovanni Crisostomo avrebbe rimproverato ai cristiani di frequen-

800 persone. Sul punto cfr. D. PIATTELLI e B.J. JACKSON, *Jewish Law during the Second Temple Period*, in N.S. HECHT, B.S. JACKSON, S.M. PASSAMANECK, D. PIATTELLI, A.M. RABELLO (a cura di), in *An Introduction to the History and Sources of Jewish Law*, Oxford 1996, 19-56.

¹² Ossia, com'è noto, la traduzione in aramaico della Bibbia ebraica, avvenuta gradualmente in Babilonia a partire dal 60 a.C.

¹³ Sul punto, cfr. A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 420 nt. 17.

¹⁴ Ester 9, 25.

¹⁵ T. B. *Sanhedrin* 64b. In tempi successivi all'emanazione della norma teodosiana, si ha notizia, attraverso lo scrittore Moshe Shaltiel dell'usanza presso i bimbi ebrei yemeniti durante la preparazione di Purim di ricoprire di stracci due bastoncini che simboleggiavano Amàn e di incrociarli, dicendo 'Adar crocifigge Amàn'; in Tunisia invece i bambini bruciavano uno spaventapasseri che simboleggiava Amàn. Sul punto, cfr. A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 420.

¹⁶ Con ciò facendo riferimento al rito secondo il quale, nei festeggiamenti di Purim, un giovane appendeva un'effigie di Amàn ai tetti delle case per quattro o cinque giorni. Durante il giorno di Purim, veniva fatto un falò intorno al quale si ballava e si cantava mentre l'effigie ivi lanciata bruciava. Sul fuoco penzolava anche un anello al quale essi si appendevano per passare da un lato all'altro del falò. Per un approfondimento sul punto, cfr. A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 421 nt. 19.

¹⁷ A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 418.

¹⁸ A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 418; J. JUSTER, *Les Juifs dans l'Empire Romain. Leur conditions juridique, économique et sociale*, Paris 1914, 204. Cfr. diffusamente anche L. DE GIOVANNI, *Chiesa e Stato nel Codice Teodosiano. Saggio sul libro XVI*, Napoli 1980.

¹⁹ Fl. Gius., *La Guerra giudaica* 7.4.4.

tare le sinagoghe ed utilizzare i tribunali ebraici, nonché l'imperatore Valente di aver fornito agli ebrei dei giardini per adorare il loro dio.²⁰ Dunque, l'episodio di Imnestar, avvenuto successivamente all'emanazione della norma di Onorio e Teodosio, avrebbe dimostrato non soltanto la credenza che gli ebrei di fatto non rispettassero il divieto teodosiano di farsi beffe dei cristiani nel giorno di Purim, ma anche l'idea che questa irrisione del cristianesimo avvenisse attraverso il disprezzo della morte di Cristo (l'incendio della croce) e della figura stessa del bambino Gesù (come dall'episodio dell'assassinio di un bambino cristiano). In ogni caso, il Linder²¹ fa notare che non è possibile essere sicuri che l'episodio di Imnester fosse da ricongiungere necessariamente alla celebrazione di Purim, dato che la fonte²² dalla quale veniamo a conoscenza del fatto non specifica che la crocifissione del bambino cristiano fosse avvenuta proprio durante tale festività.

Ulteriore elemento da considerare è l'inserimento all'interno del *Corpus Iuris Civilis* della norma teodosiana da parte di Giustiniano, C. 1.9.11. Com'è noto, la legislazione giustiniana recepisce ed attualizza una buona parte delle leggi *de Iudaeis* contenute nel codice teodosiano: la scelta da parte di Giustiniano di includere anche CTh. 16.8.18 è significativa.²³ Anche se, a nostro avviso, pare difficile credere che in un periodo di inasprimento della politica religiosa antiebraica delle autorità, alcuni ebrei si fossero permessi di perpetrare atti che potevano essere interpretati come offesa diretta al cristianesimo, pare realistico pensare che Giustiniano, fautore di un intervento massimale dello Stato nella vita religiosa,²⁴ non avesse motivo per abolire una costituzione che limitava la libertà ebraica.²⁵

Alcuni ebrei osarono forse davvero bruciare delle croci in segno di disprezzo del cristianesimo? È parso difficile pensare che ciò fosse avvenuto in aperto spirito polemico anticristiano, in un'epoca in cui gli ebrei venivano in vario modo perseguitati, tanto nell'esercizio del culto,²⁶ quanto nello svolgimento delle più semplici attività della vita (matrimonio, eredità, commerci).²⁷

È probabile che questa norma fosse volta a vietare un simile comportamento blasfemo in ogni caso, indipendentemente da quanto esso potesse effettivamente essere stato, in qualche occasione, praticato.²⁸ Non è però da escludere un possibile utilizzo strumentalizzato della norma, tanto teodosiana quanto giustiniana, volto a diffondere la notizia, senz'altro suggestiva per l'immaginario popolare, della pratica dell'incendio delle croci da par-

²⁰ Sul punto, cfr. M. SIMON, *La polémique anti-juive de S. Jean-Chrysostome et le mouvement judaisant d'Antioche*, in *Mélanges Cumont, Annuaire de l'Institut de Philologie et d'Histoire orientales*, IV, Bruxelles 1936, 403-429.

²¹ A. LINDER, *The Jews in Roman Imperial legislation*, Detroit 1988, 236-238.

²² Socrate Scolastico, *Historia Ecclesiastica* 7.16.

²³ Così A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 419.

²⁴ Cfr. M. AMELOTI, *Giustiniano tra teologia e diritto*, in *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, Torino 1983, 17 ss.

²⁵ A.M. RABELLO, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani. Alla luce delle fonti storico-letterarie ecclesiastiche e giuridiche*, II, 1987, 765 s. Sul punto, cfr. anche LINDER, *The Jews* cit., n° 36.

²⁶ Solo a titolo di esempio, cfr. M. AMABILE, *La Novella 146 di Giustiniano "De Hebraeis"*, in RDR 11, 2011.

²⁷ Per un'analisi completa della legislazione *de Iudaeis* nel Tardo Antico cfr., J. JUSTER, *Les Juifs* cit.; A. LINDER, *The Jews*, cit.; F. LUCREZI, *La legislazione de Iudaeis di Teodosio I*, in *Koinonia* 34, 2010; A.M. RABELLO, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani* cit.; nonché ID. *Ebraismo e diritto* cit.

²⁸ A.M. RABELLO, *The first law of Theodosius II* cit., 415-420.

te degli ebrei, vera o meno che fosse. L'idea che i perfidi ebrei fossero artefici di tali atrocità (insieme ad altre, a partire dalla responsabilità dell'uccisione di Gesù fino alle leggende nere che impastassero il pane azzimo col sangue dei bambini cristiani o che friggessero le ostie) era utile anche a giustificare l'urgenza di una nuova legge restrittiva delle libertà di culto ebraico.²⁹

Com'è noto, tuttavia, l'idea di un totale rifiuto o di una proibizione del giudaismo non si affermò mai compiutamente, non si parlò mai di un reato di giudaismo³⁰ e quindi di una proibizione *tout court* del culto ebraico in ragione di un più complesso e ambiguo rapporto di derivazione-subordinazione, in base al quale l'ebraismo doveva sopravvivere (come aveva sentenziato Teodosio I in CTh. 16.8.9: '*Judaeorum sectam nulla lege prohibitam satis constat*'), ma gli ebrei dovevano essere perseguitati a testimonianza del loro errore e della verità della nuova Rivelazione.³¹

Infine, se è vero che nel personaggio di Amàn è possibile identificare simbolicamente gli «asserzionisti-negazionisti» di ogni tempo, ossia coloro che nella storia hanno a più riprese colpito tanto l'esistenza fisica del popolo d'Israele quanto la sua memoria e identità,³² ai fini della nostra analisi può essere interessante ricordare quanto l'idea di una sua crocifissione dovesse essersi impressa nell'immaginario comune, se essa venne ricordata e riproposta, secoli dopo, nel 17° Canto del Purgatorio di Dante,³³ a conferma di una generale ed assodata convinzione che ritraeva il perfido Amàn messo in croce a causa della sua superbia³⁴ e che avrebbe motivato, almeno da un punto di vista storico, la norma teodosiana.

²⁹ Sul punto cfr. F. LUCREZI, *Purim*, in *Moked*, 24 marzo 2016.

³⁰ Cfr. per tutti, M. AMABILE, "Nulla lege prohibita: sul reato di giudaismo", in F. LUCREZI (a cura di), *Minima de poenis*, I, Napoli 2015 nonché in *Atti del Convegno di diritto penale turco-italiano*, I, "Current Problems of Turkish and Roman Law", 6-7 giugno 2013 Istanbul, Özyeğin Üniversitesi.

³¹ Aug., *Enarratio I in Psalmum* 58.22: '*Per omnes gentes dispersi sunt judaei, testes iniquitatis suae et veritatis nostrae*'.

³² Così F. LUCREZI, *Purim* cit.

³³ Versi 25-30: 'Poi piovve dentro a l'alta fantasia/ un crucifisso dispettoso e fero/ ne la sua vista, e cotai si moria;/ intorno ad esso era il grande Assuero,/ Estèr sua sposa e 'l giusto Mardoceo,/ che fu al dire e al far così intero'.

³⁴ Così A.M. RABELLO, *The first law* cit., 420.

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

Per gli ottanta anni di Antonino Metro

PER GLI OTTANTA ANNI DI ANTONINO METRO *

Per affettuosa decisione degli organizzatori, che ringrazio di cuore, ho l'onore di presiedere questa prima seduta di un incontro di festeggiamento del carissimo Professore Metro. L'oggettiva strutturazione – oltre alle apposite indicazioni privatamente fornitemi dagli organizzatori – mostra che il festeggiamento è stato pensato non in chiave di occasione celebrativa solenne, bensì come autentico incontro *'inter amicos'*: lo rivela la scelta dei relatori, che appartengono ad Università che sono state, e sono, luoghi di tradizionali rapporti accademici e scientifici, intessuti, tutti, di profondi legami di amicizia.

E proprio in virtù di questa dimensione *inter amicos* mi sia concesso, prima di aprire, 'istituzionalmente', i lavori e dare, 'istituzionalmente', la parola ai relatori, di riservare la parola un momento a me stesso: non certo per tracciare un profilo accademico-scientifico del Professore Metro – sarebbe un fuor d'opera rispetto al predetto carattere dell'incontro –, bensì per richiamare brevissimamente due episodi che mi sembrano emblematici della sua figura nel quadro della *koiné* romanistica siciliana.

Il primo episodio risale agli inizi della carriera di studioso del Professore Metro ed ha una forte carica simbolica in quanto attesta come il legame di amicizia ripercorra i fili delle genealogie. Alludo alla circostanza che nel 1966 un giovane dottore Metro ha curato l'*Indice delle fonti* dei "Confronti testuali" di Lauro Chiazzese: com'è noto, allievo prediletto di Salvatore Riccobono e Maestro di Bernardo Albanese e Matteo Marrone; non solo: ma grande amico di Cesare Sanfilippo; e ancora, l'*Indice* fu pubblicato sulla rivista *IURA*: con il che, il cerchio della *koiné* siciliana si chiude perfettamente. D'altra parte, chiunque abbia avuto tra le mani i "Confronti testuali" di Chiazzese sa bene che si incontra in essi un vero ginepraio di analisi di fonti, di citazioni di fonti, di rinvii a fonti. Solo un lavoro paziente, artigianale, certosino poteva mettervi ordine. E allora, la circostanza è emblematica anche per un'altra ragione, e cioè perché in essa vi è, *in nuce*, il segno del Magistero del Professore Metro e dei Maestri siciliani tutti: l'attenzione apposta ai testi, baricentro di ogni indagine, e lo scrupolo nell'esegesi, che bandisce la fretta e richiede pazienti, sofferte verifiche e lunghe sedimentazioni.

Il secondo episodio, recentissimo, si collega all'ingresso, lo scorso anno, del Professore Metro nel Comitato Scientifico degli "*Annali del Seminario Giuridico*" dell'Università di Palermo: circostanza che costituisce ulteriore suggello dell'antica vicinanza con Palermo – una vicinanza, del resto, testimoniata dalla forte presenza, quest'oggi, di *maiores* di questa Scuola, ivi inclusa la presenza spirituale del Professore Marrone, il quale, impossibilitato a venire, mi ha incaricato di trasmettere un affettuoso saluto augurale al festeggiato. Ebbene,

* Parole pronunziate in apertura dell'Incontro di studi "*Spunti sul processo civile romano a quarant'anni da La denegatio actionis. Per gli ottanta anni di Antonino Metro*", svoltosi a Messina il 13 e 14 giugno 2017 presso l'Accademia Peloritana dei Pericolanti.

anche in questa veste di componente del Comitato Scientifico degli *Annali*, il Professore Metro ha subito dispensato un insegnamento, riguardante, ad un tempo, l'antico mestiere di romanista e il nuovo mestiere di 'referee', che credo opportuno divulgare. Richiesto di redigere una nota di referaggio, come si usa dire, su un lavoro proposto per la pubblicazione, il Professore ha avuto la cortesia di inviarmi il responso anonimo accompagnandolo con un messaggio anticipatore della sua valutazione. La quale valutazione fu che l'ipotesi sostenuta non lo persuadeva, ma che riteneva la ricerca ben pubblicabile perché condotta con padronanza di metodo investigativo, così concludendo il messaggio: «L'importante è saper cercare la verità, anche se non la si trova».

GIOVANNI NICOSIA
(Università di Catania)

Breve nota sull'integrazione *nisi in*
nella voce '*possessio*' di Festo

BREVE NOTA SULL'INTEGRAZIONE *NISI IN* NELLA VOCE '*POSSESSIO*' DI FESTO

1. È bene, quando è possibile,¹ riconoscere di aver sbagliato e correggere le affermazioni fatte, rettificando anche le inesatte informazioni date.

Leggendo un recente contributo di Mario Varvaro,² mi rendo conto che debbo ricredermi su alcuni importanti punti, sui quali appunto desidero ritornare.

Anzitutto non ero a conoscenza di un recente volume di A. Moscadi,³ nel quale, in vista di «una nuova edizione critica» dell'opera di Festo, l'autore ha «ritenuto opportuno pubblicare preliminarmente la trascrizione critica» del cod. Farnesiano.⁴

In quest'opera, preceduta da una serie di accurate ricerche,⁵ il Moscadi, dopo aver chiarito le ragioni della «opportunità di una nuova trascrizione»,⁶ trascrive «Il testo del codice Farnesiano (Neapol. IV. A. 3)».⁷

¹ Come ad es. mi è stato possibile, in merito a '*redite viam*' di Cic., *pro Mur.* 12.26: v. G. NICOSIA, *Redite viam*, in *Legal Roots* 3, 2014, 63 ss.

² M. VARVARO, *La definizione della possessio nel Festo Farnesiano fra tradizione manoscritta, edizioni e interpretazione storiografica*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, 7, Tricase 2016, 401 ss.

³ *Il Festo Farnesiano* (Cod. Neapol. IV. A. 3) (Firenze 2001). Come ricordato da S. AMMIRATI, *Intorno al Festo Farnesiano* (Neap. IV A 3) e ad alcuni manoscritti di contenuto profano conservati presso la Biblioteca Apostolica Vaticana, in *Miscellanea Bibliothecae Apostolicae Vaticanae* XIV, Città del Vaticano 2007, 7 ss. «Il Neap. IV A 3, conservato presso la Biblioteca Nazionale Centrale "Vittorio Emanuele III" di Napoli, più noto come Festo Farnesiano, è...l'unico testimone diretto di una parte consistente del *De verborum significatione* di Sesto Pompeo Festo» (per la descrizione del codice v. 9 ss.).

⁴ A. MOSCADI, *Il Festo Farnesiano* cit., Prefazione, III: «... Sarebbe logico a questo punto aspettarsi una nuova edizione critica del *De verborum significationibus* che ponesse rimedio alla situazione di fatto appena tratteggiata. Consapevole però della necessità per la comunità scientifica di avere a disposizione tutti gli strumenti critici atti a valutare compiutamente un testo come il *De verborum significationibus*, ho ritenuto opportuno pubblicare preliminarmente la trascrizione critica di F»; v. anche ID., *op. cit.*, I: «Il cod. Farnesiano (= F) rappresenta un elemento insostituibile per la costituzione del testo del *De verborum significationibus*».

⁵ A. MOSCADI, *Nuove glosse festine in Festo*, in *Prometheus* 7, 1981, 159 ss.; ID., *Le glosse festine pompeiane fuori Festo*, in *Prometheus* 16, 1990, 257 ss.; ID., *Le schede orsiniane di Festo e il cod. Vat. Lat. 3369*, in *Res Publica Litterarum* 17, 1994, 95 ss.; ID., *Il titolo dell'opera di Festo*, in *Vetustatis indagator. Studi offerti a F. Di Benedetto*, Messina 1999, 9 ss. (dove il Moscadi sostiene che sia da preferire il titolo *De verborum significationibus* a quello *De verborum significatione*).

⁶ A. MOSCADI, *Il Festo Farnesiano* cit., *Introduzione*, V ss.; v. anche XXIII s., dove sono esposti i criteri ai quali l'autore si è attenuto nella trascrizione. Il Moscadi (*op. cit.*, *Introduzione*, XVI) considera «curatore dell'*editio princeps* di Festo» Io. Baptista Pius, del quale richiama alla nt. 56 l'opera: Io. Baptista Pius, *Nonius Marcellus, Festus Pompeius, Varro*, Mediolani 1500; e alla nt. 57 l'opera: Ioan. Baptistae Pii Bononiensis, *Annotamenta*, Bologna 1505.

⁷ A. MOSCADI, *Il Festo Farnesiano* cit., 1-164.

Anche per la voce *Possessio* occorre ormai rifarsi, anziché all'edizione teubneriana curata dal Lindsay nel 1913,⁸ a questa attenta trascrizione.⁹

In secondo luogo non sapevo che, come apprendo ora da Varvaro, relativamente alla lacuna presente in detta voce tra *non enim possessio est* e *rebus quae tangi possunt*, l'integrazione *nisi in*, accolta da Lindsay nell'edizione del 1930,¹⁰ era stata già suggerita da Antonio Augustín nel 1559.¹¹

È questo il punto su cui vorrei specificamente tornare.

2. Prendo atto che l'integrazione *nisi in*, accolta da Lindsay, era stata proposta (sia pure con l'aggiunta di *ijs*)¹² già dall'Augustín.¹³

Essendo anch'io arrivato a ritenere plausibile l'integrazione *nisi in*, ma basandomi (diversamente da Lindsay) sulle attestazioni delle fonti giuridiche e seguendo un diverso percorso argomentativo,¹⁴ mi pongo ora qualche domanda.

Mi chiedo anzitutto se si possa pensare che Lindsay conoscesse Augustín: supposizione che però mi sembrerebbe improbabile.¹⁵

Ma soprattutto mi chiedo se la plausibilità dell'integrazione *nisi in* possa in qualche modo considerarsi rafforzata dalla sua risalenza ad Augustín. Osserva Varvaro che a costui (che «era stato allievo di Andrea Alciato» e «aveva pubblicato apprezzate ricerche in campo giuridico») «non difettava certamente una formazione giuridica di tutto rispetto»:¹⁶ credo

⁸ Come scrivevo in *Possessio e res incorporales*, in AUPA 56, 2013, 275 ss., v. 278, «è noto che la più recente edizione critica, sia dell'opera di Festo che dell'epitome di Paolo, è quella teubneriana curata dal Lindsay nel 1913»; questa edizione teubneriana resta tuttora, in attesa della 'nuova edizione critica' cui si sta dedicando il Moscadi (v. *supra*, nt. 4), la più recente edizione critica a disposizione degli studiosi.

⁹ Cfr. A. MOSCADI, *Il Festo Farnesiano* cit., 41, righe 1 ss.

¹⁰ Sulla diversità, rispetto all'edizione critica teubneriana del 1913, di questa edizione, in *Glossaria Latina* (iussu Academiae Britannica edita), IV, Paris 1930, rist. Hildesheim 1965, nella quale il Lindsay si è prefisso anche il compito di integrare ove possibile le lacune, v. quanto ho osservato in *Possessio e res incorporales* cit., 282; v. pure quanto ho osservato (*op. cit.*, 278) sul *codex Farnesianus* (già *Neapolitanus* IV A 3). Apprendo da Varvaro (*La definizione* cit., 405 e nt. 8) che l'integrazione *nisi in* era stata proposta dal Lindsay già in un articolo in CLQ 7, 1913, 115 ss.

¹¹ M. VARVARO, *La definizione* cit., 406: «Il primo tentativo di restituire il testo della definizione di *possessio* di Elio Gallo riferita nella glossa festina risale al 1559, quando Antonio Augustín (1517-1586) pubblicò ciò che restava dell'opera di Verrio Flacco, unitamente all'opera di Festo servendosi per la prima volta del Codice Farnesiano»; nt. 13: *M. Verrii Flacci quae extant. Et Sex. Pompei Festi de verborum Significatione, Lib. XX. In eundem Festum annotationes. Index rerum obiter dictarum. Ex bibliotheca Antonij AUGUSTINI. Cum privilegijs, Venetiis-Bonelli 1559.*

¹² V. nt. seguente.

¹³ Come ricorda M. VARVARO, *La definizione* cit., 408, Augustín «suggeriva di intervenire ... leggendo le parole '*nisi in iis*' prima della parola '*rebus*'; e v. la nt. 17, della quale trascrivo l'inizio: [Augustín,] *M. Verrii Flacci quae extant* cit., v. '*Possessio*': '*Aliqua sunt mendosa, & manca. Non enim possessio est, nisi in ijs rebus, quae tangi non possunt ...*'».

¹⁴ V. *Possessio e res incorporale* cit., 282, dove ho sottolineato che, mentre Lindsay si era basato sulle sue cognizioni filologiche, paleografiche e lessicografiche, e non certo sulle attestazioni delle fonti giuridiche, su queste invece mi ero basato io, seguendo tutt'altra via e attraverso un diverso percorso argomentativo.

¹⁵ E anche a voler supporre che Augustín sia stato conosciuto e utilizzato da Lindsay, dovrebbe dirsi che questi ne ha migliorato la proposta integrativa eliminando *ijs*.

¹⁶ M. VARVARO, *La definizione* cit., 407: «Nelle *Annotationes in Festum*... Augustín, cui non difettava certamente una formazione giuridica di tutto rispetto», e nt. 16: «Augustín, infatti, era stato allievo di

che la documentata valutazione di Varvaro non dovrebbe lasciare dubbi in proposito.

Grazie a Varvaro ho appreso dati che sconoscevo.

Altri dati ho attinto altrove.

Così per la storia del testo, da Verrio Flacco a Paolo Diacono;¹⁷ mentre d'altra parte ho appreso (dalla Ammirati) che Lorenzo Valla «leggeva Festo sul manoscritto Farnesiano», ed anche altre notizie sulla 'ricomparsa' di questo manoscritto in età umanistica.¹⁸

3. Ma, a prescindere dalle considerazioni fatte e dai dati richiamati, mi preme ribadire la plausibilità dell'integrazione *nisi in*, richiamando gli argomenti che militano a favore della sua fondatezza.

Vorrei tornare¹⁹ a rilevare che Lindsay accoglieva questa integrazione basandosi, oltre che sulla familiarità che aveva con il linguaggio Festo, sulle sue cognizioni filologiche, paleografiche²⁰ e lessicografiche,²¹ delle quali aveva dato lungamente prova in fondamentali opere;²² e questo a me pare un argomento di rilevante peso.

Infine, altro argomento a favore dell'integrazione *nisi in* si desume dalla constatazione che in nessuno degli elenchi (pur tra loro tanto diversi) delle *res quae tangi non possunt o incorporales* è compresa la *possessio*.²³

Andrea Alciato (1492-1550) a Bologna, dove nel maggio del 1541 ottenne il titolo di *doctor utriusque iuris*, e dove aveva pubblicato apprezzate ricerche in campo giuridico. Terminati gli studi, inoltre, Agustín si recò per tre mesi a Firenze, dove collaborò con Lelio Torelli (1498-1576) alla collazione del manoscritto delle Pandette: v. G. MAYÀNS I SISCAR, *Vida de D. Antonio Agustín, Arzobispo de Tarragona*, Madrid-de Zúñiga 1734, 8».

¹⁷ Descritta da P. PIERONI, *Marcus Verrius Flaccus 'De significatu verborum' in den Auszügen von Sextus Pompeius und Paulus Diaconus*, Frankfurt am Main 2004; v. anche R. CERVANI, *L'epitome di Paolo del De verborum significatu di Pompeo Festo. Struttura e metodo*, Roma 1978.

¹⁸ S. AMMIRATI, *Intorno al Festo Farnesiano* cit., 22 s.: «La 'ricomparsa' del manoscritto era stata solitamente legata ai nomi di Pomponio Leto, Angelo Poliziano, Manilio Rallo, Giambattista Pio, a partire dagli anni Settanta del secolo XV, fino a quando uno studio (L. VALLA, *Le postille all'Institutio oratoria di Quintiliano*, a cura di L. CESARINI MARTINELLI-A. PEROSA, Padova 1996) ... ha permesso di individuare in queste note alcune citazioni festine: esse rivelano la conoscenza da parte del Valla sia dell'epitome paolina sia soprattutto del testo integro. All'altezza di *Inst. I 4,26* l'umanista appone una nota di contenuto festino nella quale si ritrova la stessa corruzione ... del *Neap. IV A 3*: ciò prova che Valla leggeva Festo sul manoscritto Farnesiano».

¹⁹ Cfr. quanto ho osservato in *Possessio e res incorporales* cit., 282 e nt. 28.

²⁰ Cfr. anche M. VARVARO, *La definizione* cit., 404, in riferimento alla edizione «pubblicata nel 1913 per i tipi della Teubner dal filologo e paleografo Wallace Martin Lindsay (1858-1937)».

²¹ Per le quali, tra le opere richiamate alla nt. seguente, v. specialmente la fondamentale edizione critica dell'opera di Isidoro.

²² Mi limito a richiamare: *The Latin language: an historical account of Latin sounds, stems and flexion*, Oxford 1894; *A short historical Latin grammar*, Oxford 1895; *An Introduction to Latin Textual Emendation*, London 1896; *Handbook of Latin inscriptions: illustrating the history of the language*, Boston 1897; *Nonius Marcellus' Dictionary of republican Latin*, Oxford 1901; *The ancient editions of Martial, with collation of the Berlin & Edinburgh mss.*, Oxford 1903; *Nonius Marcellus, De compendiosa doctrina l. XX*, Leipzig 1903; *The ancient editions of Plautus*, Oxford 1904; *Contractions in early minuscule mss.*, Oxford 1908; *Hisidori Hispalensis episcopi Etymologiarum sive Originum libri XX*, Oxford 1911; l'edizione teubneriana di Festo del 1913; *Notae latinae: an account of abbreviation in Latin mss. of the early minuscule period*, Cambridge 1915; *Ancient lore in medieval Latin glossaries*, London-New York 1921; *Early Latin verse*, Oxford 1922; i cinque volumi dei *Glossaria Latina*, Cambridge 1926-1931.

²³ V. *Possessio e res incorporales* cit., 283.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2017
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220