

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXII
(2019)



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)
VOLUME LXII
(2019)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2019 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-3164-4

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.

Composizione: Carla Degiacomi - Torino

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 Mazzearella	Palermo
Antonino Metro	Messina
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Gianfranco Purpura	Palermo
Bernardo Santalucia	Firenze
Raimondo Santoro	Palermo
Emanuele Stolfi	Siena
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: direttoreaup@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

ARTICOLI

U. AGNATI, Echi di giurisprudenza classica in Isidoro di Siviglia. Un'analisi di Isid., <i>diff.</i> 1.434	3
P. CERAMI, ' <i>Ius est ars boni et aequi</i> '. Un riesame della definizione celsina	35
P. COSTA, Prestiti e pegni, tempo e città. Note sull'ἐπίκριμα efesino di Paolo Fabio Persico (44 d.C.)	83
S.A. CRISTALDI, Liv. 41.8.10: in margine al problema della configurazione del rapporto fra il <i>filius in mancipio</i> manomesso e il suo manomissore	133
A. CUSMÀ PICCIONE, La perdita <i>lex Constantini</i> ricordata in C. 5.27.5: spunti per una 'rilettura'	155
G. D'ANGELO, Sul regime classico dell' <i>indefensio</i> nelle azioni nossali	175
G. FALCONE, Riflessioni sulla <i>conventio</i> in D. 2.14.1.3	195
S. SCIORTINO, Le costituzioni superflue del Codice di Giustiniano, secondo Taleo	219
E. STOLFI, Attorno a critica del testo e storia del pensiero giuridico. Alcune riflessioni	247

NOTE

F. DI CHIARA, Garsia Mastrillo e Giovanni Francesco Rao. Due facce di uno stesso ceto	271
E. DOVERE, L'idea di un diritto fondativo e inclusivo: D. 1.1.5	287
J.H.A. LOKIN, Critica testuale e 'interpolazioni mancate'	299
F. TERRANOVA, Sui <i>nomina</i> ' <i>consequentia ... rebus</i> ' in I. 2.7.3	309

VARIE

T. DALLA MASSARA, Conoscenza, comparazione e problemi di comparazione diacronica: a vent'anni dai Fondamenti del diritto europeo	331
--	-----

ARTICOLI

ULRICO AGNATI
(Università di Urbino Carlo Bo)

Echi di giurisprudenza classica
in Isidoro di Siviglia.
Un'analisi di Isid., *diff.* 1.434

ABSTRACT

In the first book of his *Differentiarum libri duo*, Isidore of Sevilla deals with a Roman law subject, the difference between *deportatio* and *relegatio*. The research discusses the content and the structure of Isidore's entry and the sources employed, focusing on the long-term legacy of the Roman classical jurisprudence.

PAROLE CHIAVE

Isidoro di Siviglia; *Differentiae*; Modestino; giurisprudenza romana; *deportatio*; *relegatio*.

ECHI DI GIURISPRUDENZA CLASSICA IN ISIDORO DI SIVIGLIA. UN'ANALISI DI ISID., *DIFF.* 1.434

SOMMARIO: 1. Il lemma 434 e i *Differentiarum libri duo* di Isidoro. – 2. Kaspar von Barth e l'attribuzione a Modestino. – 3. Alla ricerca di una fonte diretta. – 3.1. Modestino e il lemma isidoreo. – 3.2. Confronti con frammenti di altri giuristi classici. – 3.3. L'orizzonte letterario delle *Differentiae* di Isidoro. – 3.4. 'Theodosius, Paulus, Gaius' e l'orizzonte giuridico di Isidoro. – 4. Analisi giuridica del lemma. – 5. Ipotesi sulle fonti e sul modo di operare di Isidoro. – 6. Considerazioni conclusive.

1. IL LEMMA 434 E I *DIFFERENTIARUM LIBRI DUO* DI ISIDORO.

Il primo libro delle *Differentiae* di Isidoro, vescovo di Siviglia nei primi decenni del secolo VII,¹ contiene il testo di nostro interesse, che riporto attingendo alla più recente edizione critica:²

Inter eum qui in insulam relegatur et eum qui deportatur magna est differentia: primo quod relegatum bona sequuntur nisi fuerint sententia adempta, deportatum non sequuntur, nisi palam ei fuerint concessa. Ita fit ut relegato mentionem bonorum in sententia non haberi prosit, deportato noceat. Item distant et in loci qualitate. Quod cum relegato quidem humanius transigitur, deportatis uero hae solent insulae adsignari quae sunt asperrimae quaeque sunt paulo minus summo supplicio comparandae.

¹ Isidoro, nato a Cartagena tra il 556 e il 571 e morto a Siviglia nel 636, dove fu vescovo, è soprattutto noto in quanto autore dei 20 libri delle *Etymologiae* o *Origines*; esse, insieme alle *Differentiae*, si inquadrano nel filone più cospicuo dell'opera isidoriana, basato sulla chiarificazione del significato dei vocaboli; vd. C. CODOÑER, *Isidore de Séville: différences et vocabulaires*, in J. HAMESSE (a cura di), *Les manuscrits des lexiques et glossaires de l'Antiquité tardive à la fin du Moyen âge*. (Actes du Colloque international organisé par le 'Ettore Majorana Centre for Scientific Culture' – Erice, 23-30 settembre 1994), Louvain-La-Neuve 1996, 57.

² ISIDORO DE SEVILLA, *Diferencias. Libro I*, introducción, edición crítica, traducción y notas por C. CODOÑER, Paris 1992, 278 (nr. 434). In questo contributo i lemmi tratti dal primo libro delle *Differentiae* saranno citati seguendo la numerazione dell'edizione Codoñer, salvo diversamente indicato. Un'edizione critica dell'intera opera isidoriana è stata curata del gesuita spagnolo Faustino Arévalo (1747-1824), in sette volumi: *S. Isidori hispalensis episcopi ... Opera omnia denuo correctae et auctae recensente Faustino Arevalo qui Isidoriana praemisit, variorum praefationes, notas, collationes, qua editas, qua nunc primum edendas collegit veteres editiones et codices mss. Romanos contulit ...*, Romae, typis Antonii Fulgoni, 1797-1803. L'edizione di Arévalo è stata riprodotta nei voll. LXXXI-LXXXIII del *Patrologiae Latinae cursus completus*, curato da J.P. MIGNE, Paris 1850 (rist. 1878; rist. anast. Turnhout 1977); il passo di nostro interesse si legge in PL 83, col. 30-31 (26-27), nr. 200.

Il lemma 434 afferma che esiste una notevole differenza tra colui che è relegato in un'isola e chi è deportato. Questa differenza tra i due condannati è basata su due profili: il primo riguarda la titolarità del patrimonio (*bona*) del soggetto, il secondo le caratteristiche del luogo (*loci qualitas*) nel quale viene scontata la pena. Isidoro scrive che il relegato conserva i propri beni, sempre che nella sentenza non sia specificamente previsto diversamente; il deportato perde i propri beni, sempre che nella sentenza non gli sia specificamente concesso di mantenerne la titolarità. Da ciò consegue una differenza di secondo grado, una sorta di corollario, che Isidoro aggancia alla differenza descritta: al relegato giova che nella sentenza non si faccia menzione dei suoi beni, mentre al deportato nuoce il mancato riferimento ai beni. La condizione di relegato e deportato, pur accomunati dall'essere confinati, differisce inoltre riguardo alla qualità dell'isola, dal momento che al primo è concesso un accomodamento più accettabile, mentre ai deportati solitamente vengono assegnate isole del tutto inospitali, paragonabili a poco meno della massima pena.

Il lemma 434 è contenuto nel primo dei due libri dei *Differentiarum, sive de proprietatibus rerum libri duo*, datati anteriormente alla consacrazione episcopale di Isidoro.³ Il primo dei due libri tratta *de differentia verborum*, confrontando parole somiglianti per pronuncia o grafia o significato, la cui differenza di contenuto merita di essere considerata e chiarita.⁴

Lo *scriptorium* isidoriano produce uno o più originali del primo libro, composto da circa 482 lemmi ordinati tematicamente, incrementati successivamente fino a variare, a seconda dei manoscritti, tra 500 e 630.⁵ Un secolo dopo la stesura dell'originale l'opera mostra già una mutazione nella struttura e nelle finalità. Dall'inizio del secolo VIII, infatti, i lemmi vengono disposti in ordine alfabetico, in modo indipendente nei vari esemplari.⁶ L'opera così evolve e, da una raccolta di differenze organizzate tematicamente per lo sviluppo e la precisazione delle idee, si trasforma in un vocabolario.⁷ La diversa finalità cui viene piegata l'opera attesta l'originaria difficoltà del suo utilizzo, ciò che spiega il minor numero di manoscritti (e quindi la minore diffusione) di questo lavoro rispetto ad altre opere di Isidoro.

Il lemma di nostro interesse risale alla redazione di Isidoro e non alle successive e cospicue aggiunte e tratta, come veduto, della *differentia* tra relegato e deportato *in insulam*.

³ In base alla *Renotatio Isidori*, composta da Braulione di Saragozza come appendice al *De viris illustribus* di Isidoro, i *Differentiarum libri* risultano la composizione letteraria dell'Ispalense più risalente nel tempo a noi nota; la datazione approssimativa è agli anni 598-600.

⁴ G. POLARA, *Letteratura latina tardoantica e altomedievale*, Roma 1987, 174; C. CODOÑER, *Isidore de Séville* cit., 63 ss. Il secondo libro, *de differentiis rebus* (o *spirituales*), affronta discussioni teologiche e scientifiche basate sulle differenze di significato che intercorrono, ad esempio, tra uomini e bestie, tra uomini, angeli e demoni, tra parti del corpo umano. Mentre nel primo libro si distingue focalizzando l'attenzione sui vocaboli, nel secondo si opera dando maggior rilievo ai concetti.

⁵ C. CODOÑER, *La suerte de los libros. Difusión medieval de algunas obras de Isidoro de Sevilla*, in *Filologia Mediolatina* 9, 2002, 45 scrive di «483 entradas» dell'originale isidoriano e di lemmi che oscillano tra 500 e 630 a seconda dei manoscritti ordinati alfabeticamente; peraltro anche i 482 lemmi potrebbero essere in effetti 481 «si consideramos posterior la repetición de *I. deforme et turpe*» (C. CODOÑER in ISIDORO DE SEVILLA, *Diferencias*, 1 cit., 77).

⁶ C. CODOÑER in ISIDORO DE SEVILLA, *Diferencias*, 1 cit., 77 ss. Al secolo VIII, epoca cruciale per questa mutazione, si data il primo manoscritto alfabetizzato a noi noto, il Vat. lat. 310.

⁷ Sul punto C. CODOÑER, *Isidore de Séville* cit., 76. C. CODOÑER, *La suerte de los libros* cit., 45; A. VALASTRO CANALE, *Introduzione*, in ISIDORO DI SIVIGLIA, *Etimologie o origini*, 1, Torino 2004, 13.

Considerando la successione di lemmi nelle *Differentiae* si rileva, per quanto di nostro interesse, che dopo lemmi che trattano di scontro (420 *clamor* e *clangor*, 421 *tumultum* e *bellum*, 422 *bellum* e *proelium*) si transita al gruppo specificamente giuridico. Il passaggio si compie mediante lemmi posti al confine tra i due ambiti, per incontrarne altri, che progressivamente sono di più marcato contenuto giuridico: 424 *lis* e *rixa*, 425 *foedus* e *pax*, 426 *leges* e *iura* (dove Isidoro richiama Virgilio, portandone due citazioni letterali), 427 *leges* e *mores*, 428 *consuetudo* e *ritus*, 429 *ligat* e *legat*, 430 *cognitor* e *procurator*,⁸ 431 *delator* e *dilator*, 432 *parricida* e *paricida*, 433 *latro* e *fur* (contenente una citazione letterale di Plauto), 434 *qui in insulam relegatur et eum qui deportatur*. Seguono lemmi di argomento acquatico, che iniziano con la differenza tra *mare* e *maria*.⁹

Insula – una terra circondata dal mare – introduce alla seguente differenza tra *mare* e *maria*. *Insula* svolge quindi una funzione chiave nella strutturazione di questa parte dell'opera. Senza affrontare la questione dell'originalità di Isidoro rilevo comunque che la sua 'autorialità' si esprime anche e specificamente nell'ordine logico (e non meccanicamente alfabetico) attraverso il quale egli struttura e sviluppa le *Differentiae*. Questo aspetto di originalità, che si esprime nella finalità del testo (stimolare la riflessione e le consapevolezze del lettore) e nella modalità di conseguirla attraverso la peculiare sequenza dei lemmi, risulta troppo marcato per gli utilizzatori; da ciò dipende la 'normalizzazione' che l'opera subisce attraverso la riorganizzazione alfabetica dei lemmi. La struttura dell'opera riflette, dunque, le scelte di Isidoro e il lemma 434 occupa nella strutturazione di questa sezione un ruolo di cerniera: questi dati devono essere tenuti presenti nell'interpretazione delle righe di nostro interesse.

Il gruppo di lemmi giuridici si apre con temi che riguardano le fonti del diritto per passare alla materia processuale e, infine, all'ambito criminale. In questo ultimo settore si colloca il lemma 434, che discute due pene irrogate in conseguenza di una condanna criminale.¹⁰ Come osservato riguardo alla trattazione *De legibus* contenuta nel libro V delle *Etymologiae*,¹¹ opera redatta da Isidoro indicativamente tra il 615 e il 632, così anche per quanto riguarda la successione di argomenti trattati nei lemmi giuridici del I libro delle *Differentiae* non è dato di individuare la coincidenza con uno schema adottato da opere istituzionali di diritto romano. Nel libro V, verisimilmente elaborato prima del 625, Isidoro torna sul tema di lemma 434, ma considera soltanto il profilo patrimoniale, e relegato e

⁸ Su questo lemma vd. J. DE CHURRUCA, *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*, Bilbao 1975, 108 ss., che prospetta la possibilità che Isidoro abbia attinto da un autore non giurista che lavorava a partire da un testo di diritto che impiegava terminologia giuridica 'classica'; nel rielaborare il testo giuridico 'classico' l'autore 'intermedio' avrebbe apportato aggiunte. J. DE CHURRUCA, *Las instituciones* cit., 116 afferma che non si può stabilire se l'impostazione lessicografica della *differentia* in esame sia da ascrivere all'autore 'intermedio' o a Isidoro. Vd., inoltre, G. DI DONATO, *Echi gaiani in Isidoro di Siviglia*, in IAH 10, 2018, 84 ss., in adesione a De Churruca.

⁹ Vd. A.I. MAGALLÓN GARCÍA, *La tradición gramatical de differentia y etymologia hasta Isidoro de Sevilla*, Zaragoza 1996, 244 ss., 260.

¹⁰ Trattando delle *Etymologiae* P. BIAVASCHI, *La 'Christiana societas' nei lemmi giuridici delle Etymologiae di Isidoro*, in Index 41, 2013, 94-116, in part. 101, osserva che le fonti giuridiche a disposizione di Isidoro e riguardanti il diritto privato probabilmente non si occupavano del diritto criminale, che è affrontato in modo tecnicamente meno approfondito.

¹¹ F.J. ANDRÉS SANTOS, *Derecho y jurisprudencia en las fuentes de Isidoro de Sevilla*, in AntTard 23, 2015, 158. Analoga conclusione in R. MENTXAKA, *Algunas consideraciones sobre los crimina, en particular contra el estado, en las Etimologías de Isidoro (Et. 5, 26)*, in TR 65, 1997, 421 riguardo a *etym.* 5.26.

deportato sono presentati come *species* dell'*exilium*: *Dividitur autem exilium in relegatis et deportatis. Relegatus est, quem bona sua sequuntur: deportatus, quem non sequuntur* (*etym.* 5.27.29).¹² Nonostante la maggiore stringatezza, il contenuto coincide con quello della porzione del lemma delle *Differentiae* che affronta l'argomento e conferma il carattere maggiormente specialistico delle *Differentiae* rispetto alle più divulgative *Etymologiae*.

2. KASPAR VON BARTH E L'ATTRIBUZIONE A MODESTINO.

La dottrina romanistica ritiene correntemente che il lemma 434 del primo libro delle *Differentiae* di Isidoro sia tratto dai *Differentiarum libri* di Modestino.¹³ Tale attribuzione, tuttavia, è discutibile, in quanto si basa sulla *emendatio ope ingenii* di un manoscritto oggi non reperibile e, soprattutto, non è compatibile con le modalità di lavoro e di citazione adottate da Isidoro.

L'attribuzione è stata proposta da un filologo e poligrafo originario del Brandeburgo, Kaspar von Barth (1587-1658; nome latinizzato: Caspar Barthius), nei suoi *Adversariorum commentariorum libri LX*.¹⁴

¹² Uno stralcio più ampio per contestualizzare il passo richiamato: *Exilium dictum quasi extra solum. Nam exul dicitur qui extra solum est. Unde postliminium redeuntibus, hoc est de exilio reducendis, qui sunt eieci in iniuria, id est extra limen patriae. Dividitur autem exilium in relegatis et deportatis. Relegatus est, quem bona sua sequuntur: deportatus, quem non sequuntur. Proscriptio exilii procul damnatio, quasi porro scriptio. Item proscriptus, quia palam scriptus* (Isid., *etym.* 5.27.28-30). Il lavoro analitico inerente le fonti giuridiche di Isidoro pubblicato da PH. STELLA MARANCA, *Jurisprudentiae Romanae reliquias quae Isidori Hispalensis episcopi etymologiarum libris continentur adnotationibus instruxit*, Lanciano 1927, si interrompe con *etym.* 5.25.5. Vd. anche R. MARTINI, S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche nel libro V delle Etymologiae di Isidoro di Siviglia*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI (a cura di), *Ravenna capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti. Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna 2012, 57-80; P. BIAVASCHI, *Un esempio del metodo pedagogico isidoriano: Etym.* 5.25.17, *ibid.*, 279-296. Anche la differenza tra *populus* e *plebs*, ad esempio, viene proposta da Isidoro sia in *diff.* 1.445 (PL) sia in *etym.* 9.4.5; vd. J. DE CHURRUCÁ, *Las instituciones cit.*, 38 ss. Nella prima parte del libro V (*De legibus et temporibus*) delle *Etymologiae* e nel libro I delle *Differentiae* si concentrano i passi giuridici di Isidoro; vd. ISIDORO DE SÉVILLA, *Etymologiae. Libro V. De legibus; De temporibus*, introducción, edición crítica, traducción y notas por V. YARZA URQUIOLA y F.J. ANDRÉS SANTOS, Paris 2013. Riguardo alla trattazione *De legibus* del libro V delle *Etymologiae*, F.J. ANDRÉS SANTOS, *Derecho y jurisprudencia cit.*, 158, scrive che la fonte principale di tale parte dell'enciclopedia isidoriana può essere stata «una obra (jurídica) isagógica postclásica de carácter sencillo, escrita o difundida en Hispania después de la promulgación del Codex Theodosianus (438 d.C.) y antes de la codificación de Justiniano (529-534), que habría sido conocida por Isidoro y, posteriormente, se habría perdido»; in quanto ai testi giustinianeî Isidoro, secondo lo Studioso, li conosce ma non li utilizza, come non utilizza «los otros códigos de Derecho romano tardío o visigótico». Una sintesi della dottrina sul punto, a partire dalla seconda metà dell'Ottocento, si trova in R. MENTXAKA, *Algunas consideraciones sobre los crimina cit.*, 398.

¹³ Vd., ad esempio, J. BAVIERA, in FIRA II² 450, che segue P. KRÜGER, *Collectio librorum iuris antejustinianiani*, 2, Berlin 1878, 161; F. GIRARD, F. SENN, *Textes de droit romain*, 1, Paris 1967, 457-458, n. 18. Ho avanzato dubbi riguardo all'attribuzione a Modestino in U. AGNATI, *Un frammento delle Differentiae di Modestino nelle Differentiae di Isidoro?*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI (a cura di), *Ravenna capitale. Uno sguardo ad Occidente cit.*, 129-145.

¹⁴ CASP. BARTHII *Adversariorum commentariorum libri LX quibus ex universa Antiquitatis serie, omnis generis, ad vicies octies centum, auctorum, plus centum quinquaginta millibus, loci ... Eduntur praeterea ex vetustatis monumentis praeclara hoc opere non pauca, nec visa hactenus, nec videri sperata. Cum Vndecim Indicibus; VII Auctorum, IV Rerum & Verborum*, Francofurti, Typis Wecheliani, apud Danielem &

Il passo di Barthius di nostro interesse è il seguente:

Quod nunc sequitur ad Jctos pertinet, et est insigne fragmentum Herennij Modestini, cujus nos nomen sagaciter adorati [!] sumus, cum ita scriptum cascae literae prae se ferrent. Inter eum qui in insulam relegatus est, et eum qui deportatur magna est differentia, ut ait Orenius; primo, quia relegatum bona sequuntur, nisi fuerint adempta alio modo. Deportatum non sequuntur, nisi palam ei fuerint concessa. Ita fit in relegato mentionem bonorum, non homini possit deportato noceat. Item distant etiam in loci qualitate, quod cum relegato humanius transigitur, deportatis vero hae solent insulae adsignari, quae asperrimae, quaeque sunt paullo minus summo supplicio comparandae.¹⁵

Il manoscritto pergameneo compulsato dal filologo seicentesco non è stato mai più veduto da alcuno e non è stato localizzato dalla moderna editrice, Carmen Codoñer.¹⁶ Barthius lo descrive come assai antico:

Satis diu factum est cum de Isidori differentijs, quae apud nos in antiquissima membrana manuscriptae extant, caput unum consarcinavimus. Persequendum est quod institimus, ne plus sustulisse videamur quam ferre valeamus: Subdit ergo Collector. Inter conscribere et scribere [...].¹⁷

Esso risulta inoltre lacunoso e con il lemma di nostro interesse bisognoso di correzioni:

Haec est Scriptura membranarum; in qua quod mendosum est ita debet reduci in suum ordinem: Ita in relegato si mentio non fit bonorum, homini prosit, deportato noceat. Clara res sic erit.¹⁸

Arévalo (1747-1824) segnalò in nota l'ipotesi di Barthius; tuttavia, non inserì le parole 'ut ait Orenius' nella restituzione del testo isidoriano.¹⁹ Nella prima metà dell'Ottocento Böcking accolse il lemma di Isidoro in una collezione di testi di diritto romano, assegnandolo al I libro delle *Differentiae* di Modestino in base al confronto con D. 48.19.22.²⁰ Lachmann intervenne sul testo, senza discuterne la paternità, che in tal modo fu implicita-

Davidem Aubrios, & Clementem Schleichium, 1624 (rist. Francofurti, Sumptibus Iohannes Pressii Bibliopolae Francofurtensis, 1648).

¹⁵ *Adversariorum commentariorum libri LX* cit., lib. XXXIX, cap. XIV, col. 1783. Barthius vanta la propria abilità di filologo in relazione all'attribuzione a Modestino (*cuius nos nomen sagaciter odorati sumus*), e questo può indurre i sospettosi ad avanzare ulteriori riserve.

¹⁶ La biblioteca di Barthius andò distrutta nel 1636; riporto la notizia e il giudizio su Barthius contenuto s.v. *Barth, Kaspar von*, in *Encyclopædia Britannica*, 3, New York 1910¹¹, 447: «In 1636, his library and MSS. at Sellerhausen having been destroyed by fire, he removed to the Paulinum at Leipzig, where he died on the 17th of September 1658. Barth was a very voluminous writer; his works, which were the fruits of extensive reading and a retentive memory, are unmethodical and uncritical and marred by want of taste and of clearness. He appears to have been excessively vain and of an unamiable disposition».

¹⁷ *Adversariorum commentariorum libri LX*, lib. XXXIX, cap. XIV, col. 1782.

¹⁸ *Adversariorum commentariorum libri LX*, lib. XXXIX, cap. XIV, col. 1783 s.

¹⁹ Arévalo annota: *Barthius eam reperit in suo Codice, ubi erat 'magna est differentia, ut ait Orenius primo' etc. Conjicit, 'ut ait Herennius', scilicet Modestinus JC* (PL 83, col. 31).

²⁰ E. BÖCKING, *Domitii Ulpiani Fragmenta quibus in Codice Vaticano inscriptum est Tituli ex corpore Ulpiani. Accedunt ... aliaque quaedam veteris iuris Romani fragmenta*, Bonnæ 1836², 109 ss.

mente confermata;²¹ essa è pacificamente accolta dagli storici del diritto.²² Nel 1992 è stata pubblicata un'edizione critica fortemente innovativa del primo libro delle *Differentiae*,²³ curata da Codoñer, che non presenta nel testo isidoriano l'inciso 'ut ait Orenius', e non ne riporta notizia.

Il comprensibile entusiasmo dei cultori del diritto romano per l'individuazione di un frammento della grande giurisprudenza romana si basa su fragili fondamenta. Si intende brevemente offrire le ragioni di questa fragilità considerando dapprima il manoscritto. Esso è un *codex unicus* che nessuno ha mai più potuto consultare. Ciò non significa che sia un'invenzione di Barthius: Wibier ha ora dimostrato su base filologica che il manoscritto è esistito e lo ha collocato nello stemma ricostruito da Codoñer.²⁴ La seconda difficoltà riguarda l'inciso 'ut ait Orenius', che invece potrebbe essere frutto di un intervento del poligrafo sul quale gravano le riserve espresse da una parte della recente critica filologico-letteraria,²⁵ nonostante l'apprezzamento di alcuni suoi contemporanei.²⁶ Wibier ritiene però verisimile la presenza dell'inciso 'ut ait Orenius', aggiunta che egli ritiene derivante da successiva interpolazione databile intorno al IX secolo. La redazione originaria di Isidoro, confermando l'impostazione di Codoñer nella sua restituzione testuale, non avrebbe comunque contenuto le parole 'ut ait Orenius'.

L'ipotesi dell'interpolazione avanzata da Wibier, se accolta, pone interrogativi di difficile soluzione e mostra un aspetto interessante e in qualche misura sorprendente della cultura giuridica dell'alto medioevo.²⁷ Una glossa marginale o interlineare potrebbe essere

²¹ K. LACHMANN, *Kritische Bemerkungen über einige Bruchstücke Römischer Juristen. 2. Ueber das Fragment Modestins bei Isidorus*, in ZgRW 11, 1842, 115 ss.; si può anche consultare in K. LACHMANN, *Kleinere Schriften zur classischen Philologie*, II, Berlin 1876 (rist. Berlin 1974), 247. Böcking tiene conto delle correzioni di Lachmann in E. BÖCKING, *Domitii Ulpiani* cit., 180 ss.

²² Vd. P. KRÜGER, *Collectio librorum* cit., 2, 161; O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, 1, Lipsiae 1889, col. 702 (Modestinus 8); TH. MOMMSEN, *Eine verlorene Breviarhandschrift*, in ZSS 22, 1901, 55-58 (= *Gesammelte Schriften*, II, Berlin 1905, 418-421); E. SECKEL, B. KÜBLER in Ph.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae antejustinianae reliquias*, II.1, Leipzig 1911⁶, 169 s.; J. BAVIERA, in FIRA, II², 450 (che segue P. KRÜGER, *Collectio librorum* cit., 2, 161); F. GIRARD, F. SENN, *Textes de droit romain*, 1 cit., 457-458, nt. 18 (segue, con minima differenza, P. KRÜGER, *Collectio librorum* cit., 2, 1878, 161). Notizie in L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 528: «Von Modestinus liegen zwei selbständig überlieferte Stücke vor: a) Aus regularum liber IX de bonis libertorum et de testamentis (...). b) Bei Isidorus, Differentiarum liber I ist ein Fragment aus Modestins I. Buch der Differentiae überliefert, worin der Unterschied zwischen den Strafen der Relegation und Deportation dargelegt wird»; A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, Napoli 1982, 358 e 455.

²³ ISIDORO DE SEVILLA, *Diferencias. Libro I*, introducción, edición crítica, traducción y notas por C. CODOÑER, Paris 1992. Si segnala, anche se non riguarda il frammento di Modestino considerato nella presente sede, la recente edizione curata da M.A. ANDRÉS SANZ del *Liber Differentiarum*, 2, Turnhout 2006.

²⁴ Vd. M. WIBIER, *Orenius / Erennius / Herennius Modestinus in a lost manuscript of Isidore: a reappraisal of the problem*, in *Philologus* (in stampa).

²⁵ Cfr. M.D. REEVE, *Statius' Silvae in the Fifteenth Century*, in *ClassQuart* 27.1, 1977, 202-225, in part. 216: «anyone who takes Barthius' assertion about manuscripts seriously (...); A.E. HOUSMAN, *Notes on Grattius*, in *ClassQuart* 28.3-4, 1934, 127-133, in part. 129: «Barthius and others absurdly referred uibrant accensi to the dogs (...); A. KER, *Notes on Claudian*, in *ClassQuart* 7.3-4, 1957, 153-155: «Every one has been misled by Barthius (...). The translators have been misled by Barthius (...); N.J. LOWE, *Sulpicia's Syntax*, in *ClassQuart* 38.1, 1988, 193-205 (in part. 194 nt. 9).

²⁶ Si veda H. WITTE, *Memoriae philosophorum, oratorum, poetarum, historicorum et philologorum nostri seculi clarissimorum renovatae...*, Königsberg, Frankfurt a. M. 1677-1679, 2, 320 ss.

²⁷ L'interpolazione, secondo l'ipotesi di Wibier, potrebbe essere stata prodotta come segue: lo scriba

all'origine dell'aggiunta, operata da un copista che ha trascritto avendo come antigrafo una copia annotata, contenente tale riferimento; peraltro, la glossa potrebbe essere stata inserita in modo non corretto, cioè attribuendo erroneamente l'indicazione a questo lemma. La glossa, altrimenti, potrebbe fare riferimento a un differente autore – non a Herennius Modestinus – che non siamo più in grado di ricostruire a causa delle modifiche subite dal nome per vicende di trasmissione testuale.²⁸

Ragioni ulteriori per negare la presenza di un'attribuzione del passo a Modestino nel testo redatto da Isidoro emergeranno da questa indagine. Esse discendono dalle modalità di lavoro, dai materiali spogliati da Isidoro, dal suo sistema di citazione, dall'assenza di citazioni dirette di autori giuridici nei suoi scritti.

Nelle fonti del diritto romano Modestino non viene mai citato solamente come Herennius (dunque Orenius, come sul manoscritto di Barthius); quando compare Herennius è sempre seguito da Modestinus.²⁹ Tuttavia, sotto il profilo filologico, questo argomento non è probante, in quanto la trasmissione potrebbe avere portato tanto alla modifica del gentilizio quanto alla caduta del *cognomen*. Dal punto di vista paleografico, inoltre, è del tutto plausibile la corruzione di Erennius in Orenius.

3. ALLA RICERCA DI UNA FONTE DIRETTA.

3.1. MODESTINO E IL LEMMA ISIDOREO.

La giuridicità del contenuto del lemma 434 è evidente e si dovrà dunque verificare, in primo luogo, se tale contenuto può risalire al giurista Modestino, a prescindere dalla indicazione dello stesso da parte di Isidoro: infatti la mancanza del riferimento al giurista – conforme alle modalità di scrittura di Isidoro – non implica che un passo di Modestino non possa essere la fonte del vescovo erudito.

Modestino, in effetti, è il primo autore della giurisprudenza romana da considerare, in quanto è l'unico giurista romano a noi noto ad avere composto un'opera dedicata alle *differentiae*, i *Differentiarum libri IX*, scritti fra l'anno 217 (*terminus* che si ricava da D. 50.12.9) e l'anno 240 circa.³⁰ L'opera è trasmessa da 48 frammenti, provenienti dal Digesto, dalla *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (si tratta di due passi: Coll. 1.12 e

che lavorava al manoscritto isidoriano, che nel frattempo era probabilmente già nella forma ordinata alfabeticamente, aveva un'altra fonte a disposizione, dalla quale ha tratto l'indicazione di Orenius. È difficile supporre che le *Differentiae* di Modestino fossero questa seconda fonte. Tuttavia, seguendo Wibier, si può pensare a un manoscritto antologico lessicografico contenente *differentiae*, nel quale era presente il lemma e l'attribuzione a Orenius.

²⁸ Come mera ipotesi si suggerisce il grammatico latino del I secolo, Q. Remmius Palaemon, o l'erudito di età carolingia *Rabanus Maurus Magnentius*, noto anche come *Hrabanus*, *Rhabanus*, o *Reabanus*. Si devono, peraltro, ipotizzare anche altri autori con nomi simili, la cui notizia non è giunta sino a noi.

²⁹ Si vedano C. 3.28.36.2; D. 1.5.22, 3.5.25, 3.5.26 pr., 10.2.30, 13.7.39, 19.1.39, 21.2.63 pr., 21.2.63.1, 21.2.63.2, 22.1.41 pr., 22.1.42, 22.1.43, 35.1.66, 47.2.52.20, 48.16.17, 50.1.36 pr., 50.1.36.1, 50.2.10, 50.4.18.26, 50.12.10.

³⁰ Erennio Modestino, probabilmente di origine ellenica, allievo di Ulpiano e maestro di diritto dell'imperatore Massimino, fu *praefectus vigilum* tra il 226 e il 244. Considerato l'ultimo giurista classico di rilievo, scrisse in lingua latina e greca. Vd. *amplius* W. KUNKEL, *Die römischen Juristen. Herkunft und soziale Stellung*, rist. Köln-Weimar-Wien 2001, 259 ss., G. VIARENGO, *Studi su Erennio Modestino. Profili biografici*, Torino 2009, 1 ss., in part. 71, C. BONZI, *Forme e storia della differentia. Il caso del giurista Modestino*, in *Athenaeum* 99.1, 2011, 103-144.

10.2)³¹ e, secondo la posizione ancora oggi maggioritaria, dal lemma 434. I frammenti delle *Differentiae* a noi pervenuti presentano, sia per la lingua sia per la sostanza, una significativa influenza postclassica, che ha portato a dubitare della paternità di Modestino o a ipotizzarne un'incisiva rielaborazione.³²

Il lemma 434 non trova riscontri diretti nei frammenti di Modestino. Tra quelli che maggiormente possono presentare simiglianze segnalò il testo di D. 8.3.12 (Mod. 9 *diff.*) per l'assonanza stilistica che può avvertirsi nel suo *incipit*.³³

Stante l'*inscriptio* di D. 48.19.22, che indica la provenienza di tale frammento dal libro I dei *Differentiarum libri*, Böcking, seguito da Lenel, ha attribuito anche il frammento del lemma 434 al medesimo libro I in ragione dell'affinità contenutistica.³⁴ Il giureconsulto affronta il tema dei *relegati e deportati* anche in un breve frammento tratto dai *Pandectarum libri*,³⁵ e l'argomento della deportazione in un frammento dal terzo libro *De poenis*.³⁶

Una simiglianza tra le *Differentiae* di Modestino e il lemma in esame è fornita dal frammento D. 35.1.52 (Mod. 7 *diff.*). Il nesso tra i due testi consiste nel presentare un analogo procedimento mentale; in sostanza il giurista esemplifica ed esprime in forma di massima un modo di pensare che si riscontra nel lemma isidoreo.³⁷ Modestino afferma che può accadere che cose espressamente stabilite si rivelino pregiudizievoli, sebbene potrebbero essere comprese anche se lasciate inesprese e, in tal modo, non recherebbero nocumeto. Segue, nel frammento del giurista, l'esemplificazione fornita in relazione al diritto successorio e, nella chiusa, la conclusione che rileva in questa sede. Vi si legge che da questo genere di situazioni discende l'osservazione che quanto è espresso nuoce, mentre ciò che non è espresso non nuoce. Il *dictum* '*expressa nocent, non expressa non nocent*' presenta un parallelismo con la chiusura della prima parte del lemma 434, inerente i *bona*.³⁸

³¹ O. LENEL, *Palingenesia*, 1 cit., coll. 701-707, nr. 2-48.

³² F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, Firenze 1968, 326 (ed. orig. Oxford 1946¹; 1953²).

³³ D. 8.3.12 (Mod. 9 *diff.*): *Inter actum et iter nonnulla est differentia: iter est enim, qua quis pedes vel eques commeari potest, actus vero, ubi et armenta trahere et vehiculum ducere liceat*. Vd., ad esempio, anche i seguenti frammenti: D. 50.16.101 pr. (Mod. 9 *diff.*): *Inter 'stuprum' et 'adulterium' hoc interesse quidam putant, quod adulterium in nuptam, stuprum in viduam committitur. Sed lex Iulia de adulteriis hoc verbo indifferenter utitur*; D. 50.16.101.1 (Mod. 9 *diff.*): *'Divortium' inter virum et uxorem fieri dicitur, 'repudium' vero sponsae remitti videtur. Quod et in uxoris personam non absurde cadit*; D. 50.16.101.2 (Mod. 9 *diff.*): *Verum est 'morbum' esse temporalem corporis inbecillitatem, 'vitium' vero perpetuum corporis impedimentum, veluti si talum excussit: nam et luscus utique vitiosus est*.

³⁴ D. 48.19.22 (Mod. 1 *diff.*): *In metallum damnati si valetudine aut aetatis infirmitate inutiles operi faciundo deprehendantur, ex rescripto divi Pii a praeside dimitti poterunt, qui aestimabit de his dimittendis, si modo vel cognatos vel adfines habeant et non minus decem annis poenae suae functi fuerint*.

³⁵ D. 48.19.24 (Mod. 11 *pand.*): *Eorum, qui relegati vel deportati sunt ex causa maiestatis, statuas detrahendas scire debemus*.

³⁶ D. 48.8.16 (Mod. 3 *de poenis*): *Qui caedem admiserunt sponte dolove malo, in honore aliquo positi deportari solent, qui secundo gradu sunt, capite puniuntur. facilius hoc in decuriones fieri potest, sic tamen, ut consulto prius principe et iubente id fiat: nisi forte tumultus aliter sedari non possit*.

³⁷ D. 35.1.52 (Mod. 7 *diff.*): *Nonnumquam contingit, ut quaedam nominatim expressa officiant, quamvis omissa tacite intellegi potuissent nec essent offutura. Quod evenit, si alicui ita legatur: "Titio decem do lego, si Maevius Capitolium ascenderit". Nam quamvis in arbitrio Maevii sit, an Capitolium ascendat et velit efficere, ut Titio legatum debeatur, non tamen poterit aliis verbis utiliter legari: "si Maevius voluerit, Titio decem do": nam in alienam voluntatem conferri legatum non potest. Inde dictum est: expressa nocent, non expressa non nocent*.

³⁸ *Ita fit ut legato mentionem bonorum in sententia non haberi prosit, deportato noceat*.

Nonostante Modestino si occupi del *parricida* in D. 48.9.9,³⁹ il lemma di Isidoro è così generico che non consente di proporre alcuna ipotesi di derivazione.⁴⁰ Così anche per il tema del *latro* e del *fur*.⁴¹

3.2. CONFRONTI CON FRAMMENTI DI ALTRI GIURISTI CLASSICI.

Mancando un preciso riscontro in Modestino si è estesa la ricerca delle possibili fonti del lemma in esame a quanto resta della giurisprudenza classica.

Un ampio frammento ulpiano, D. 48.22.7, si impone all'attenzione; il giurista considera prevalentemente la *relegatio*, iniziando con la distinzione tra chi è relegato in un'isola e chi, semplicemente, è interdetto dallo stare in provincia.⁴² Il tema è considerato nella prospettiva del *praeses provinciae* e dei suoi ambiti di competenza.⁴³ Il § 2 riporta una differenza tra *deportatio* e *relegatio* relativa alla possibilità che i *relegati* siano *ad tempus* o *in perpetuum*. In entrambi i casi il relegato conserva la cittadinanza romana e la facoltà di fare testamento (§ 3). Chi è temporaneamente relegato non può essere privato, né in tutto né in parte, dei propri beni; in proposito Ulpiano osserva che sono state stigmatizzate, ma non invalidate, le *sententiae* che comminavano al *relegatus* temporaneo la confisca di parte o dell'intero patrimonio (§ 4). Il passo procede con una dettagliata disamina della *relegatio* per quanto di più diretto interesse del governatore provinciale.

L'osservazione di Ulpiano in merito alla *sententia* contenuta nel § 4 considera i *bona*, come si legge nel lemma 434; quest'ultimo testo, tuttavia, presenta una semplificazione, pur mantenendo la correttezza del contenuto giuridico. Isidoro, peraltro, non tratta della temporaneità della *relegatio*, né del mantenimento della cittadinanza e della *testamenti factio* da parte del *relegatus*.

Il riferimento alla *testamenti factio* ha una parte importante anche in un altro frammento classico, D. 28.1.8,⁴⁴ il cui autore è Gaio, che impiega lo strumento euristico e didattico

³⁹ D. 48.9.9 (Mod. 12 *pand.*): pr. *Poena parricidii more maiorum haec instituta est, ut parricida virgis sanguineis verberatus deinde culleo insuatur cum cane, gallo gallinaceo et vipera et simia: deinde in mare profundum culleus iactatur. Hoc ita, si mare proximum sit: alioquin bestiis obicitur secundum divi Hadriani constitutionem. 1. Qui alias personas occiderint praeter matrem et patrem et avum et aviam (quos more maiorum puniri supra diximus), capitis poena plectentur aut ultimo supplicio mactantur. 2. Sane si per furorem aliquis parentem occiderit, impunitus erit, ut divi fratres rescripserunt super eo, qui per furorem matrem necaverat: nam sufficere furore ipso eum puniri, diligentiusque custodiendum esse aut etiam vinculis coercendum.*

⁴⁰ L. 432: *Inter parricidam et paricidam. Parricidam dicimus qui occidit parentem, paricidam qui socium atque parem.*

⁴¹ Per Modestino si possono richiamare D. 47.2.73 e D. 49.1.16.

⁴² Il passo ulpiano è esteso e articolato e se ne riporta soltanto una selezione. D. 48.22.7 (Ulp. 10 *de off. proc.*): *Relegatorum duo genera: sunt quidam, qui in insulam relegantur, sunt, qui simpliciter, ut provinciis eis interdicatur, non etiam insula adsignetur. [...] 2. Haec est differentia inter deportatos et relegatos, quod in insulam relegari et ad tempus et in perpetuum quis potest. 3. Sive ad tempus sive in perpetuum quis fuerit relegatus, et civitatem romanam retinet et testamenti factionem non amittit. 4. Ad tempus relegatis neque tota bona neque partem adimi debere rescriptis quibusdam manifestatur, reprehensaeque sunt sententiae eorum, qui ad tempus relegatis ademerunt partem bonorum vel bona, sic tamen, ut non infirmarentur sententiae quae ita sunt prolatae. [...].*

⁴³ Vd. D. MANTOVANI, *Il bonus praeses secondo Ulpiano. Studi su contenuto e forma del de officio proconsulis di Ulpiano*, in BIDR 96-97, 1993-94, 203-267; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, II. *Studi sui libri de officio proconsulis e la loro fortuna tardoantica*, Napoli 2004, 173, 192 nt. 20.

⁴⁴ D. 28.1.8 (Gai. 17 *ad ed. prov.*): *Eius qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valet, quam-*

della *differentia* nelle *Institutiones* e non soltanto.⁴⁵ Non si riesce, tuttavia, a indicare un passo gaiano dal quale Isidoro avrebbe potuto attingere materiali per il lemma, anche attraverso eventuali versioni intermedie che ci sfuggono.

Nelle *Institutiones* di Marciano⁴⁶ vengono in rilievo la *relegatio*, i *bona*, anche con riguardo alla *sententia*, ed è impiegato il medesimo participio (*adempta*) che si legge nel lemma 434. Nel frammento, però, si pone a confronto la *relegatio* non con la *deportatio*, ma con l'*exilium* perpetuo: ciò che richiama Isid., *etym.* 5.27.29.⁴⁷

Un frammento tratto da un'opera non identificata di Ulpiano⁴⁸ istituisce un parallelo fra *relegatio* e *deportatio*, osservando che la seconda comporta la perdita della *civitas* e dei *bona*, mentre il condannato alla prima pena conserva entrambi, sempre che i beni non vengano requisiti.

3.3. L'ORIZZONTE LETTERARIO DELLE *DIFFERENTIAE* DI ISIDORO.

Sebbene il lemma 434 presenti contenuti giuridici, si deve ricordare che Isidoro non aveva ricevuto una formazione giuridica specialistica: non fu un «profesional del Derecho o un hombre consagrado al cultivo del mismo».⁴⁹ Una eventuale competenza specifica di Isidoro nel campo del diritto è da considerare limitata alle conoscenze legate allo svolgimento delle sue funzioni di abate e di vescovo. Il diritto veniva in rilievo nello studio delle *artes* del *trivium*, nella retorica, nella dialettica e anche nella grammatica. Nelle *Differentiae* come nelle *Etymologiae* i contenuti giuridici rispecchiano l'impostazione di tali *artes* e di frequente sono connessi a un'attenzione per il profilo linguistico e filosofico. Le pagine di Isidoro si distaccano dalla letteratura giurisprudenziale e dalla manualistica giuridica essen-

vis redierit. 1. Si cui aqua et igni interdictum sit, eius nec illud testamentum valet quod ante fecit nec id quod postea fecerit: bona quoque, quae tunc habuit cum damnaretur, publicabuntur aut, si non videantur lucrosa, creditoribus concedentur. 2. In insulam deportati in eadem causa sunt: 3. Sed relegati in insulam et quibus terra italica et sua provincia interdictur testamenti faciendi ius retinent. 4. Hi vero, qui ad ferrum aut ad bestias aut in metallum damnantur, libertatem perdunt bonaque eorum publicantur: unde apparet amittere eos testamenti factionem.

⁴⁵ Vd. H.L.W. NELSON, *Überlieferung, Aufbau und Stil von Gai Institutiones*, Leiden 1981, 148 ss.; le *Differentiae* di Isidoro sono specificamente richiamate (p. 152) in relazione al lemma 1.445 da Arévalo (*Inter plebem et populum: plebs a populo eo distat, quod populus est generalis universitas civium cum senioribus; plebs autem pars humilis et abiecta*), insieme a *etym.* 9.4.5 (*populus autem eo distat a plebibus, quod populus universi cives sunt connumeratis senioribus civitatis; plebs autem reliquum vulgus sine senioribus civitatis*) e poste a confronto con Gai 1.3 (*Plebs autem a populo eo distat, quod populi appellatione universi cives significantur, connumeratis et patriciis; plebis autem appellatione sine patriciis ceteri cives significantur*). Sul modo di procedere di Gaio vd. U. AGNATI, *Persona iuris vocabulum. Per un'interpretazione giuridica di persona nelle opere di Gaio*, in RDR 9, 2009, in part. 13 nt. 52 per una bibliografia essenziale sul tema.

⁴⁶ D. 48.22.4 (Marcian. 2 inst.): *Relegati in insulam in potestate sua liberos retinent, quia et alia omnia iura sua retinent: tantum enim insula eis egredi non licet. Et bona quoque sua omnia retinent praeter ea, si qua eis adempta sunt: nam eorum, qui in perpetuum exilium dati sunt vel relegati, potest quis sententia partem bonorum adimere.*

⁴⁷ Si rimanda per il testo alla nt. 12.

⁴⁸ D. 48.22.14.1 (Ulp. libro ...): *Et multum interest inter relegationem et deportationem: nam deportatio et civitatem et bona adimit, relegatio utrumque conservat, nisi bona publicentur.*

⁴⁹ A. GARCÍA GALLO, *San Isidoro jurista*, in M.C. DÍAZ Y DÍAZ (dir.), *Isidoriana. Colección de estudios sobre Isidoro de Sevilla publicados con ocasión del XIV centenario de su nacimiento*, León 1961, 133-141, in part. 135.

do sprovviste di una cura specifica per il profilo squisitamente giuridico e mancando di una finalità direttamente formativa o pratica per gli operatori del diritto.

Anche nelle *Differentiae* troviamo conferma della prospettiva 'letteraria' di Isidoro. Gli autori antichi da lui citati nelle *Differentiae* sono *Afranius, Augustinus, Cicero, Ennius, Hieronymus, Horatius, Iuvenalis, Livius, Lucilius, Pacuvius, Plautus, Quintilianus, Sallustius, Terentius, Tertullianus, Vergilius*.⁵⁰ Il breve elenco palesa l'assenza di giuristi.

Nel gruppo dei lemmi giuridici del primo libro delle *Differentiae* Isidoro cita letteralmente Virgilio e Plauto, menzionando entrambi gli autori. Il primo si incontra nella differenza tra *leges* e *iura* (l. 426), vocaboli illustrati mediante due passi dell'Eneide.⁵¹ Nella *differentia* tra *latro* e *fur* (l. 433) viene citato letteralmente Plauto con segnalazione della fonte.⁵² Si ricordi, comunque, che Isidoro non manca di attingere a collezioni di estratti e citazioni, secondo una pratica diffusa.⁵³ Anche quando si muove in ambito prettamente giuridico, egli mantiene la letteratura come riferimento primario.

Si è dunque proceduto a uno spoglio delle fonti letterarie, con particolare attenzione per gli autori citati direttamente da Isidoro nel libro di nostro interesse, ricercando occorrenze di *relegatio* e *relego*, e di *deportatio* e *deporto*.

Riguardo a *relegatio* e *relego*, tra le varie occorrenze che si riscontrano nelle opere di Cicerone, si possono ricordare Cic., *phil.* 2.13.33, che insiste sulla *loci qualitas*, in un contesto ove usa *relegatus*;⁵⁴ si veda anche Cic., *dom.* 65 ('*quasi per beneficium Cyprum relegatur*'); Cic., *tusc.* 2.20, citando Sofocle ('*Non Graia vis, non barbara ulla inmanitas, / Non*

⁵⁰ C. CODOÑER in ISIDORO DE SEVILLA, *Diferencias*, 1 cit., 447.

⁵¹ *Aen.* 1.507: *Iura dabat legesque viris*; *aen.* 2.157: *fas mihi Graiorum sacrata resolvere iura*. Sul tema giuridico vd. P. BIANCHI, *Iura-leges: un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano 2007; D. MANTOVANI, *Leges et iura p(opuli) R(omani) restituit. Principe e diritto in un aureo di Ottaviano*, in *Athenaeum* 96, 2008, 5-54.

⁵² *Tun, trium litterarum homo* (*aul.* 325). Sul tema giuridico vd. I. FARGNOLI, *Ricerche in tema di furtum: qui sciens indebitum accipit*, Milano 2006; F. BATTAGLIA, *Furtum est contrectatio. La definizione romana del furto e la sua elaborazione moderna*, Padova 2012. Isidoro tratta del *furtum* in *etym.* 5.26.18: *Furtum est rei alienae clandestina contrectatio, a furvo, id est fusco vocatum, quia in obscuro fit. Furtum autem capitale crimen apud maiores fuit ante poenam quadrupli*. Poco prima lo aveva indicato quale *crimen* in *etym.* 5.26.1: *Crimen a carendo nomen: ut furtum, falsitas et cetera, quae non occidunt sed infamant*; vd. R. MENTXAKA, *Algunas consideraciones sobre los crimina* cit., 399 ss. A. TABERA, *La definición de furtum en las "Etimologías" de S. Isidoro*, in *SDHI* 8, 1942, 23-45, collega l'etimologia di *furtum* proposta dal vescovo di Siviglia con una tradizione giuridica risalente a Varrone, adottata da Labeone e, in epoca severiana, da Paolo, fino a confluire in un manuale postclassico (di autore ignoto e a noi non pervenuto) che sarebbe la fonte consultata da Isidoro; peraltro, dallo stesso Varrone attinge Servio, nel commento all'Eneide, che corrisponde in maniera sostanziale a *etym.* 5.26.18. Tabera, però, nega l'eventualità – pur possibile – che Isidoro abbia attinto da Servio. Recentemente sulla questione è intervenuta Stefania Pietrini in R. MARTINI, S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche* cit., 72 s.; la Studiosa, facendo leva su vari argomenti, tra i quali il fatto che Gai 3.197, 3.208, 4.178 presenta la locuzione *crimen furti*, non esclude che le Istituzioni gaiane siano state utilizzate da Servio nella stesura del commento all'Eneide sopra richiamato; Isidoro avrebbe poi attinto a Servio per *etym.* 5.26.18. Nel medesimo contributo Pietrini collega *etym.* 5.26.10 con Serv., *ad Aen.* 9.108. Vd. anche P. BIAVASCHI, *La 'Christiana societas'* cit., 103.

⁵³ Per un riscontro della diffusione di questa pratica in altri autori vd. J.T. WELSH, *The Methods of Nonius Marcellus' Sources* 26, 27 and 28, in *ClassQuart* 62.2, 2012, 827-845.

⁵⁴ Cic., *phil.* 2.13.33: *Quid enim beatius illis, quos tu expulsos a te praedicas et relegatos? qui locus est aut tam desertus aut tam inhumanus, qui illos, cum accesserint, non adfari atque adpetere videatur? qui homines tam agrestes, qui se, cum eos aspexerint, non maximum cepisse vitae fructum putent?*

saeva terris gens relegata ultimis, / Quas peragrans undique omnem eferitatem expuli"); Cic., *off.* 3.112 (*ab hominibus relegasset et ruri habitare iussisset*).⁵⁵

Tra le occorrenze nell'opera di Livio, si segnala Liv. 5.24.5, che considera la *loci qualitas* (*cur enim relegari plebem in Volcos cum pulcherrima urbs Veii agerque Veientanus in conspectu sit, uberior ampliorque Romano agro?*), come pure Liv. 9.26.4 (*longinquitas quoque abhorre a relegandis tam procul ab domo civibus inter tam infestas gentes cogebat*). *Relegatio* ed *exilium* si trovano insieme ad esempio in Liv. 3.10 (*exilio et relegatione civium ulciscenses tribunos*) e in Liv. 26.2.15 (*quam quod imperatoris similes fuerint relegatos prope in exilium ignominiosam pati militiam*).⁵⁶

Si legge in Verg., *aen.* 7.774-775: *'at Trivia Hippolytum secretis alma recondit / sedibus et nymphae Egeriae nemorique relegat'*; Serv., *ad Aen.* 7.775 commenta: *'relegat: commendat ab aliis segregatum'*.⁵⁷ Un'indagine svolta sui contenuti dei *commentaria* serviani alle opere di Virgilio non ha portato ulteriori risultati.

Plinio il Giovane (*ep.* 8.14.12-26) discute del destino dei *liberti* (e degli schiavi) del console Afranio Destro, suicida o ucciso, per i quali sono prospettate tre soluzioni: l'assoluzione, la *relegatio in insulam*, la pena capitale. Vengono così in rilievo la *relegatio*, la pena capitale, il contenuto della *sententia*,⁵⁸ che ricorrono nel lemma 434;⁵⁹ Plinio, tuttavia, non è tra gli autori esplicitamente citati da Isidoro.⁶⁰ Tertulliano, citato da Isidoro, presenta alcune occorrenze non particolarmente significative ai nostri fini.⁶¹

Nell'opera di Agostino, vescovo giuridicamente formato, si segnala l'*ep.* 126.12; in essa, vengono in rilievo esilio, deportazione e relegazione.⁶² Si segnala, inoltre, Aug., *c. Faustum*

⁵⁵ Vd. anche Cic., *Rosc. Am.* 15.44.

⁵⁶ Vd. anche Liv. 3.13.10; 4.30.6; 25.5.11; 27.35.4; 40.41.10.

⁵⁷ Vd. *Aeneidos librorum 6-12. Commentarii*, recensuit G. THILO, Leipzig, 1884 (rist. anast. Hildesheim, 1961), 193.

⁵⁸ Plin., *ep.* 8.14.12-26 è integralmente di interesse per il tema che stiamo trattando; per ragioni di spazio se ne riporta soltanto un breve estratto dal § 12: [...] *post quaestionem supplicio liberandos, alius in insulam relegandos, alius morte puniendos arbitrabatur. Quarum sententiarum tanta diversitas erat, ut non possent esse nisi singulae.*

⁵⁹ Vd. anche Curt. Ruf., *Alex.* 9.2.7: *Relegatos in ultimum paene rerum humanarum persequi terminum et eruere arduum videbatur.* E Fest. (348 L. = 386 Th.): *Relegati dicuntur proprie, quibus ignominiae, aut poenae causa necesse est ab urbe Roma, aliove quo loco abesse lege †senatuique† consulto, aut edicto magistratus; ut etiam Aelius Gallus indicat; cfr. G. MANCINI, Il vocabolario costituzionale romano nell'Alto medioevo. La lettura di Paolo Diacono, in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI (a cura di), Permanenze del mondo giuridico romano in Occidente nei secoli V-VIII. Instrumenta, civitates, collegia, studium iuris, Santarcangelo di Romagna 2014, 119-140, in part. 136.*

⁶⁰ Sallustio tratta della *loci qualitas* in Sall., *orat.* Lep. 23 (*cum relegati in paludes et silvas contumeliam atque invidiam suam*). Svetonio accenna alla durata perpetua di un allontanamento indicato con il verbo *relego* in Suet., *Aug.* 16.4 (*supplicemque concessa vita Circeios in perpetuum relegavit*). Anche Orazio impiega *relego*, ponendo l'accento sulla *loci qualitas*; vd. Hor., *od.* 3.11.45-48: *Me pater saevius oneret catenis, / quod viro clemens misero peperci, / me vel extremos Numidarum in agros / classe releget.* Ovidio nei *Tristia* tratta di *relegatio* e rimarca la differenza tra *relegatus* ed *exul*, che ricorre nelle *Etymologiae* 5.27.29; Ovid., *trist.* 2.137 (*relegatus, non exul*), 5.2.61 (*arva relegatum iussisti visere Ponti*), 5.11.21-22 (*ipse relegati, non exulis utitur in me / nomine*).

⁶¹ Si possono indicare Tert., *apol.* 5; *adv. Marc.* 2 (*redhibitus materiae suae et in ergastulum terrae laborandae relegatus in ipso opere prono et deuexo ad terram*); *praescr. haer.* 36 (*ubi apostolus Iohannes posteaquam in oleum igneum demersus nihil passus est, in insulam relegatur*); *resurr. mort.* 25.

⁶² Aug., *ep.* 126.12: *Nam quid exilii, vel deportationis, aut relegationis nomine, promissa illa praesentia*

man. 5.8, in cui si dice che Fausto, manicheo confesso e sottoposto al giudizio proconsolare, viene condannato per intercessione dei Cristiani a una pena definita «lievissima, sempre che di pena si possa parlare», appunto la *relegatio in insulam*.⁶³

In sintesi, *relegatio* e *relego* sono impiegati nei testi letterari senza precisione tecnico-giuridica, a parte sporadiche eccezioni. La *relegatio* è affiancata a luoghi desolati, ciò che non si confà pienamente al contesto giuridico, ove è la *deportatio* la pena che impone al condannato il trasferimento in una località ricercatamente inospitale. Agostino costituisce un'eccezione e rimarca la differenza, laddove faccia riferimento a contesti giuridici; Isidoro chiarisce con puntualità questo aspetto nel lemma 434.

Il sostantivo *deportatio* somma al significato proprio di 'trasporto', 'carico', quello tecnico-giuridico di cui si occupa Isidoro, ma non sono state individuate possibili fonti dirette del lemma 434.⁶⁴

Soprattutto a partire dal III secolo non mancano attestazioni di locuzioni quali *deporto exilium* (o *in exilium*). Come già rilevato per *relegatio* e *relego*, anche per *deportatio* e *deporto* Agostino presenta una particolare consapevolezza giuridica nell'impiego dei vocaboli di nostro interesse. Oltre a *ep.* 126.12, passo già richiamato, si segnalano *ep.* 102.26 (*si perpetua deportatione homo puniretur*) e *c. ep. Parm.* 1.8.13.⁶⁵

Un'indagine svolta sui contenuti dei *commentaria* serviani alle opere di Virgilio non ha portato risultati, come pure la consultazione dell'*index lemmatum* (ricercando *deportatio* e *relegatio*) del *De compendiosa doctrina* di Nonio Marcello.

In sintesi, gli autori letterari, in particolare quelli citati nelle *Differentiae*, non offrono un riferimento diretto per i contenuti del lemma in esame. L'impiego letterario è di rado congruente con una corretta impostazione giuridica. Isidoro difficilmente può avere attinto al filone prettamente letterario, sebbene si tratti di quello più confacente alla sua formazione. Nel redigere il lemma 434, peraltro, Isidoro risponde a una esigenza di chiarezza e appropriatezza che nei testi letterari non trova soddisfazione. È dunque più verisimile, in ultima analisi, che una fonte che trasmette contenuti giuridici sia alla base del lemma.

praegravatur, obsecro te? Puto quod presbyterium non est exsilium. Hoc ergo noster eligeret, quam illud exsilium? Absit a nobis, ut sic sanctus Dei et nobis carissimus defendatur: absit, inquam, ut dicatur maluisse exsilium quam presbyterium, aut maluisse periurium quam exsilium.

⁶³ Aug., *c. Faustum man.* 5.8: *Faustus autem convictus vel confessus quod manichaeus esset, cum aliis nonnullis secum ad iudicium proconsulare perductis, eis ipsis christianis a quibus perducti sunt intercedentibus, levissima poena, si tamen illa poena dicenda est, in insulam relegatus est.* Vd. anche Aug., *c. adv. leg. et proph.* 2.12.39: *quos certe in abyssum posset relegare;* Aug., *anim.* 2.13.18: *Cur Deus animam tam iniusta animadversione multavit, ut in corpus eam peccati relegare voluerit.* Vd. anche *gest. coll. Cart., tertia cognitio*, 258: *quando plurimi venerabiles sacerdotes occisi, alii in exilium relegati;* e *Brev. coll. cum Don.* 22.40: *si ab eis Caecilianus apud illum victus ab eoque damnatus Brixiae relegaretur.*

⁶⁴ In Cicerone, come in Plauto, in Livio, in Svetonio, si trovano numerose occorrenze del sostantivo e del verbo, sprovviste però di valenza tecnico-giuridica; frequente in Livio è *deportare exercitum* oppure *milites*. Plinio il Vecchio scrive di un deportato *in insulam desertam* (*n.h.* 7.36). Si vedano anche le occorrenze in Tac., *ann.* 4.13 (*ob atrocitatem morum in insulam Amorgum deportatur*), *ann.* 6.48 (*ut in insulam deportaretur*), *ann.* 16.9 (*deportatusque in insulam Sardiniam*). Si veda anche Quintil., *inst.* 5.2: *aut cum de eadem causa pronuntiatum est, ut in reis deportatis et adsertione secunda et partibus centumviralium quae in duas hastas divisae sunt.*

⁶⁵ Aug., *c. ep. Parm.* 1.8.13: *Alioquin si, quisquis ab imperatore vel a iudicibus ab eo missis poenas luit, continuo martyr est, omnes carceres martyribus pleni sunt, omnes catenae iudiciariae martyres trahunt, in omnibus metallis martyres aerumnosi sunt, in omnes insulas martyres deportantur, in omnibus poenalibus locis iuridico gladio martyres feriuntur, omnes ad bestias martyres subriguntur, aut iusionibus iudicum vivi ignibus concremantur.*

3.4. 'THEODOSIUS, PAULUS, GAIUS' E L'ORIZZONTE GIURIDICO DI ISIDORO.

L'indice di autori e opere non citate esplicitamente, ma che si può ritenere che Isidoro abbia usato come fonte – direttamente o indirettamente (tramite sunti, opere scolastiche, commentarii) – include le *Institutiones* di Gaio, i *Digesta* e le *Institutiones* di Giustiniano.⁶⁶ Si tenga conto, peraltro, che la letteratura giurisprudenziale e, in genere, di argomento giuridico, è considerata letteratura tecnica.

Isidoro stesso offre stringate indicazioni sulle proprie fonti giuridiche, descrivendo in un epigramma la sezione della biblioteca di Siviglia inerente il diritto: 'XV. *Theodosius. Paulus. Gaius. / Conditur hic iuris series amplissima legum / Veridico Latium quae regit ore forum*'.⁶⁷ Sebbene si tratti di un testo letterario, che risponde a determinati canoni stilistici e si collega a una tradizione,⁶⁸ possiamo considerare affidabile l'indicazione degli 'autori' citati. Infatti *Theodosius*, *Paulus* e *Gaius* rimandano al *Codex Theodosianus*, alle *Pauli Sententiae* e all'*Epitome Gai* o ad altre rielaborazioni gaiane. Sono indicazioni tra loro coerenti e congruenti con la contemporaneità di Isidoro, in quanto ruotano intorno alla *Lex Romana Wisigothorum*, promulgata da Alarico II nel 506. Essa contiene una versione delle *Pauli Sententiae*, l'*Epitome Gai* e una parte considerevole del Codice Teodosiano.⁶⁹ L'epigramma richiamato offre uno scorcio sull'orizzonte giuridico di Isidoro a Siviglia intorno all'anno

⁶⁶ Vd. C. CODOÑER in ISIDORO DE SEVILLA, *Diferencias*, 1 cit., 435 ss. Prevale in dottrina lo scetticismo in merito all'utilizzo diretto delle opere giustinanee; H.L.W. NELSON, *Überlieferung* cit., 153 ss., sostiene che Isidoro non ha impiegato direttamente Gaio. Sulle fonti giuridiche delle *Etymologiae* si veda: PH. STELLA MARANCA, *Jurisprudentiae romanae reliquias* cit. Si veda anche J. DE CHURRUCA, *Las instituciones* cit., che mostra come l'opera di Gaio sia stata conosciuta da Isidoro attraverso una o forse più fonti intermedie; la fonte intermedia sarebbe in sostanza un'opera scolastica dovuta a un maestro, più che a uno studioso, che coltivava interessi grammaticali e antiquari. Isidoro usa «fonti giuridiche in senso molto lato» (P. PESCANI, Rec. a J. DE CHURRUCA, *Las instituciones de Gayo en San Isidoro de Sevilla*, Bilbao 1975, in Iura 26, 1975, 202). Vd. *amplius supra* nt. 12 e *infra* § 5.

⁶⁷ Si seguono l'edizione e la numerazione di *Isidori Hispalensis Versus*, cura et studio J.M. SÁNCHEZ MARTÍN, Turnhout 2000, 225. Dell'ampia bibliografia possono segnalarsi C.H. BEESON, *Isidor-Studien*, in *Quellen und Untersuchungen zur lateinischen Philologie des Mittelalters*, 4.2, 1913, 162; H.L.W. NELSON, *Überlieferung* cit., 160 ss.; J. ELFASSI, *Connaître la bibliothèque pour connaître les sources: Isidore de Séville*, in *AntTard* 23, 2015, 59-66. Riporto due recenti traduzioni, la prima contenuta in *Isidori Hispalensis Versus* cit., 224: «Se custodian aquí multitud de decretos y leyes, / que gobiernan con verdad el foro romano»; la seconda da *The Etymologies of Isidore of Seville*, translated by S. A. BARNEY, with the collaboration of M. HALL, Cambridge 2006, 17: «Theodosius, Paulus, Gaius Collected here is a most ample series of the laws of justice; These rule the Latin forum with their true speaking». A conferma indiretta dell'importanza di un approccio interdisciplinare all'enciclopedico Isidoro, che impegna gli studiosi moderni in molteplici campi dello scibile, sta anche il breve commento che J.M. SÁNCHEZ MARTÍN (cit., 246) dedica all'epigramma di nostro interesse: «aunque el epígrafe de este *titulus* hace referencia a los grandes compiladores del antiguo derecho romano, así como el *Latium forum* del v. 2, lo más probable es que las colecciones legales aludidas fueran decretos conciliares visigóticos así como manuales jurídicos de diversa proveniencia, anteriores muchos de ellos a la compilación de Justiniano. De ellos extrajo Isidoro el material apropiado para buena parte del libro V de *legibus* de sus *Etimologías*. El conocimiento de las *Institutiones* de Gayo, parece ser que se redujo también a resúmenes y sumarios de esta obra».

⁶⁸ Tra i possibili modelli vd. Mart. 10.37.1-2.

⁶⁹ Vd. R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*, Torino 1991². F.J. ANDRÉS SANTOS, *San Isidoro de Sevilla y el Breviario de Alarico: un apunte*, in *SCDR* 28, 2015, 89-107, afferma che Isidoro conosceva l'esistenza e gran parte del contenuto del *Breviarium*, diritto vigente al suo tempo; lo Studioso si astiene però dal dare una risposta riguardo all'effettiva utilizzazione del *Breviarium* da parte di Isidoro al fine di redigere i lemmi giuridici delle proprie opere.

600;⁷⁰ il lemma 434 deve dunque essere considerato anche in relazione a tali fonti, che erano nella materiale disponibilità di Isidoro.

Nell'*Epitome Gai* non troviamo riferimenti alla *deportatio* o alla *relegatio*; essi però compaiono nelle *Pauli sententiae*.⁷¹ Isidoro, peraltro, mostra di conoscere direttamente Paolo quale autore, portando come esemplificazione di cosa siano i *responsa* proprio i *responsa Pauli*.⁷² Nel *Codex Theodosianus* il richiamo alla *deportatio* è decisamente più frequente che quello alla *relegatio*;⁷³ *deportatio* e *relegatio* vengono considerati insieme in alcune costituzioni.⁷⁴

Si ripercorrono perciò le *Pauli Sententiae* e il *Codex Theodosianus* focalizzando l'attenzione sui temi giuridici del lemma 434 che sono i *bona* del soggetto (e la *sententia* che li menziona o meno) e le caratteristiche del luogo (*loci qualitas*) della *relegatio* e della *deportatio*, cui si connette anche il profilo del *summum supplicium*.⁷⁵

⁷⁰ Si ricordi, altresì, l'omissione – politicamente motivata – di Giustiniano, ma non di Teodosio, dal noto passo delle *Etymologiae* 5.1.1-7. Cfr. U. AGNATI, *Fondamenti del diritto europeo. Le origini*, Parma 2008, 66 s. e F. BONO, *Isidoro storico della legislazione romana. Una lettura di Orig. 5.1 De auctoribus legum*, in IVRA 64, 2016, 125-144. Facendo leva sulla presenza in un lemma delle *Etymologiae* del termine *fiducia* (termine assente dalla compilazione giustinianea perché sistematicamente interpolato con *pignus*) scarta l'impiego del Digesto da parte di Isidoro R. MENTXAKA, *Algunas consideraciones sobre Isidoro (Et. 5, 25, 22-24)*, in *Collatio iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, R. FEENSTRA ET AL. (eds.), Amsterdam 1995, 331-338. Si esprime per una conoscenza del Teodosiano e non dell'opera giustinianea S.A. FUSCO, *L'evolversi della categoria del "credere" nell'Occidente visigoto: dal Codice Euriciano ad Isidoro di Siviglia*, in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI (a cura di), *Ravenna capitale cit.*, 81-99, in part. 86 s.

⁷¹ L'istituto della *deportatio* viene in rilievo nei seguenti passi delle Paul. Sent. 1.21.5, 2.26.15, 4.7.1, 4.8.22, 5.1.1, 5.4.14, 5.4.15, 5.17.2 (dove si espone una gradazione delle pene e si menziona come pena media la *deportatio*, e come minima la *relegatio*), 5.19, 5.19A (sono menzionate insieme *deportatio* e *relegatio*), 5.21.1 (sono menzionate insieme *deportatio* e *relegatio*), 5.21.2, 5.22.1, 5.22.4, 5.23.1, 5.23.11(10), 5.23.13, 5.23.18, 5.25.1, 5.25.2, 5.25.4, 5.25.7, 5.25.9, 5.25.12, 5.26.1, 5.30A. La *relegatio* si trova in Paul. Sent. 1.1A5, 2.21B1B, 2.26.14, 3.4A9, 5.4.11, 5.4.17, 5.15.5, 5.17.2, 5.19A, 5.20.2, 5.20.5, 5.20.6, 5.21.1, 5.21.4, 5.22.2, 5.22.3, 5.22.5, 5.23.4, 5.23.14, 5.23.19, 5.25.8, 5.25.10(9), 5.25.13, 5.26.3, 5.28, 5.30B.1, Paul. Sent. Int. 3.6.2, 5.28.1, 5.30.1.

Sul rapporto tra *Etymologiae* e *Pauli sententiae* si veda I. RUGGIERO, *Gli stemmata cognationum: Pauli Sententiae ed Etymologiae di Isidoro di Siviglia* in G. BASSANELLI SOMMARIVA, S. TAROZZI (a cura di), *Ravenna capitale cit.*, 101-116.

⁷² Isid., *etym.* 5.14.1: *Responsa sunt quae iurisconsulti respondere dicuntur consulentibus; unde et responsa Pauli dicta. Fuerunt enim quidam prudentes et arbitri aequitatis, qui institutiones civilis iuris conpositas ediderunt, quibus dissidentium lites contentionesque sopirent*. Si veda, inoltre, *etym.* 5.24.30 che attinge a Paul. Sent. 5.7.1, su cui F.J. ANDRÉS SANTOS, *Derecho y jurisprudencia cit.*, 160 nt. 43.

⁷³ Vd. in relazione alla *deportatio*, le seguenti costituzioni del CTh. 2.1.6, 2.1.9, 3.10.1, 3.16.1, 3.16.2 pr., 4.22.2, 5.7.2.3, 6.30.16, 6.30.17, 7.12.1, 8.5.2, 9.8.1, 9.10.1, 9.16.12, 9.19.2.2, 9.21.2.4, 9.24.1.4, 9.25.3, 9.26.1, 9.26.2, 9.26.3, 9.32.1, 9.38.10, 9.39.2, 9.40.20, 9.42.8, 9.42.17, 9.42.18, 9.43.1, 10.10.23, 10.10.29 pr., 10.16.3, 10.24.2, 11.7.16, 11.14.3, 11.30.17, 11.34.1, 11.36.14, 12.1.6, 12.1.9, 12.1.50.2, 12.1.92, 13.5.34, 14.3.21, 14.11.1, 14.15.6, 16.2.40, 16.4.3, 16.5.21, 16.5.40.7, 16.5.46, 16.5.53, 16.5.57 pr., 16.5.58.3, 16.5.58.6, 16.6.6.1. In tema di *relegatio* vd. le seguenti costituzioni del CTh. 1.5.3, 3.10.1, 3.16.1, 3.16.2.2, 7.18.8 pr., 8.5.35 pr., 9.9.1.1, 9.10.1, 9.17.1, 9.30.5, 9.38.10, 9.40.12, 9.40.17, 12.19.3, 16.5.58.2.

⁷⁴ Ad esempio, presentano *deportatio* e *relegatio* nel testo CTh. 9.10.1 (a. 317) e 9.38.10 (a. 400 o 405).

⁷⁵ Non viene direttamente in rilievo la *qualitas personarum* in relazione alla pena, sebbene Isidoro noti

Dalle *Pauli Sententiae* si possono specificamente richiamare alcuni passi che trattano del patrimonio (*bona*) e, a volte anche della alternatività della *deportatio* rispetto al *summun supplicium*.⁷⁶ In relazione alla gradazione delle pene e al *summun supplicium*, in particolare rispetto alla *deportatio*, si vedano Paul. Sent. 5.17.2 (*Summa supplicia sunt crux creatio decollatio: mediocrium autem delictorum poenae sunt metallum ludus deportatio: minimae relegatio exilium opus publicum vincula*), 5.19a (*Rei sepulchrorum violatorum, si corpora ipsa extraxerint vel ossa eruerint, humilioris quidem fortunae summo supplicio adficiuntur, honestiores in insulam deportantur: alias autem relegantur aut in metallum damnantur*), 5.22.4 (*aut deportantur aut capite puniuntur*).

Dalle costituzioni raccolte nel *Codex Theodosianus* traggo alcuni passi (riportati in nota) che trattano il profilo patrimoniale della *deportatio*; pur non rappresentando la totalità dei rimandi al rapporto tra *deportatio* e *bona*, essi sono numericamente consistenti, a conferma della rilevanza e della notorietà di questo aspetto considerato da Isidoro.⁷⁷ Anche il profilo della *loci qualitas*, del quale tratta la seconda parte del lemma 434, è attestato nel *Theodosianus*,⁷⁸ come pure il *summun supplicium*, che chiude il lemma isidoreo.⁷⁹

che la *deportatio* può essere effettuata in un'isola a tal punto selvaggia da configurare una sorta di *summun supplicium*, infliggendosi in tal modo una pena da *humiliores* a condannati che sono *honestiores*.

⁷⁶ Si tratta di Paul. Sent. 2.26.14 (*Adulterii convictas mulieres dimidia parte dotis et tertia parte bonorum ac relegatione in insulam placuit coerceri: adulteris vero viris pari in insulam relegatione dimidiam bonorum partem auferri*), 5.22.2 (*humiliores in opus publicum, honestiores in insulam amissa tertia parte bonorum relegantur aut exulare coguntur*), 5.22.3 (*bonis adeptis in insulam perpetuo relegantur*), 5.23.4 (*humiliores in ludum aut in metallum damnantur, honestiores dimidia parte bonorum multati relegantur*), 5.23.11(10) (*in insulam bonis adeptis deportatur*), 5.23.13 (*honestiores publicatis bonis in insulam deportantur*), 5.23.14 (*humiliores in metallum, honestiores in insulam amissa parte bonorum relegantur: quod si ex hoc mulier aut homo perierit, summo supplicio adficiuntur*), 5.23.18 (*bonis adeptis, ambustis his publice, in insulam deportantur, humiliores capite puniuntur*), 5.25.2 (*humiliores capite puniuntur, honestiores publicatis bonis cum ipso iudice in insulam deportantur*), 5.25.8 (*si humiliores sunt, in metallum damnantur, si honestiores sunt, adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur*), 5.26.3 (*si honestiores sunt, tertia pars bonorum eripitur et in insulam relegantur: humiliores in metallum damnantur*), 5.30b.1 (*Ideoque humiliores aut in metallum dantur aut in crucem tolluntur, honestiores adempta dimidia parte bonorum in perpetuum relegantur*).

⁷⁷ CTh. 3.10.1 (*amissionem bonorum et poenam deportationis subiturum*), 3.16.1 (*oportet eam usque ad acuculam capitis in domo mariti deponere, et [...] in insulam deportari*), 3.16.2 pr. (*abolitis donationibus, quas sponsa perceperat, etiam dote privetur, deportationis addicenda supplicii*), 4.22.2 (*aeterna deportatione punitos bonorum quoque publicatio persequatur*), 5.7.2.3 (*rem suam fisco noverit vindicandam seque deportandum*), 6.30.16 (*supplicium deportationis cum amissione facultatum*), 6.30.17 (*proscriptione omnium facultatum ac deportatione*), 7.12.1 (*deportatione cum amissione bonorum adficiatur*), 9.8.1 (*deportatione plectatur, atque universae eius facultates fisci viribus vindicentur*), 9.21.2.4 (*deportari eum in insulam oportebit, cunctis eius rebus protinus confiscandis*), 9.25.3 (*publicatis bonis deportatione plectatur*), 9.26.1 (*amissis bonis et fisco nostro protinus vindicatis deportationis multetur exilio*), 9.42.8.3 (*non solum deportatione, sed egestate puniri conveniet*), 9.42.18 (*patrimonio suo fisco sociato poenam se deportationis noverit subiturum*), 9.43.1.3 (*deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est*), 10.24.2 (*ablatis bonis omnibus perpetuae deportationis subdetur exilio*), 11.14.3 (*ut deportationis poenae subiectus totius substantiae cogatur subire iacturam*), 11.34.1 (*in insulam deportandi sunt cum amissione omnium facultatum*), 12.1.6 (*in insulam deportari, bonis eius mobilibus et urbanis mancipiis confiscandis*), 16.5.46 (*deportationis poenam et propriarum amissionem facultatum se noverint subituros*).

⁷⁸ Vd., ad esempio, CTh. 9.38.10 (*omnes omnium criminum reos vel deportatione depulso vel relegatione aut metallis deputatos, quos insulae variis servitutibus aut loca desolata susceperunt*) e 16.5.53 (*solitariis et longo spatio inter se positis insulis in perpetuum deportari*).

⁷⁹ Vd. CTh. 9.10.1 (*non iam relegatione aut deportatione insulae plectatur, sed supplicium capitale exci-*

Minore è il numero di occorrenze di *relegatio* rispetto a *deportatio* nel *Codex Theodosianus*, e di minor rilievo in questa sede. Riguardo ai *bona* si veda, ad esempio, CTh. 1.5.3 (*biennio in insulam relegatione plectatur, eiusque bonorum media portio fiscalibus compendiis addicta cedat*). Presentano *deportatio* e *relegatio* nel testo CTh. 9.10.1 (a. 317) e 9.38.10 (a. 400 o 405).

Nel lemma 434 si segnala il passaggio dal singolare *relegato*, al plurale *deportatis*, che ricorre a volte anche nel *Codex Theodosianus*, aprendo la via all'ipotesi di un'interpolazione finalizzata al passaggio dal caso particolare alla regola generale.⁸⁰ Anche questa particolarità potrebbe essere considerata non significativa, rimarcando che *deportatis* è un semplice plurale distributivo – anche se, di contro, Isidoro potrebbe avere optato per altre costruzioni della frase per esprimere il medesimo pensiero.

4. ANALISI GIURIDICA DEL LEMMA.

In mancanza dell'individuazione di una o più fonti direttamente utilizzate si possono prospettare numerose ipotesi in quanto alla composizione del lemma, all'utilizzo delle fonti e alla rilevanza dell'intervento di Isidoro. Per cercare di orientarsi è utile procedere a un'analisi giuridica del lemma.

Isidoro ha selezionato il contenuto del lemma 434 in relazione alla struttura dell'opera, in funzione del ruolo di transizione che esso svolge tra il gruppo di lemmi di tema giuridico e i seguenti di tema acquatico. Infatti, la *relegatio in insulam* e la *deportatio in insulam* sono *species* delle rispettive pene che non sono sempre e comunque scontate su un'isola.⁸¹ Peraltro, numerose sono le fonti letterarie che ricordano personaggi celebri puniti con la *relegatio in insulam*, a partire da Giulia, la figlia di Augusto, per giungere fino ai meno celebri vescovi banditi dal nord Africa, in quanto propugnatori del credo niceno, dai Vandali ariani.⁸² Stando a una disamina dell'impiego di *deportatio*, si rileva, altresì, che la legi-

piat), 9.26.2 (*affectus gravissimis suppliciis poenam deportationis excipiat*), 14.15.6 (*iudices deportationis poena retinendos, primates officiorum capitali supplicio subiugandos*).

⁸⁰ Per una recente discussione di questa caratteristica in relazione a una costituzione accolta nel *Codex Theodosianus* vd. U. AGNATI, *Profili giuridici del repudium nei secoli IV e V*, Napoli 2017, 93 ss.

⁸¹ Ad es. CTh. 9.38.10 (a. 400 o 405) ricorda tanto le isole quanto i *loca desolata*. Si conosce come luogo della pena anche l'oasi e la zona desertica e il monastero. Riguardo all'oasi, ad esempio, vd. D. 48.22.7.15 (Ulp. 10 *de off. proc.*): *Est quoddam genus quasi in insulam relegationis in provincia Aegypto in oasin relegare*; CTh. 9.32.1 (a. 409): [...] *Consciis et consortibus eius* [scil. *di chi ha deviato il corso del Nilo*] *oasena deportationi constringendis*. Vd. R. DELMAIRE, *Exil, relégation, déportation dans la législation du Bas-Empire*, in PH. BLAUDEAU (éd.), *Exil et relégation. Les tribulations du sage et du saint durant l'Antiquité romaine et chrétienne (I^{er}-VI^e s. ap. J.-C.)* (Actes du colloque organisé par le Centre Jean-Charles Picard, U. de Paris XII-Val de Marne, 17-18 juin 2005), Paris 2008, 120. Si ricordi, inoltre, la sanzione di *relegare ex loco* o *relegare in locum*; cfr. D. 48.22.14 pr. (Ulp. libro ...): *relegatus est is cui interdicatur provincia aut urbe continentibus in perpetuum vel ad tempus*; D. 48.22.7 pr. (Ulp. 10 *de off. proc.*): *Relegatorum duo genera: sunt quidam, qui in insulam relegantur, sunt, qui simpliciter, ut provinciis eis interdicatur, non etiam insula adsignetur*. Cfr. CTh. 9.40.12 (a. 378). Vd. TH. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899 (rist. Graz 1955), 964 ss., G. KLEINFELLER, s.v. *Relegatio* in PWRE I a.1, Stuttgart 1914, col. 564 s., J. SCHWARTZ, *In Oasin relegare*, in R. CHEVALLIER (éd.), *Mélanges d'archéologie et d'histoire offerts à André Piganiol*, 3, Paris 1966, 1481-1488, G.P. KELLY, *A History of Exile in the Roman Republic*, Cambridge 2006, 65 s.

⁸² Vd., ad es., M. VALLEJO GIRVÉS, *In insulam Deportatio en el siglo IV d.C. Aproximación a su comprensión a través de sus causas, personas y lugares*, in Polis, Revista de ideas y formas políticas de la Antigüe-

slazione tardoimperiale tende a utilizzare più parcamente l'indicazione *in insulam* in relazione a tale pena: mentre essa è ben attestata nelle *Pauli Sententiae*.⁸³

Il lemma 434 può essere suddiviso in due parti. Esso, infatti, è strutturato su due *differentiae*, due caratteristiche che distinguono chi è relegato da chi è deportato in un'isola. Tali differenze sono sviluppate in modo autonomo e 'paratattico'. La prima verte sui *bona*, e rivela una caratura giuridica, anche nel corollario inerente la *sententia*; la seconda, introdotta da *'item'*,⁸⁴ verte sulla *loci qualitas*, e presenta un'impronta retorica.⁸⁵

Non si trova nella documentazione tecnico-giuridica una precisa e stabile classificazione e sistematizzazione di *deportatio* e *relegatio*, che sono a volte connesse alla nozione di *exilium*. Riguardo alla *deportatio* si discute un legame di derivazione con la *aquae et igni interdictio*, della quale assume alcune caratteristiche e che finisce per sostituire.⁸⁶ Dal punto di vista sistematico è importante richiamare nuovamente il più tardo passo isidoreo di *etym.* 5.27.29⁸⁷ che stabilisce l'*exilium* quale *genus*, che abbraccia *relegatio* e *deportatio*, specificamente distinte dal destino dei *bona*. Anche Ulpiano indica la *deportatio* come *exilium* in D.

dad Clásica 3, 1991, 153-167; N. VINCENT RAMÍREZ, *Deportatio ad insulam: Córcega e Cerdeña contextos de exilio* in N. VINCENT RAMÍREZ, J. DE MIGUEL LÓPEZ, *Roma y el Mundo Mediterráneo*, Alcalá de Henares 2015, 325-355. Per esempi risalenti vd. 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*, Milano 1995, 245-258, X. LAFON, *Les îles de la mer Tyrrhénienne: entre palais et prisons sous les Julio-Claudiens*, in C. BERTRAND-DAGENBACH ET AL. (éd.), *Carcer. Prison et privation de liberté dans l'Antiquité classique*, Paris 1999, 149-161.

⁸³ «After Constantine, hardly any of the surviving legislation speaks of banishment involving islands» (D.A. WASHBURN, *Banishment in the later Roman empire, 284-476 CE*, New York-London 2013, 23 e 135, 168). Si tratta di un ulteriore dettaglio che può far propendere per una matrice 'classica' dell'originario contenuto giuridico del lemma 434, anche se le fonti giuridiche e non, in ogni epoca, ricordano individui esiliati su isole.

⁸⁴ Sull'abbondante uso di particelle da parte di Isidoro, che le impiega per marcare adeguatamente il rapporto tra la frase che precede e quella che segue, vd. C. CODONER, *La lengua de Isidoro*, in *AntTard* 23, 2015, 57.

⁸⁵ Si ricordi, però, che la ricercatezza letteraria non manca all'espressione legislativa tardoantica; cfr. E. VERNAY, *Note sur le changement de style dans les constitutions imperiales de Diocletien à Constantin*, in *Études d'histoire juridique offertes à Paul Frédéric Girard par ses élèves*, 2, Paris 1913, 263-274; E. VOLTERRA, *Quelques remarques sur le style des constitutions de Constantin*, in *Mélanges Levy-Bruhl*, Paris 1959, 325-334 (= ID., *Scritti giuridici*, 5, Napoli 1993, 33-42); W.E. VOSS, *Recht und Rhetorik in den Kaisergesetzen der Spätantike. Eine Untersuchung zum nachklassischen Kauf- und Übereignungsrecht*, Frankfurt a.M. 1982; G. MATINO, *Innovazioni linguistiche nei testi giuridici tardoantichi*, in C. GIUFFRIDA, M. MAZZA (a cura di), *Le trasformazioni della cultura nella tarda antichità* (Atti del Convegno tenuto a Catania, 27 sett.-2 ott. 1982), Roma 1985, 109-118; S. M. OBERHELMAN, R. G. HALL, *Meter in Accental 'clausulae' of Late Imperial Latin Prose*, in *Classical Philology* 80.3, 1985, 214-227.

⁸⁶ Vd. D. 50.13.5.3, D. 48.13.3, D. 48.19.2; vd. L.E.L. GRASMÜCK, *Exilium, Untersuchungen zur Verbannung in der Antiken*, Paderborn 1978; G. CRIFÒ, *Exilica causa, quae adversus exulem agitur. Problemi dell'acqua et igni interdictio*, in *Du châtement dans la cité, supplices corporels et peine de mort dans le monde antique* (table ronde 9-11 nov. 1982), Roma 1984, 453-497; G. MANCINI, D. 48.22. *De interdictis et relegatis et deportatis*, 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, 234 ss.; Y. RIVIÈRE, *L'interdictio aqua et igni et la deportatio sous le Haut-Empire romain (étude juridique et lexicale)*, in PH. BLAUDEAU (éd.), *Exil et relégation cit.*, 47-113.

⁸⁷ Il testo è riportato *supra* nt. 12.

24.1.13.1.⁸⁸ Isidoro, in merito all'esilio, scrive *Exilium dictum quasi extra solum. Nam exul dicitur qui extra solum est* (*etym.* 5.27.28) e ciò corrisponde con la nozione giuridica corretta dell'esilio, nozione peraltro assai ampia, che consiste nell'interdizione al condannato di dimorare in un luogo determinato, pur mantenendo la libertà di circolare e i diritti civili.

Il rigore nell'impiego di *relegatio*, *deportatio*, *exilium* va sfumando progressivamente in epoca tardoantica.⁸⁹ Nella legislazione tardoantica, come accennato (*supra* § 3.4.), troviamo *exilium* accompagnato dalla specificazione *deportationis*⁹⁰ o *relegationis*. *Deportatio* può sovrapporsi ad *exilium*, e a *relegatio*, che può essere abbinata alla perpetuità, come in CTh. 7.18.8 pr. (*exilio perpetuae relegationis*).⁹¹ Ciò non contrasta con la sistematica isidorea che emerge da *etym.* 5.27.29 e che fa di *exilium* il *genus* dal quale prendere le mosse per affrontare il tema e le singole pene.⁹²

La localizzazione del condannato su di un'isola è pretermessa in *etym.* 5.27.28 ss., con-

⁸⁸ D. 24.1.13.1 (Ulp. 32 *ad Sab.*): [...] *cum igitur deportatione matrimonium minime dissolvatur et nihil vitium mulieris incurrit, humanum est donationem, quae mortis causa ab initio facta est, tali exilio subsecuto confirmari, tamquam si mortuo marito rata habebatur*, [...]. È differente la sistematica adottata da Marciano, che pone *deportatio* ed *exilium* in due differenti categorie (D.A. WASHBURN, *Banishment* cit., 21). Anche da questo particolare si può considerare la rilevanza di Ulpiano per la ricerca delle fonti di Isidoro. Tuttavia un qualche confronto può essere suggerito anche tra *etym.* 5.27.29 e un frammento di Callistrato, che richiama un editto di epoca adrianea; vd. D. 48.19.28.13 (Call. 6 *de cogn.*) *In exulibus gradus poenarum constituti edicto divi Hadriani, ut qui ad tempus relegatus est, si redeat, in insulam relegeatur, qui relegatus in insulam excesserit, in insulam deportetur, qui deportatus evaserit, capite puniatur*.

⁸⁹ Gli esempi possono essere numerosi. In CTh. 1.5.3 (a. 331) = Brev. 1.5.1, si legge *biennio in insulam relegatione plectatur*; la correlata *Interpretatio* rende il passo nel modo seguente: *biennio in exilium deputetur*. In CTh. 3.16.1 (a. 331) si parla di *deportatio*, nella *Interpr.* ad CTh. 3.16.1 è scritto che la donna colpevole sarà soggetta a *exilii relegatio*; tale sanzione non è la semplice *relegatio*. La *exilii relegatio* ricorre anche nella *Interpr.* ad CTh. 3.10.1, che si collega a CTh. 3.10.1 (= C. 5.8.1), provvedimento di Onorio (e Teodosio) dell'anno 409, in tema di surrettizie richieste di concessione del permesso per stringere matrimoni cui le parti non hanno diritto, stante la parentela in linea collaterale. Chi avrà ottenuto tale permesso, che non doveva essere concesso, subirà il sequestro dei beni e la *deportatio*, oltre a perdere il permesso ingiustamente ottenuto come pure la *patria potestas* e la possibilità di legittimare i figli che dovessero derivare da tale unione; vd. S. PULIATTI, *Incesti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano 2001, 24, 176, 181 ss., 259; A. CUSMÀ PICCIONE, *Non licet tibi alienigenam accipere. Studio sulla disparitas cultus tra i coniugi nella riflessione cristiana e nella legislazione tardoantica*, Milano 2017. Nella *Interpr.* ad CTh. 3.10.1 è scritto: *Quicumque ergo sub tali obreptione matrimonium se obtinere putaverit, et amissione bonorum et exilii relegatione se noverit esse dammandum* [...]. In questo caso la locuzione *exilii relegatio* potrebbe essere equivalente al termine *deportatio* che si legge nella costituzione interpretata. Si veda ancora la *Interpr.* ad CTh. 3.16.2: *insuper exilio relegata* [...]; anche in questo caso potrebbe trattarsi, nella sostanza, della pena della *deportatio*, che viene comminata dalla costituzione cui l'interpretazione si riferisce [...]; vd. U. AGNATI, *Profili giuridici* cit., 310 ss.

⁹⁰ Vd., ad es.: CTh. 9.26.1; 10.24.2; 13.5.34; 16.2.40; 16.5.58; CSirm. 11.

⁹¹ La *exilii relegatio* ricorre in Edict. Theodor. 97: *Qui casam, domum, aut villam alienam inimicitiarum causa incenderit. Si servus, colonus, ancilla, originarius fuerit, incendio concremetur: si ingenuus hoc fecerit, restituat quidquid dispendii acciderit per illud, quod commovit, incendium, aedificiumque renovet, et aestimationem insuper consumptarum rerum pro poena talis facti cogatur exsolvere; aut si hoc sustinere pro tenuitate nequiverit, fustibus caesus perpetui exilii relegatione plectatur*. E nella Lex Rom. Burg. 18.5: *Quod si fructiferas arbores nocturnis aut diurnis oris quolibet tempore ingenuus abscondisse probatur, infamis effectus damnum estimatione iudicis sarcire cogatur. Quod si vilior persona fuerit, ad tempus in exilium relegeatur; in servo, restituta re a domino, digno supplicio vindicetur*.

⁹² Il testo è riportato *supra* nt. 12.

fermando che la stessa scelta del tema giuridico (*relegatio* e *deportatio in insulam*) è funzionale al ruolo di transizione del lemma 434 tra due gruppi di lemmi. La scelta, inoltre, è coerente con l'opera in sé, nella quale più che il *genus exilium*, che ha un ruolo portante nelle righe delle *Etymologiae*, rilevano le *species*, che presentano le *differentiae* specifiche. Ciò, ovviamente, non contrasta con la possibilità che Isidoro nella stesura di entrambi i passi delle due opere abbia attinto i contenuti giuridici dalla medesima fonte o che, semplicemente, *etym.* 5.27.29 derivi dal lemma 434.

In linea di massima il testo di Isidoro descrive correttamente alcuni profili differenziali delle due pene, mostrando anche la maggiore gravità della *deportatio* rispetto alla *relegatio*, ciò che corrisponde a quanto si riscontra in ogni epoca della storia del diritto romano.

Quanto dice Isidoro si ferma al livello di una prima informazione riguardo ad alcune nozioni istituzionali. Vengono trascurati – coerentemente con il carattere dell'opera isidorica – numerosi profili che i giuristi prendono in considerazione quando trattano delle due sanzioni. A grandi linee le differenze tra *deportatio* e *relegatio* che emergono dai testi giurisprudenziali riguardano «permanence, property, civic status, location, and rank».⁹³ Isidoro considera soltanto due di questi cinque questi profili, e lo fa in modo assai circoscritto. Scendendo maggiormente nel dettaglio, i giuristi che affrontano *relegatio* e *deportatio* discutono, ad esempio, la *testamenti factio*, il destino dei beni di famiglia del condannato e i diritti dei figli, la temporaneità della pena, la perdita della cittadinanza, la *patria potestas*, la permanenza del vincolo matrimoniale,⁹⁴ i rapporti di patronato, i rapporti con i creditori e il fisco, la validità delle donazioni, la *qualitas personarum*.⁹⁵

⁹³ G. KLEINFELLER, v. '*deportatio in insulam*', in PWRE V.1, Stuttgart 1903, coll. 231-233; C. FERRINI, *Diritto penale romano. Esposizione storica e dottrinale*, in E. PESSINA (a cura di), *Enciclopedia del Diritto penale italiano*, Milano 1905 (rist. Roma 1976), 126 e 228 ss.; D.A. WASHBURN, *Banishment* cit., 16 ss.

⁹⁴ Sotto il profilo personale, la *deportatio in insulam* incide sui diritti civili, in particolare mediante la perdita della cittadinanza, *capitis deminutio media* dalla quale discende il venire meno del *conubium* che spetta ai *cives Romani*. Per l'ampio dibattito sul punto si segnalano R. ASTOLFI, *Il matrimonio nel diritto romano classico*, Padova 2014², 180 ss., in part. 183; A. SCHIAVONE, *Matrimonium e deportatio. Storia di un principio*, in *Arti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche della Società Nazionale di Scienze, Lettere ed Arti in Napoli* 78, 1967, 453 e 463 ss.; G. MANCINI, *D.* 48.22 cit., 249; B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale dei deportati in insulam*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, 7, Napoli 2001, 173-190; C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *La Relegatio in insulam y su progresiva definición durante el Principado*, in M. VALLEJO GIRVÉS, J.A. BUENO DELGADO, C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *Movilidad forzada entre la Antigüedad Clásica y Tardía*, Alcalá de Henares 2015, 29-50.

⁹⁵ C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *Deportation*, in R.S. BAGNALL ET AL. (ed.), *The Encyclopedia of Ancient History*, 4, Malden MA 2013, 2039: «*Relegatio in insulam* was conceived as a penalty for the *honestiores* for crimes such as *adulterium*, *lenocinium*, or some kinds of premeditated homicide». La *deportatio* si configura, seppur non uniformemente, come una pena riservata alla *élite* della popolazione; questo si riscontra, sebbene senza sistematicità, in relazione a *crimina* nei quali agli *honestiores* è riservata tale sanzione, mentre agli *humiliores* viene inflitta la pena di morte, variamente eseguita; vd. D.A. WASHBURN, *Banishment* cit., 105 ss.; J.L. CAÑIZAR PALACIOS, *La deportación como factor de propaganda en el reinado de Constantino: Codex Theodosianus y fuentes literarias*, in *RIDA* 60, 2013, 63; S. GIGLIO, *Humiliores*, in *Studi per Giovanni Nicosia*, IV, Milano 2007, 155-165; I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, 197 ss. Una ulteriore differenza riguarda la collocazione della *deportatio* tra i *summa supplicia*, mentre la *relegatio* tra le altre pene, nel frammento D. 48.19.28 pr.-1 (Call. 6 de cogn.): *Capitalium poenarum fere isti gradus sunt. 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*.

Deve essere approfondita *sub specie iuris* l'affermazione di maggiore caratura tecnica contenuta nel lemma 434, laddove Isidoro scrive di una *sententia* che può stabilire di togliere i beni al relegato oppure di lasciare i beni al deportato: *primo quod relegatum bona sequuntur nisi fuerint sententia adempta, deportatum non sequuntur, nisi palam ei fuerint concessa*.

La porzione di testo inerente il togliere i beni al relegato mediante *sententia* corrisponde con quanto si conosce del diritto 'classico'. La *relegatio*, infatti, non comporta la perdita di *civitas* e *bona*, sempre che la confisca dei beni non venga disposta espressamente.⁹⁶ Ciò trova riscontro, ad esempio, in un frammento già richiamato, D. 48.22.14.1 (Ulp. libro ...);⁹⁷ il passo ulpiano, anche sotto questo profilo, acquista ulteriore rilevanza ai fini della presente indagine. Ancora Ulpiano è autore di D. 48.22.7.4 (Ulp. 10 *de off. proc.*)⁹⁸ che tratta di *sententiae* – stigmatizzate, ma non invalidate – che infliggono al *relegatus* temporaneo la confisca dell'intero patrimonio o di una sua parte. Anche un frammento tratto dalle *Institutiones* di Marciano (D. 48.22.4, Marcian. 2 *inst.*) considera la *sententia* e i *bona* del *relegatus*, del quale la sentenza può disporre la confisca parziale.⁹⁹ Un frammento di Macro (D. 48.20.8.3) attesta che '*Relegati bona per sententiam specialem publicari poterunt, nec tamen iura adversus liberos ei auferuntur nisi principis iussu*'.

Riguardo a questo profilo del lemma 434, si segnala che la cancelleria costantiniana infligge la *relegatio* con esproprio di metà dei beni a colui che ha impugnato una sentenza pronunciata nel rispetto delle leggi.¹⁰⁰ E CTh. 9.40.17 (a. 399) riporta quanto occorso a Eutropio, *praepositus sacri cubiculi*, *relegatus* nell'isola di Cipro e privato completamente dei suoi beni (*omnes res*).¹⁰¹

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.* Aggiornata discussione del passo e della bibliografia in T. BEGGIO, *Note in tema di condanna ad tempus nelle damnationes ad metalla*, in AUPA 60, 2017, 17-42, in part. 21 ss., che ipotizza un'interpolazione per l'inserimento della *deportatio* fra le pene capitali, in ragione dell'evoluzione che si riscontra in Paul. Sent. 5.17.2[3]: *Summa supplicia sunt crux crematio decollatio: mediocrium autem delictorum poenae sunt metallum ludus deportatio: minime relegatio exilium opus publicum vincula*.

⁹⁶ Cfr. il caso dei *relegati in insulam* per adulterio, su cui Paul. Sent. 2.26.14.

⁹⁷ Vd. *supra* nt. 45.

⁹⁸ Vd. *supra* nt. 40.

⁹⁹ Vd. *supra* nt. 44.

¹⁰⁰ CTh. 1.5.3 (a. 331): [...] *quod si consentanea sit legibus iam prompta sententia, eius pronuntiationis improbus oppugnator, si patrimonio circumfluit, biennio in insulam relegatione plectatur, eiusque bonorum media portio fiscalibus compendiis addicta cedat*.

¹⁰¹ CTh. 9.40.17 (a. 399): Idem AA. Aureliano praefecto praetorio. *Omnes res Eutropi, qui quondam praepositus sacri cubiculi fuit, aerarii nostri calculis adiunximus, erepto splendore eius et consulatu a taetra illuvie et a commemoratione nominis eius et caenosis sordibus vindicato, ut eiusdem universis actibus antiquatis omnia mutescant tempora nec eius enumeratione saeculi nostri labes appareat nec ingemiscant aut qui sua virtute ac vulneribus romanos fines propagant vel qui eosdem servandi iuris aequitate custodiunt, quod divinum praemium consulatus lutulentum prodigium contagione foedavit. Patriciatus etiam dignitate atque omnibus inferioribus spoliatum se esse cognoscat, quas morum polluit scaevitate. Omnes statuas, omnia simulacra, tam ex aere quam ex marmore seu ex fucis quam ex quacunque materia quae apta est effigendis, ab omnibus civitatibus oppidis locisque privatis ac publicis praecipimus aboleri, ne tamquam nota nostri saeculi obtutus polluat intuentum. Adhibitis itaque fidis custodibus ad Cyprum insulam perducatur, in qua tua sublimitas relegatum esse cognoscat, ut ibidem pervigili cura vallatus nequeat suarum cogitationum rabie cuncta miscere*.

Risulta più complesso ragionare della concessione *palam* dei *bona* al deportato, della quale scrive Isidoro. Infatti, secondo Ulpiano, *deportatio et civitatem et bona adimit* (D. 48.22.14.1) e con la *publicatio* il fisco diventa legittimato attivo per le azioni che precedentemente facevano capo al deportato.¹⁰²

Il giurista Paolo (D. 48.20.7 pr. Paul. *l.s. de port.*) attesta che la *ratio naturalis*, operando come *tacita lex*, attribuisce ai figli l'eredità del padre e dunque *placuit* di lasciare agli eredi universali una quota del patrimonio paterno, anche nel caso il genitore sia stato condannato a pena che preveda la confisca dei beni. Tale decisione può essere collegata alla notizia fornita da SHA, *Hadr.* 18.3, che ricorda che Adriano aveva concesso ai figli dei *proscripti* un dodicesimo del patrimonio del genitore. L'imperatore può intervenire discrezionalmente sulla entità della quota, fino a riconoscere ai figli l'intero patrimonio, come fece lo stesso Adriano nel caso di una numerosa figliolanza, fatto attestato da Paolo (D. 40.20.7.3 Paul. *l. s. de port.*). La concessione dei beni ai deportati, e la relativa *sententia* della quale si legge nel lemma isidoreo, potrebbe forse riferirsi a questa tipologia di interventi, attuati caso per caso dall'imperatore;¹⁰³ se così fosse, saremmo di fronte a una semplificazione del dato giuridico, dal momento che i *bona* non vengono assegnati al deportato ma agli *heredes sui*.¹⁰⁴

Nel *Codex Theodosianus* troviamo traccia di una mitigazione della regola 'classica' della *amissio omnium bonorum* inflitta al deportato. Si tratta di una costituzione *data* il 17 giugno 380, CTh. 9.42.8 (= C. 9.49.8), che non risulta però nel *Breviarium*.¹⁰⁵ Gli imperatori

¹⁰² In questo senso si esprime anche il rescritto imperiale ricordato in D. 48.22.16 (Marcian. libro...); vd. *amplius* G. MANCINI, *D. 48.22 cit.*, 211-254.

¹⁰³ Al riguardo vd. B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale* cit., 190: «La *clementia principis* era la base ideologica di tale tipo di interventi. I quali, dopo l'iniziale regolamentazione adrianea, furono sempre presi caso per caso, a favore di persone individualmente determinate, prescindendo da qualunque normativa di carattere generale».

¹⁰⁴ Conosciamo attraverso un rescritto di Adriano, commentato da Ulpiano D. 48.20.6 (Ulp. 10 *de off. proc.*), la nozione giuridica di *pannicularia*, il vestiario e beni di minima entità che il condannato può portare con sé, ma che non corrispondono ai *bona* del lemma isidoreo; vd., inoltre, in merito al *viaticum* B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale* cit., 185. Si segnala anche il titolo 9.43 del *Codex Theodosianus*, (= 9.33 *Brev.* = 9.51 *Cod. Iust.*), che recita *De sententiam passis et restitutis et liberis eorum*. Tale titolo pone in evidenza la *sententia* ed è composto da una sola ampia costituzione *data* da Costantino il 14 settembre 321; per il contesto vd. J.L. CAÑIZAR PALACIOS, *La deportación* cit., 39-77. CTh. 9.43.1 riguarda però il destino del testamento di un figlio di deportato, nel caso il padre ritorni; e dispone che al riguardo venga applicata la *Papiniani sententia*. La cancelleria imperiale intende chiarire una situazione controversa; ribadisce il principio 'classico' che *deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est* (CTh. 9.43.1.3 = *Brev.* 9.33.1.3). Nel testo costantiniano la *sententia* ricorre nel § 2; vi si legge che la *sententia deportationis* non deve diminuire in alcun modo i diritti del padre e, nel caso l'integrità di costui lo restituisca ai suoi figli, egli avrà la gestione delle loro proprietà. L'imperatore osserva al proposito: *Quae nisi bonis patribus detur, luctuosior erit reditus quam discessus* (CTh. 9.43.1.2 = *Brev.* 9.33.1.2). Il provvedimento imperiale procede ponendo a confronto l'*indulgentia* e la *sententia* e mostrandone l'incidenza sul destino dei *bona*: *Ideoque tantum ad restitutionem indulgentia valeat, quantum ad correctionem sententia valuit. Utque deportationis ipsum per se nomen rerum omnium spoliatio est, ita indulgentia reditus bonorum ac dignitatis uno nomine amissorum omnium sit recuperatio.* [...] (CTh. 9.43.1.3 = *Brev.* 9.33.1.3). Non sappiamo se Isidoro o la sua fonte stessero considerando questo testo costantiniano; nel caso, ne avrebbero operato una semplificazione, una generalizzazione e un fraintendimento.

¹⁰⁵ Senza entrare nel dettaglio, si può riassumere il provvedimento accennando al fatto che, se il deportato ha figli o nipoti (CTh. 9.42.8 pr.), il fisco si approprierà di metà della sua proprietà ed egli ne riterrà un sesto. Se il deportato ha i genitori, il fisco ne otterrà i due terzi CTh. 9.42.8.1). Se il deportato

Graziano, Valentiniano e Teodosio scrivono a Eutropio, prefetto al pretorio, stabilendo regole a favore del deportato, che potrà conservare un sesto del patrimonio.¹⁰⁶ CTh. 9.42.8.3 puntualizza, riguardo al deportato per *maiestas*: *ipsum vero in tam atroci facinore convictum non solum deportatione, sed egestate puniri conveniet*. Sembra dunque che si diano margini per una certa variabilità in merito alle condizioni patrimoniali del deportato.¹⁰⁷ CTh. 9.42.8, come pervenutoci, non menziona alcuna *sententia*.

La temporaneità o meno della *deportatio in insulam*, che si trova attestata nel *Codex Theodosianus*,¹⁰⁸ può incidere sulla assegnazione dei *bona*, in tutto o in parte, al condannato, e ciò crea una dipendenza del destino dei *bona* dalla *sententia*, che potrebbe fare da sfondo all'affermazione di Isidoro.

Viene prospettata in CTh. 9.42.17 (= Brev. 9.32.4; data il 19 gennaio 401) la possibilità che l'imperatore, spinto dalla propria *humanitas*, voglia alleviare la situazione di *proscripti* e *deportati*; a tale fine si vieta ai terzi di fare richiesta dei *bona* di costoro prima che sia trascorso il termine di due anni.¹⁰⁹ La benevola decisione imperiale potrebbe essere la *sententia* della quale riporta notizia Isidoro nel lemma 434.

I governatori del tardo impero romano godevano di ampi margini di discrezionalità, che impiegavano soprattutto per casi che non rientrassero in precise previsioni normative; tale discrezionalità è riconosciuta e prescritta da alcuni provvedimenti imperiali.¹¹⁰ Nel

non ha ascendenti o discendenti il fisco prenderà dieci dodicesimi dei beni ed egli ne conserverà un sesto per sostenere la propria grama esistenza (CTh. 9.42.8.2). La costituzione imperiale tiene dunque in considerazione anche le esigenze della famiglia del condannato; vd. A.H.M. JONES, *The Later Roman Empire 284-602*, I, Oxford 1964, 421. Vd., inoltre, l'ulteriore intervento legislativo in materia contenuto in C. 9.49.10 (a. 426).

¹⁰⁶ Cfr. CTh. 9.42.23 (a. 421).

¹⁰⁷ Nella costituzione CTh. 3.16.2, data a Ravenna il 10 marzo 421, Onorio e Costanzo III trattano della moglie incapace di provare una *iusta causa divortii* e sanzionata con *deportatio*; a costei, tra l'altro, si nega il *ius postliminii* (CTh. 3.16.2 pr.). La Interpr. ad CTh. 3.16.2 (che parla della deportata come *exsilio relegata*) spiega il *ius postliminii* come impossibilità per la donna *ad propria revertendi*. La *deportatio*, in quanto tale, non pare dunque una sanzione che spogli del tutto il condannato dei propri *bona*. *Amplius* U. AGNATI, *Profili giuridici* cit., 310 ss.

¹⁰⁸ A volte viene specificata la perpetuità della *deportatio*, come ad esempio si legge in CTh. 4.22.2 e in CTh. 16.5.53. Tale aggiunta, però, potrebbe essere dovuta semplicemente a uno scrupolo di chiarezza e completezza più che alla possibilità di una *deportatio* temporanea.

¹⁰⁹ CTh. 9.42.17 [= Brev. 9.32.4]: *Idem AA. Studio comiti r.p. ne quis proscriptorum bona vel eorum, qui publicam videntur excepisse sententiam, intra biennium aestimet postulanda. abstineant facultatibus intra id temporis expetendis, ut aut proprias quis recipiat, si, ut nobis ingenitum est, duriores casus et tristiore fortunam imperatoria humanitate molliamus, aut tum demum postulet, quum iam fiscalem potius quam proscriptorum rem expetisse noscatur. Si quis autem petendas proscripti vel deportati intra biennium crediderit facultates, careat fructu liberalitatis augustae, ita ut nec instruantur huius modi petitiones, nec si temere instructae fuerint et sub specialis beneficii munificentia nostram provocaverint liberalitatem, habeant aliquas vires indulta. Dat. XIV Kal. Febr. Constantinopoli, Vincentio et Fravitta coss. Interpretatio. Bona eius, qui proscribi meruerit, intra biennium non competantur. si quis vero intra biennium proscripti bona petierit, quod meruerit, non valebit, quia solita misericordia nostra pietas commoveri et reddere, quae merito commota iussit auferri.*

¹¹⁰ Si rimanda alla discussione di CTh. 9.10.1 (a. 317?) offerta da D.A. WASHBURN, *Banishment* cit., 102, con bibliografia e *ibid.*, 139; lo Studioso osserva che, sebbene siano poco attestati dalle fonti personali ricchi che hanno conservato il loro patrimonio durante l'esilio, tuttavia si deve supporre che il governatore, tenendo conto della pressione sociale, in alcuni casi potrà avere inteso alleviare la durezza della sanzione attraverso alcune concessioni, in particolare di natura economica.

regno ispano-visigoto l'esecuzione della pena veniva demandata a funzionari dell'amministrazione (*dux, comes civitatis, iudex, saio*) e non mancavano esercizi non autorizzati del potere di comminare la sanzione dell'«esilio».¹¹¹ Peraltro la pena dell'*exilium*, che ricomprende nella prospettiva di Isidoro la *relegatio* e la *deportatio*, presenta una molteplicità di caratteristiche variabili e le sue *species* non sono univocamente delineate neppure nella documentazione raccolta nel *Breviarium Alaricianum*. Di conseguenza Isidoro, o una fonte intermedia di epoca tarda, potrebbe avere desunto l'osservazione inerente la *sententia* dalla prassi che riguarda l'*exilium*.¹¹²

5. IPOTESI SULLE FONTI E SUL MODO DI OPERARE DI ISIDORO.

Il contenuto del lemma 434 ha imposto di considerare con attenzione le fonti giuridiche. La glossa '*ut ait Orenius*' ha semplicemente rafforzato tale orientamento e l'ipotesi di Barthius di assegnare a Modestino il testo isidoriano ha riscosso, comprensibilmente, un vasto supporto anche da parte degli studiosi del diritto romano. È da escludere, tuttavia, che Isidoro abbia indicato Modestino nel proprio lemma,¹¹³ ciò che non confligge con il fatto che Wibier abbia addotto prove importanti a favore dell'esistenza del manoscritto compulsato da Barthius.¹¹⁴

L'analisi condotta sulle possibili fonti del lemma 434 non ha identificato alcuna coincidenza particolarmente significativa, contenutistica o formale, tra il testo isidoreo e passi di opere letterarie o giuridiche.¹¹⁵

Le fonti letterarie, salvo rare eccezioni tra le quali spicca Agostino, sono di frequente

¹¹¹ Vd. R. FRIGHETTO, *El exilio, el destierro y sus concepciones políticas en la Hispania visigoda: los ejemplos de Juan de Bicláro e Isidoro de Sevilla (siglos VI-VII)*, in M. VALLEJO GIRVÉS, J.A. BUENO DELGADO, C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *Movilidad forzada* cit., 117 s., che richiama anche il caso del presbitero di Cordova condannato dal vescovo, di cui tratta il Conc. II Hisp. c. 6 (a. 619).

¹¹² Cfr., ad es., un passo dall'anonima cronaca del secolo VII, che narra la vita dei vescovi della città di Mérida; *De vitis patrum Emeritensium* V.11.38-55, in part.: *Rex vero huiusmodi accipiens suggestionem talem dedit sententiam, ut cuncti omnibus patrimonis vel honoribus privati exilio multis vinculis ferreis constricti ligarentur*. L'esilio mediante *deportatio* può essere indicato dall'aggettivazione 'violento' o 'itinerante', secondo l'analisi di R. FRIGHETTO, *El exilio, el destierro* cit., 132. L'esilio colpisce di frequente le *élites*, e larga parte delle fonti parla di vescovi. Il patrimonio personale del vescovo usualmente formava un tutt'uno con il patrimonio della chiesa da lui retta; da ciò discende il fatto che non era necessario per gli imperatori confiscare i *bona* del vescovo bandito dalla propria sede, in quanto il grosso dei beni sarebbe comunque restato presso la comunità ecclesiale; così argomenta D.A. WASHBURN, *Banishment* cit., 132.

¹¹³ La presenza di un riferimento a Herennius Modestinus in Isidoro è implausibile in quanto incongruente con le sue modalità di citazione, con gli autori da lui citati e con la tradizione manoscritta delle *Differentiae*. "*Ut ait Orenius*" è da considerare una interpolazione avvenuta intorno al IX-X secolo. Vd. *supra* § 2.

¹¹⁴ Vd. M. WIBIER, *Orenius / Erennius / Herennius* cit.; vd. anche I. VELÁZQUEZ, *Revisiones de autor y de copistas en las obras de Isidoro de Sevilla. A propósito de la Historia Gothorum*, in *AntTard* 23, 2015, 67-79 e J. WOOD, A. FEAR (eds.), *Isidore of Seville and his Reception in the Early Middle Ages. Transmitting and Transforming Knowledge*, Amsterdam 2016.

¹¹⁵ La ricerca, infatti, non poteva che muoversi in ogni direzione. Si veda il rilievo metodologico recentemente ribadito da F. GASTI, *Fonti letterarie e fonti 'tecniche' nelle Etimologie di Isidoro di Siviglia*, in *Sileno* 42.1, 2016, 22: «non possiamo presupporre l'uso di una fonte a partire dai contenuti (per illustrare questioni fisiologiche relative al corpo umano sono utilizzate glosse di Servio o estratti di Lattanzio e Cicerone, e non soltanto autori tecnici di medicina)».

approssimative sotto il profilo giuridico;¹¹⁶ inoltre, per riferirsi alla condanna alla *deportatio* o alla *relegatio*, utilizzano un'ampia varietà di vocaboli o locuzioni, in larga parte non connessi alla radice dei vocaboli sopra indicati.¹¹⁷ Il confronto con le fonti letterarie ha consentito di apprezzare l'impostazione giuridica del lemma 434, nel contesto di un generale utilizzo «souvent vague et ambigu»¹¹⁸ del vocabolario, anche da parte della cancelleria imperiale, come si riscontra nel Teodosiano, e, in generale, nella letteratura giuridica tardoantica.¹¹⁹

Viceversa, ponendo a confronto i frammenti della giurisprudenza classica e gli estratti delle costituzioni imperiali con il contenuto e la forma del lemma, si rileva nel secondo un'impronta scolastica, una scelta tematica limitata e una minore caratura giuridica,¹²⁰ che non lo connotano come una citazione letterale di un testo giuridico, quanto piuttosto come una rielaborazione di un'opera giuridica. Nonostante la superficialità, il lemma 434 offre contenuti giuridici sostanzialmente corretti e congruenti tanto con una celere e superficiale considerazione del diritto classico quanto del diritto postclassico. Non deve essere trascurata l'assonanza formale e contenutistica riscontrata con alcuni frammenti tardoclassici, in particolare di Ulpiano.¹²¹ È il caso di D. 48.22.7 (Ulp. 10 *de off. proc.*) e di D. 48.22.14.1 (Ulp. libro ...).¹²²

In merito a questo secondo frammento ulpiano si provi a immaginare, a mero scopo esemplificativo, una rielaborazione quale la seguente. Isidoro – o la sua eventuale fonte – legge in Ulpiano '*multum interest inter relegationem et deportationem*' e rende con '*Inter eum qui in insulam relegatur et eum qui deportatur magna est differentia*'. Si è detto che la localizzazione sull'isola è funzionale alla struttura dell'opera e dunque questo porterebbe a propendere per una elaborazione operata da Isidoro sul testo dal quale attingeva, fosse il giurista classico o una fonte che lo ricalcava. Isidoro – o la sua fonte – legge in Ulpiano '*nam deportatio et civitatem et bona adimit, relegatio utrumque conservat, nisi bona publicentur*'. E rende: '*primo quod relegatum bona sequuntur nisi fuerint sententia adempta, deportatum non sequuntur, nisi palam ei fuerint concessa*'. La *sententia* è implicita nell'azione del *publicare*; e la rilevanza della *civitas* è mutata in epoca visigotica. Isidoro o la sua fonte può avere aggiunto l'osservazione connessa, che consiste in una deduzione tratta dai dati contenuti nel passo ulpiano: '*Ita fit ut relegato mentionem bonorum in sententia non haberi pro-*

¹¹⁶ *Deporto* e *relego* e i connessi sostantivi presentano un contenuto originario generico, non tecnico-giuridico; di conseguenza il loro impiego, soprattutto nelle fonti letterarie, ma non soltanto, non presenta valenza giuridica.

¹¹⁷ Ammiano Marcellino, ad esempio, impiega i verbi *exterminare*, *contrudere*, *exsulare*, *ablegare*; vd. *amplius* M. VALLEJO GIRVÉS, *In insulam Deportatio* cit., 161.

¹¹⁸ R. DELMAIRE, *Exil, relégation, déportation* cit., 115.

¹¹⁹ Vd. C.Th. 16.5.58 (a. 415), dove non si distingue tra *relegatio* e *deportatio*; su questa costituzione vd. R. DELMAIRE, *Exil, relégation, déportation* cit., 116.

¹²⁰ A conferma di una marginale rilevanza giuridica del lemma isidoreo segnalo che esso non è considerato in due articoli che affrontano *ex professo* il tema della *deportatio* e i connessi aspetti patrimoniali: B. SANTALUCIA, *La situazione patrimoniale* cit., 173 ss.; M. RAVIZZA, *Governatore provinciale e deportatio in alcuni passi di Ulpiano*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli 2010, 219 ss.

¹²¹ Si ricordi, inoltre, l'analogia strutturale con alcune *differentiae* di Modestino (ad esempio D. 8.3.12 e D. 50.16.101 pr.), peraltro dettate dalla conformazione propria della *differentia*, dunque, anche in questo caso, non pienamente probante ai fini di asserire una relazione tra testo giurisprudenziale e lemma isidoreo.

¹²² Vd. *supra* ntt. 40 e 45.

sit, deportato noceat. Al riguardo è assai suggestiva la simiglianza segnalata con il frammento di Modestino D. 35.1.52, che però non riguarda il contenuto giuridico ma l'argomentazione. Infine, attingendo da altra fonte, non necessariamente giuridica, Isidoro può avere completato il lemma con la sezione restante, che torna a porre in rilievo l'isola, a partire dalla *loci qualitas*.

I chiarimenti giuridici offerti dal lemma sono utili sia per la comprensione di un testo giuridico, sia per la comprensione di un testo letterario, sia per l'attività di una sede vescovile, sia per affrontare il contesto politico coevo a Isidoro. L'attenzione di Isidoro per queste pene può essere motivata da numerose ragioni legate alla sua contemporaneità e alla sua attività. L'*exilium* e le forme connesse di *deportatio* e *relegatio* colpiscono i membri dell'*élite* accusati di cattiva condotta politica nel regno ispano-visigoto; i vescovi potevano essere chiamati dal re a giudicare crimini politici contro l'autorità regia, nei quali l'*exilium* era una pena contemplata e alternativa alla condanna a morte.¹²³ La pena è comminata, inoltre, agli ecclesiastici, in particolare ai vescovi, come conseguenza di molteplici accuse, in *primis* quella di eresia.¹²⁴ Le pene colpiscono anche i santi, dunque ricorrono nelle fonti cristiane, che affrontano queste situazioni di allontanamento forzato sotto diversi punti di vista.¹²⁵ Isidoro stesso, ad esempio, narra del sovrano ariano Leovigildo che *plurimos episcoporum exilio relegavit* (Isid., *hist. Goth.* 50);¹²⁶ il lessico che egli impiega si ritrova in provvedimenti imperiali raccolti nel *Breviarium Alaricianum*. Il fratello di Isidoro, il vescovo Leandro, conobbe un allontanamento.¹²⁷

Isidoro attinge dalla propria memoria e dai propri appunti di studio e lettura e dalla

¹²³ Vd. R. FRIGHETTO, *El exilio, el destierro* cit., 111-134.

¹²⁴ Il saggio di R. DELMAIRE, *Exil, relégation, déportation* cit., 115-132 (in part. 125-132), riporta un utile prospetto della legislazione imperiale tardoantica inerente *exilium*, *relegatio* e *deportatio*, indicandone data, riferimento, delitto, formulazione della pena; possiamo così dedurne alcuni dati quantitativi e rilevare che l'attività sanzionata inerisce tematiche quali il clero, l'eresia, la circoncisione, l'astrologia, il secondo battesimo, i sacrifici, il paganesimo, il rispetto dei privilegi delle chiese, le vergini consacrate, problematiche religiose in almeno 25 costituzioni su 48 che infliggono l'*exilium*, in almeno 12 su 56 che sanzionano con *deportatio*, almeno una su 13 dove compare la *relegatio*. Sull'esilio dei vescovi vd. M. VALLEJO GIRVÉS, *In insulam Deportatio* cit., 153-167; EAD., *Obispos exiliados: Mártires políticos entre el concilio de Nicea y la eclosión monofisita*, in E. REINHARDT, *Tempus Implendi Promissa. Homenaje al Prof. Dr. Domingo Ramos-Lissón*, Pamplona 2000, 507-533.

¹²⁵ Si vedano le considerazioni e gli esempi tratti dalle fonti contenuti nel saggio di PH. BLAUDEAU, *L'exil des évêques durant l'Antiquité tardive, enseignements d'un dénuement d'abord contraint. L'exemple de Dioscore d'Alexandrie*, in E. PINTO-MATHIEU (dir.), *Vertu du dénuement*, Rennes 2017, 19-29. Una panoramica, nella quale si può inquadrare il lemma isidoreo, è offerta dal volume PH. BLAUDEAU (éd.), *Exil et relégation* cit. (in particolare i saggi di P. VAN NUFFELEN, Y.-M. BLANCHARD, H. MÉNARD, E. WIRBELAUER, PH. BLAUDEAU, F. PRÉVOT-V. GAUGE, L. PERRONE). Vd., inoltre A. FERNÁNDEZ DELGADO, *Capitis deminutio: Exile, banishment and punishments to ambassadors during Justinian's era*, in Porphyra. Confronti su Bisanzio 1, 2013, 40-61; A. FERNÁNDEZ DELGADO, *Exceptis excipendis: exilium, relegatio, deportatio y confinatio de legati romanos durante el "largo" siglo VI*, in M. VALLEJO GIRVÉS, J.A. BUENO DELGADO, C. SÁNCHEZ-MORENO ELLART, *Movilidad forzada* cit., 177 ss.

¹²⁶ R. FRIGHETTO, *El exilio, el destierro* cit., 122, osserva che i vescovi cattolici subirono l'esilio tramite *relegatio*, implicante una perdita parziale dei beni e un allontanamento temporaneo e reversibile; di contro gli aristocratici subivano proscrizioni che comportavano la perdita completa del patrimonio e l'invio in luoghi remoti.

¹²⁷ Sulla condanna all'esilio o la scelta dell'esilio vd. la discussione e l'approfondimento di M. VALLEJO GIRVÉS, *Los exilios de católicos y arrianos bajo Leovigildo e Recaredo*, in *Hispania sacra* 55, 2003, 37.

messe di testi contenuti nella fornita biblioteca episcopale sivigliana, arricchita anche dal contributo di Leandro, fratello maggiore di Isidoro e vescovo prima di lui.¹²⁸ Si tratta di fonti molteplici e di varia natura, dai testi originali degli autori letterari alle fonti giuridiche indicate nei *Versus in bibliotheca*, dai manuali ai florilegi. Queste due ultime tipologie di fonti sono di frequente anonime, sostanzialmente compilatorie e in larga parte perdute, anche perché integrate e assorbite nelle opere ricognitive dello stesso Isidoro, che divengono a loro volta – in particolare le *Etymologiae* – il testo di riferimento di una molteplicità di saperi nei secoli successivi. Il lemma 434, perciò, può essere stato ricavato da una fonte o più fonti per noi sconosciute ovvero essere stato creato da Isidoro, rielaborando in modo più o meno autonomo le varie fonti a sua disposizione. Nel secondo caso, egli può avere trovato materiale da costruzione nelle fonti giuridiche disponibili nella biblioteca di Saragozza, oltre che in quelle letterarie, come si è mostrato attraverso lo spoglio delle fonti giuridiche che Isidoro ricorda conservate nella biblioteca.¹²⁹

Si è veduto che tra i materiali disponibili nella biblioteca vescovile Isidoro trova le semplici proposizioni delle *Pauli Sententiae* e i testi imperiali del *Codex Theodosianus*. Ad esempio, per comporre la parte del lemma 434 relativa ai *bona*, si segnalano Paul. Sent. 5.23.11(10): *'in insulam bonis ademptis deportatur'* e CTh. 3.10.1: *'amissionem bonorum et poenam deportationis subiturum'*. Per le indicazioni sulla gradazione delle pene e sul *summum supplicium*, cui

¹²⁸ Vd. Isid., *ep.* 6 (*ad Braulionem de Etymologiarum libris*): *En tibi, sicut pollicitus sum, misi opus de origine quarundam rerum ex veteris lectionis recordatione collectum atque ita in quibusdam locis adnotatum, sicut extat conscriptum stilo maiorum*. In merito alle opere degli autori classici che egli può avere letto integralmente, ma cita, prevalentemente, attingendo ai commentari ad esse dedicate vd. C. CODOÑER in ISIDORO DE SEVILLA, *Diferencias*, 1 cit., 27, che afferma «que las citas de autores clásicos no son incorporadas por Isidoro a sus escritos partiendo de la fuente directa: la obra del autor»; tuttavia «el texto clásico de donde procede la cita puede muy bien haber sido leído por Isidoro».

¹²⁹ Tra i profili di originalità di Isidoro, oltre all'ordine dato alla successione dei lemmi (vd. *supra* § 1), vi è indubbiamente la selezione delle fonti (come già rimarcava J. FONTAINE, *Problèmes de méthode dans l'étude des sources isidorienues*, in *Isidoriana: colección de estudios sobre Isidoro de Sevilla*, León 1961, 115-131, in part. 123) e, all'interno delle fonti, la selezione dei contenuti, l'utilizzo per fini differenti da quelli del contesto originale, la rielaborazione della loro forma.; vd. S. PIETRINI in R. MARTINI, S. PIETRINI, *Cognizioni giuridiche* cit., 78 s.: «per quanto concerne le fonti giuridiche (che si riesce talora a rintracciare abbastanza agilmente e) da cui egli, nel corso del tempo, aveva appreso i vari concetti esposti nell'enciclopedia, non vedo perché non possa pensarsi, almeno in alcuni casi, ad un utilizzo diretto di esse, o anche di più tarde 'edizioni' o rielaborazioni, che ben potevano, tuttavia, essere abbastanza fedeli, nel contenuto, alle opere più antiche. Dove il diritto delle *Etymologiae* si allontana, per quello che ci è dato vedere, dai testimoni isidoriani noti può, pur con molta prudenza, supporre, allora, un intervento consapevole del loro autore (un personaggio che doveva possedere una cultura vastissima), intervento volto a dare conto di alcuni cambiamenti avvenuti nella esperienza giuridica della sua età». Cfr. anche R. MENTXAKA, *Delitos contra la moral sexual en la Etimologías de Isidoro*, in *Labeo* 44, 1998, 77-85, in part. 84, che afferma che la sensibilità cristiana ha influenzato Isidoro nella selezione e nella stesura delle sue pagine sul tema dei reati contro la morale sessuale. F.J. ANDRÉS SANTOS, *Derecho y jurisprudencia* cit., 158 s. sottolinea invece la marcata tendenza antiquaria di Isidoro, attento a offrire una rappresentazione delle istituzioni romane piuttosto che di quelle del proprio tempo, attingendo a materiale della antichità classica piuttosto che a testi «de su entorno jurídico»; vd. J. DE CHURRUCA, *Presupuestos para el estudio de las fuentes jurídicas de Isidoro de Sevilla*, in *AHDE* 43, 1973, 429-443, in part. 431; ID., *Las instituciones* cit., 136; F.J. ANDRÉS SANTOS, *San Isidoro de Sevilla* cit., 89-107, in part. 92. Vd. anche quanto osserva P. BIAVASCHI, *La 'Christiana societas'* cit., 116 sul diritto romano, quale consegnato da Isidoro al lettore delle *Etymologiae*: «un miscuglio di pochi elementi romani classici, di molti postclassici e di tracce evidenti di volgarismo, [...] avulso dalla categoria temporale, insensibile rispetto all'evoluzione cronologica, caratterizzato da una sorta di validità morale perpetua, un insegnamento per molti aspetti vitale anche per il suo presente».

si approssima la *deportatio* in luoghi particolarmente inospitali, vd. ad es. Paul. Sent. 5.17.2: '*Summa supplicia sunt crux crematio decollatio: mediocrium autem delictorum poenae sunt metallum ludus deportatio: minimae relegatio exilium opus publicum vincula*'.¹³⁰

Sebbene si possa proporre tale ipotesi, anche in ragione del fatto che le opere giuridiche erano conservate nella biblioteca di Isidoro, non siamo però in grado di provare che egli le abbia utilizzate direttamente, almeno per quanto riguarda la stesura del lemma 434. Di contro, è stato mostrato come Isidoro non abbia attinto alle Istituzioni di Gaio, ma si sia servito di una fonte intermedia,¹³¹ senza avere, forse, la piena consapevolezza (e, comunque, senza dare peso al fatto) di non impiegare il testo originale. Paralleli interessanti, dei quali è utile tenere conto, derivano dagli studi che affrontano l'uso da parte di Isidoro della dossografia, filone che ricomprende opere di divulgazione – superficiali e con imprecisioni e fraintendimenti – della filosofia antica.¹³² Isidoro, peraltro, predilige opere 'intermedie', come i commentatori (anche importanti, quali Servio), i compendiatori enciclopedici, a partire da Gellio – con i 20 libri (il numero dei libri è significativo) delle *Noctes Atticae*, che, come noto, affrontano letteratura e linguistica, insieme a filosofia, diritto, aritmetica, medicina, storia, con dovizia di informazioni e citazioni – fino a Nonio e a Macrobio.¹³³

In merito agli autori giuridici Andrés Santos ha ribadito l'esclusione dell'ipotesi che Isi-

¹³⁰ R. MENTXAKA, *Algunas consideraciones sobre los crimina* cit., 420 non esclude che le *Pauli Sententiae* possano essere state la «fuente concreta la que se ha tenido presente a la hora de redactar los lemas» delle *Etymologiae*; per portare alcuni esempi la Studiosa richiama Paul. Sent. 5.26.3 (Brev. 5.28.3) per *vis privata* (etym. 5.26.5) e Paul. Sent. 5.26.1 (Brev. 5.28.1) per *vis publica* (etym. 5.26.6), e tuttavia pare propendere per la possibilità di un utilizzo da parte di Isidoro e della sua *équipe* (che sarebbe all'opera per la stesura delle *Etymologiae*, secondo l'ipotesi di Fontaine) di una fonte intermedia. Tra i lavori di J. FONTAINE vanno ricordati *Isidore de Séville et la culture classique dans l'Espagne wisigothique*, 1-2, Paris 1959; ID., *Problemes de methode dans l'étude des sources isidorienne*, in *Isidoriana (Estudios sobre San Isidoro de Sevilla en el XIV centenario de su nacimiento)*, Leon 1961, 115-131; ID., *Isidorus Varro Christianus*, in *Bivium. Homenaje a M.C. Díaz y Díaz*, Madrid 1983, 89-106; ID., *Isidore de Séville. Genèse et originalité de la culture hispanique au temps des Wisigoths*, Turnhout 2000.

¹³¹ J. DE CHURRUCA, *Las instituciones* cit., 136 ss. ritiene certo, almeno per la stesura di etym. 9.4.49-50, l'impiego da parte di Isidoro di una fonte intermedia, un'opera scolastica di epoca tarda, di carattere antiquario piuttosto che giuridico, di qualità modesta e caratterizzata da incomprensioni e semplificazioni, realizzata da un autore non giurista che ha impiegato vocaboli e periodare che ricalcano le Istituzioni di Gaio. Vd. una prospettiva in parte differente in M. LEMOSSE, *Technique juridique et culture selon Isidore de Seville*, in RHD 79, 2001, 139 ss., il quale sostiene che Isidoro non ha consultato la compilazione giustiniana, ma ha attinto alle proprie conoscenze che si rifanno alla consultazione diretta di giuristi classici, Gaio incluso.

¹³² F. GASTI, *Fonti letterarie* cit., 27: «non possiamo sottovalutare il discorso della presenza e dell'emergenza sporadica di filoni di pensiero – la dossografia in campo filosofico non ne è che un esempio, sebbene molto significativo – non perfettamente riconducibili a un autore o a un'opera e che pertanto non possono assumere, se non genericamente, lo statuto di fonte. Si tratta cioè del problema difficilmente dominabile delle fonti intermedie e di tradizioni che riproducono concetti non precisamente riconducibili a formulazioni d'autore. Possiamo immaginare estremamente attivo tale filone, per esempio nella manualistica tecnica, così varia e diffusa in vari campi anche prima dell'età imperiale – dalla grammatica alla medicina, dalla giurisprudenza alla *naturalis historia* in senso lato – e senz'altro presente a Isidoro. Anche per l'emergenza di questo tipo di apporti, ogni *conspectus fontium* dell'enciclopedia isidoriana è sempre più reticente di quanto la ricerca sembra di assicurare».

¹³³ Cfr. la recente discussione sulla conoscenza di Ovidio da parte di Giovanni Lido attraverso una fonte dossografica offerta da G. ROTA, *Ovidio a Costantinopoli nel VI secolo? A margine di un inserto dei Fasti ovidiani nel De mensibus di Giovanni Lido* (*Lyd. Mens. 4,2 e Ov. Fast. 1,103*), in *Paideia* 72, 2017, 293-312.

doro abbia utilizzato direttamente giuristi classici; tale esclusione si basa su molteplici ragioni, quali la difficoltà della trasmissione delle loro opere, l'atteggiamento verso esse di Isidoro e la sua formazione. Anche per i contenuti giuridici sarà dunque da considerare l'ipotesi dell'impiego da parte di Isidoro di un compendio o un florilegio, ricordando i manuali introduttivi e le miscellanee giuridiche postclassiche pervenuteci, tra cui i *Tituli ex corpore Ulpiani* e la parafrasi di Autun delle Istituzioni di Gaio, insieme ai glossari attribuiti a Filosseno, Cirillo, Placido, Ansileubo.¹³⁴

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Il lemma 434 è concepito in funzione del ruolo di cerniera che svolge tra lemmi di tema giuridico e lemmi di tema acquatico; lo conferma la scelta di trattare specificamente della *relegatio* e della *deportatio* scontate su un'isola, tralasciando le altre località che il diritto romano contempla per scontare tali pene. Il lemma è strutturato mediante la giustapposizione di due *differentiae* che distinguono chi è relegato da chi è deportato in un'isola. La prima verte sui *bona*, e rivela una caratura giuridica anche nel corollario inerente la *sententia*. La seconda *differentia*, introdotta da *'item'*, riguarda la *loci qualitas* e ha una impronta retorica.

Le opzioni che si pongono in quanto alla composizione del lemma, all'utilizzo delle fonti (non individuate univocamente) e alla rilevanza dell'intervento di Isidoro sono numerose.

Isidoro potrebbe avere redatto la prima parte attingendo a una fonte perduta, a noi ignota, che affrontava, semplificando, alcuni contenuti giuridici, analogamente a quanto dimostrato da De Churruca in relazione all'utilizzo da parte di Isidoro di una rielaborazione scolastica tarda delle Istituzioni di Gaio, a noi non pervenuta.¹³⁵ Nel caso del lemma 434, in ragione di assonanze sistematiche e contenutistiche con alcuni frammenti ulpiane (e marcianei, in part. D. 48.22.4), si può pensare a un'origine tardoclassica dei contenuti originari, trasmessi da una fonte intermedia, piuttosto che a una rielaborazione effettuata da Isidoro attingendo direttamente dai testi dei giuristi classici, che tuttavia, come sopra argomentato, non può essere esclusa.

Alla fonte intermedia potrebbe ascriversi anche la notazione in merito alla *sententia* che menziona i *bona*. Qui la eco di Modestino potrebbe essere colta nel modo di ragionare. La notizia inerente la sentenza che toglie i beni al relegato si inquadra comunque nell'ordinamento romano di fine II e inizio III secolo, come mostra Ulpiano (D. 48.22.7.4) e come si legge nelle *Pauli sententiae*.¹³⁶ La parte della notazione riguardante la *sententia* che stride maggiormente con il diritto tardoclassico riguarda l'assegnazione di *bona* al *deportatus*: essa, però, potrebbe essere stata suggerita da esigenze di simmetria interne al lemma isidoro, senza escludere la possibilità di un aggiornamento tardoantico dei contenuti tardoclassici, risalente alla eventuale fonte intermedia.¹³⁷

La seconda parte del lemma 434, inerente la *loci qualitas*, può essere stata composta dallo stesso Isidoro, può derivare da una fonte retorica ovvero ritrovarsi in una fonte in-

¹³⁴ F.J. ANDRÉS SANTOS, *Derecho y jurisprudencia* cit., 160 s.

¹³⁵ Vd. anche R. MENTXAKA, *Algunas consideraciones sobre Isidoro* cit., la quale propende per l'impiego da parte di Isidoro di un manuale giuridico di epoca postclassica.

¹³⁶ La perdita dei beni in connessione alla *relegatio*, al *relegatus* o al verbo corrispondente si trova, ad esempio, in Paul. Sent. 2.26.14, 5.22.2, 5.22.3, 5.23.4, 5.23.14, 5.25.8, 5.26.3, 5.30b.1.

¹³⁷ Cfr. J. DE CHURRUCA, *Las instituciones* cit., 108 ss., 116 sulla mancanza di dati per ascrivere a Isidoro o all'autore 'intermedio' l'impostazione lessicografica.

termedia di impronta lessicografica. Il profilo della qualità del luogo di esecuzione della pena, peraltro, pur presente in alcune fonti giuridiche, è assai più rilevante, per quantità di occorrenze e per enfasi, nelle fonti letterarie.

Si riscontra, inoltre, una diversa modalità espressiva adottata nella prima e nella seconda parte, ciò che può rispecchiare l'utilizzo di due (o più) fonti differenti, ma anche un differente apporto all'elaborazione e nella scrittura dello stesso Isidoro: la prima parte è più asciutta e lineare; la seconda è più ricca di colore e ha un giro di frase maggiormente elaborato.¹³⁸ Isidoro ha legato le due caratteristiche differenziali e le ha disposte nell'ordine che leggiamo tenendo conto della posizione di confine del lemma 434, collocato come ultimo tra i lemmi di argomento giuridico, immediatamente prima di quelli di tema acquatico. La seconda parte del lemma, infatti, è funzionale all'ordinamento complessivo dell'opera, nel quale si riflette, in modo rilevante, l'autorialità di Isidoro.

Il contenuto giuridico, pur nella sua incompletezza e superficialità – comprensibili nel contesto di un'opera non giuridica – è sostanzialmente corretto e tale da garantire un primo efficace orientamento al lettore del patrimonio classico e tardoantico, sia esso letterario che giuridico, sia per un intento culturale che per una necessità pratica e amministrativa. Questo obiettivo risponde all'intento delle *Differentiae* di Isidoro, che ragionano di idee e vocaboli propri di una cultura con la quale il futuro vescovo ritiene fondamentale mantenere vivo il dialogo, anche per motivi identitari. Attraverso la specifica considerazione di *crimina* e pene, inoltre, il lemma 434 mostra la permanenza della cultura giuridica romana generalmente considerata classica nel sostrato culturale cui Isidoro attinge e che egli trasmette alla cultura medievale.

¹³⁸ Fuori dall'ambito giuridico si veda, tra i numerosi esempi possibili per un confronto, *etym.* 11.1.39, studiato da F. GASTI, *Cicerone in Isidoro: a margine di Etym. 11,1,39*, in *Vigiliae Christianae* 50, 1996, 387-400; Isidoro opera un sapiente incastro di fonti letterarie, impiegando, fondendole, una glossa etimologica di Servio (*ad Aen.* 4.30), una osservazione di Lact., *opif.* 10.2 e, per la frase conclusiva, il testo di Cic., *nat. deor.* 2.143. Le fonti appartengono a molteplici tradizioni di pensiero, che vanno da quella esegetico-grammaticale a quella filosofica e naturalistica, abbracciando, in questa sezione delle *Etymologiae*, anche il più evanescente filone tecnico inerente l'ambito medico e veterinario, che possiamo agevolmente porre a fianco – per il lemma di nostro interesse – del filone tecnico-giuridico.

PIETRO CERAMI
(Università di Palermo)

‘Ius est ars boni et aequi’.
Un riesame della definizione celsina

ABSTRACT

This paper reassesses the well-known definition of *‘ius’* by Iuventius Celsus filius taking into account some studies published since 1985, notably by Gallo, Voci and Schiavone.

PAROLE CHIAVE

Definizione; *ars e scientia*; *bonum et aequum*; *permutatio e doctrina legum*.

‘IUS EST ARS BONI ET AEQUI’. UN RIESAME DELLA DEFINIZIONE CELSINA*

SOMMARIO: 1. Premessa: obiettivi del contributo. – 2. Contenuto e articolazione della monografia ‘*La concezione celsina del «ius»*’. – 3. I numerosi contributi di Filippo Gallo: i punti fondamentali. – 4. Il pensiero di Gallo nella sintesi interpretativa di Lelio Lantella. – 5. Il contributo di Pasquale Voci. – 6. Il contributo di Aldo Schiavone. – 7. Il Convegno su ‘Celso teorico del diritto’. – 8. Analisi dei punti fondamentali della definizione celsina e delle sue diverse interpretazioni: la natura della *definitio*. – 9. Identificazione del *definiendum*. – 10. Il senso del segno ‘*ars*’. – 11. L’endiadi ‘*bonum et aequum*’. – 12. L’asserito «accantonamento» della definizione celsina. – 13. ‘*Permutatio*’ e ‘*doctrina*’ *legum*. – 14. Riflessioni conclusive: conferma dei principali risultati dei precedenti scritti. – 15. Continua: precisazioni e integrazioni di alcuni punti della ricerca del 1985. – 16. Continua: esegesi di brani non esaminati o soltanto citati nella monografia del 1985 e negli altri scritti.

1. PREMESSA.

La celebre e dibattuta definizione celsina ‘*ius est ars boni et aequi*’, a noi pervenuta grazie ad un frammento delle *Institutiones* di Ulpiano, collocato dai compilatori giustinianeici all’inizio dei *Digesta*, era stata già oggetto di una mia monografia intitolata ‘*La concezione celsina del «ius»*. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche’:¹

D. 1.1.1 pr. (Ulp. 1 *inst.*) *Iuri operam daturi prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. Est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi.*

La citata monografia si inseriva in un indirizzo della dottrina romanistica del tempo (1985), volto ad integrare la prospettiva “oggettivistica” del Riccobono senior (configurazione della definizione celsina come tappa conclusiva di un grande movimento storico del diritto compiutosi nel corso di più di quattro secoli),² con una prospettiva “soggettivisti-

* Dedico il presente contributo al prof. Matteo Marrone per il Suo novantesimo compleanno.

¹ P. CERAMI, *La concezione celsina del «ius»*. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche. I. *L’interpretazione degli atti autoritativi*, in AUPA 38, 1985, 5-250.

² S. RICCOBONO, *La definizione del ‘ius’ al tempo di Adriano*, in BIDR 53-54, 1948, 5-79. Mi sembra fondata, in ogni caso, l’idea di fondo del Maestro iatino, volta ad evidenziare il radicamento del *bonum et aequum* nella tradizione romana. Cfr., in tal senso, P. VOCI, “*Ars boni et aequi*”, in Index 27, 1999, 1 ss.; ora in R. ASTOLFI, (a cura di), *Pasquale Voci. Ultimi scritti di diritto romano*, Napoli, 2007, 289, 291, nt. 3 (cfr., *infra*, § 11). Vedi pure F. GALLO, *Sulla definizione celsina del diritto*, in SDHI 53, 1987, 7-52; ora in F. BONA, M. MIGLIETTA (a cura di), *Filippo Gallo, Opuscula selecta*, Padova 1999, 586 s., 591.

ca”, incentrata sull’analisi della personalità e dell’opera di Celso.³ Era, appunto, questo il senso del sottotitolo ‘*Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*’. Successivamente alla monografia del 1985, la definizione celsina è stata oggetto di ulteriori e differenziate interpretazioni, soprattutto ad opera di Filippo Gallo,⁴ di Pasquale Voci⁵ e di Aldo Schiavone.⁶ Si aggiunga, inoltre, che nel 2015, per iniziativa di Filippo Gallo, si è svolto a Torino un Convegno su “Celso teorico del diritto”, al quale parteciparono, con specifiche relazioni, assieme allo stesso Gallo, Massimo Miglietta, Francisco Cuena Boy, Luigi Garofalo, Cosimo Cascione, Antonio Palma e Gastone Cottino.⁷

Traendo spunto dai nuovi contributi, e soprattutto dai numerosi scritti di F. Gallo, ho ritenuto opportuno procedere ad una rimeditazione della definizione celsina, allo scopo di vagliare, soprattutto alla luce delle considerazioni svolte dal Maestro torinese, i punti fondamentali della ricerca del 1985. L’*iter* argomentativo del presente contributo sarà il seguente. Muoverò, in chiave preliminare, da una breve sintesi del contenuto e dell’articolazione della menzionata monografia [§ 2]. Procederò poi alla esposizione e alla discussione della tesi di F. Gallo [§ 3], tenendo anche conto della sintesi interpretativa approntata da Lelio Lantella [§ 4]; e, subito dopo, dei contributi di Pasquale Voci [§ 5], di Aldo Schiavone [§ 6] e dei partecipanti al Convegno “Celso teorico del diritto” [§ 7]. Esaminerò successivamente i punti fondamentali della definizione celsina alla luce delle diverse ricerche effettuate in dottrina, con specifico riferimento alla natura della *definitio* [§ 8], alla

³ Mi riferisco, specificamente, ai contributi di Wieacker, Bretone, Casavola, Reggi, Albanese, Hausmaninger, Scarano Ussani, già menzionati in P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 5, nt. 1. In particolare, V. SCARANO USSANI è tornato ad occuparsi della definizione del *ius* e, più in generale, del pensiero di Celso in altri tre contributi, successivi ai suoi *Studi su Nerazio e Celso* del 1979: *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989, 91-138; *L’ars dei giuristi. Considerazioni sullo statuto metodologico della giurisprudenza romana*, Torino 1997, 111-149; *L’arcaismo di Iuvenius Celsus*, in *Ostraca. Rivista di antichità* 4, 2005, 67-90, ripubblicato, con qualche modifica, nel volume V. SCARANO USSANI, *Disciplina iuris e altri saperi*, Napoli 2012, 175-220. I principali punti dell’analisi di Scarano Ussani saranno richiamati nei successivi paragrafi.

⁴ F. GALLO, *Sulla definizione celsina* cit., 553-604; ID., *Sulla definizione del diritto*, in *Atti Accad. di Scienze di Torino* 123, 1989, 15-34, ora in *Opuscula selecta*, cit. 669-693; ID., *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in *SDHI* 54, 1988, 1-32, ora in *Opuscula selecta*, cit. 605-648; ID., *Fondamenti romanistici del diritto europeo: a proposito del ruolo della scienza giuridica*, in M. P. BACCARI e C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e costituzione*, II, Napoli 2006, 1949-1987; ID., *Travisamento del lascito del diritto romano*, in *Fides Humanitas Ius. Studi in onore di L. Labruna*, III, Napoli, 2006, 2007-2036; ID., *La ‘verità’: valore sotteso alla definizione celsina del diritto*, in *Diritto@Storia* 7, 2008; *‘Ars boni et aequi’ e ‘ius naturale’*, in *SDHI* 75, 2009, 15-42; ID., *L’eredità perduta del diritto romano: introduzione al tema*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano 2009, 139-158; ID., *La definizione celsina del diritto nel sistema giustiniano e la sua successiva rimozione dalla scienza giuridica: conseguenze persistenti per concezioni e dottrine del presente*, in *TSDP* III, 2010, 32-65; ID., *Celso e Kelsen*, Torino 2010, 1-138; ID., *La legum permutatio giustiniana: rivoluzione giuridica ignorata della nostra tradizione: introduzione al tema*, in *Estudios Juridicos en homenaje al profesor Alejandro Guzman Brito*, II, Alessandria, 2011, 527-543; ID., *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell’artificialità del diritto*, Torino 2012; ID., *Obiettivi del Convegno: Valore perdurante dei criteri del ‘bonum et aequum’*, entrambi in G. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto* (volume citato infra, nt. 7).

⁵ P. VOCI, “*Ius est ars boni et aequi*” (*Ultimi scritti*) cit., 289-313.

⁶ A. SCHIAVONE, *Ius. L’invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2005, 361-389.

⁷ L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto*, in *L’arte del diritto. Collana diretta da L. Garofalo*, 32, Napoli 2016, 1-272; volume recensito da M. VARVARO, in *SDHI* 83, 2017, 765-771; v. pure L. SOLIDORO, *Sull’attualità del pensiero celsino*, in *TSDP. Riv. intern. online* 8, 2017.

identificazione del *definiendum* [§ 9], al senso del segno ‘*ars*’ [§ 10], all’endiadi ‘*bonum et aequum*’ [§ 11], all’asserito accantonamento della definizione celsina [§ 12], e alla incidenza della ‘*legum permutatio*’ e della ‘*legum doctrina*’ di Giustiniano [§ 13]. Completeranno il riesame in oggetto alcune riflessioni conclusive, volte a ribadire, da un lato, i principali risultati dei precedenti scritti [§ 14], e a precisarne, dall’altro, alcuni punti, integrandoli con l’esegesi di alcuni frammenti non esaminati o soltanto citati prima del presente riesame [§§ 15-16].

2. CONTENUTO E ARTICOLAZIONE DELLA MONOGRAFIA ‘*LA CONCEZIONE CELSINA DEL «IUS»*’.

La monografia del 1985 non si limitava all’esegesi della definizione celsina, menzionata da Ulpiano nell’esordio del primo dei suoi due *libri Institutionum*, ma si estendeva all’individuazione delle basi culturali (ravvisate principalmente nel neo-scetticismo di Ene-sidemo e nell’indirizzo metodico-empirico della medicina) e dei profili metodologici (assunzione del fine – *télos* – non come valore ontologico o assiologico, ma come strumento operativo di un complesso di attività pragmatiche, esclusive e identificative di una determinata *ars*) del pensiero del giurista adrianeo; basi e profili desumibili soltanto dall’insieme dei frammenti delle sue opere a noi pervenuti, in considerazione del fatto che Ulpiano si è limitato (quanto meno nella versione trasmessaci dai compilatori dei *Digesta*) alla semplice citazione della definizione del *ius*, senza alcuna indicazione dell’opera e del libro.⁸ È ben verosimile, però, che Celso abbia tratto spunto da un caso di specie sottoposto al suo parere. Specificamente, la monografia in questione consta di tre capitoli. Il primo, intitolato ‘La definizione del «*ius*»’ (p. 7-28), verte sul significato del termine *definiendum* ‘*ius*’ e dei termini *definientes* ‘*ars*’, ‘*bonum*’, ‘*aequum*’. Il *definiendum*, nel contesto della definizione celsina, denota “unitariamente” i diversi aspetti del fenomeno giuridico: creazione (costituita dalle diverse ‘*viae iuris constituendi*’: D.1.2.2.12), interpretazione, applicazione. I segni ‘*definientes*’ denotano l’attività teorico-pratica costituita da un fine specifico: *bonum et aequum*; segni, questi, fra loro complementari, che sottendono ed esprimono l’idea di un duplice equilibrio: a) il massimo raccordo possibile fra l’interesse generale e gli interessi dei singoli (*bonum*); b) l’equilibrato raccordo fra i contrapposti interessi dei soggetti coinvolti in rapporti di diritto privato o di diritto pubblico (*aequum*).⁹ Ne consegue che la definizione celsina è ascrivibile non già allo schema della definizione ontologica, bensì a quello della definizione teleologica, giacché non determina l’*essentia iuris*, ma si limita ad indicare soltanto il fine specifico cui deve tendere il diritto. Il secondo capitolo, intitolato ‘La giuridicità come «normalità». Natura e *ratio*’ (p. 28-100), verte sulla configurazione celsina della giuridicità in termini di descrittiva e concreta «normalità», considerata e assunta sotto il duplice profilo della «naturalità» (tipicità di fatti e comportamenti secondo le comuni relazioni economico-sociali) e della «razionalità» (congruenza di comportamenti, disposizioni e soluzioni con un determinato assetto economico-sociale). Il Terzo capitolo, intitolato ‘L’interpretazione degli atti autoritativi’ (p. 100-231), attiene alle specifiche operazioni gnoseologico-valutative, contraddistinte da una ‘*ratio disputandi*’ di tipo analitico-proble-

⁸ Sulle diverse ipotesi di inserimento del frammento nei diversi scritti di Celso cfr. P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 7, nt. 6.

⁹ Chiarisco ed integro, così – come preciserò meglio in seguito [§ 11] – un punto dell’originaria argomentazione, che aveva suscitato alcuni fraintendimenti.

matico-associativo e adoperate da Celso, per accertare, caso per caso, i limiti e le modalità di utilizzazione delle prescrizioni contenute in *leges publicae*, senatoconsulti, editti giurisdizionali, costituzioni imperiali, *regulae iuris*: atti autoritativi, questi, configurati ed assunti dal giurista adrianeo, come semplici “modelli” di soluzione dei singoli casi considerati. Nel paragrafo finale (§ 31) si preannunciava la pubblicazione di una seconda parte della ricerca, specificamente dedicata alla interpretazione degli atti negoziali, non realizzata per due fondamentali motivi. Anzitutto, perché, come si evince dal contenuto del terzo capitolo, l'interpretazione degli atti autoritativi risulta inscindibilmente condotta, nell'*iter* argomentativo di Celso, in stretta e inscindibile connessione con l'impostazione e la soluzione di specifiche fattispecie negoziali e processuali.¹⁰ Inoltre, e soprattutto, perché prima e dopo la pubblicazione della monografia, ho avuto modo di pubblicare diversi contributi, oltre che sulla natura e sulla struttura della definizione in questione, anche su specifiche fattispecie sostanziali e processuali dell'analisi giuridica di Celso.¹¹ Orbene, uno degli obiettivi del presente saggio è proprio quello di integrare – come ho già anticipato [§ 1] – la precedente ricerca, con specifico riferimento all'*iter* argomentativo svolto da Celso, in sede di analisi di alcune fattispecie, negoziali e processuali, sulla base dei criteri operativi del *bonum et aequum* additati nella sua definizione [§ 16].

3. I NUMEROSI CONTRIBUTI DI FILIPPO GALLO: I PUNTI FONDAMENTALI.

Come ho già premesso, fra i contributi apparsi dopo la monografia del 1985 assumono particolare rilievo quelli di Filippo Gallo, pubblicati fra il 1987 e il 2015, anno del già menzionato Convegno torinese «Celso teorico del diritto» [§ 1, nt. 7]. I punti fondamentali della tesi del romanista torinese appaiono nettamente formulati nel suo primo contri-

¹⁰ Basta sfogliare l'Indice degli argomenti per constatare l'ampio spettro dei profili negoziali e processuali coinvolti nell'analisi dei diversi atti autoritativi: *pacta, res creditae, testamenta, legata, stipulatio, tutela, pecunia constituta, possessio, manumissiones, iura prediorum, condictio, litis contestatio*, etc.

¹¹ P. CERAMI, *Verba e voluntas in Celso figlio*, in *Studi in onore del prof. Andrea Arena*, Palermo 1979, 3-10 (dell'estratto); *D.39.5.21.1 (Cels. 28 dig.) (Una controversa testimonianza celsina in tema di 'delegatio promittendi donationis causa')*, in SDHI 44, 1978, 139-190; *'Vulgaria actionum nomina' ed 'agere praescriptis verbis' in D.19.5.2 (Cels. 8 dig.)*, in IVRA 33, 1982 [pubbl. 1985], 121-131; *Plena interpretatio*, in *Studi in onore di Cesare Sanfilippo*, III, Milano 1983, 121-124; v. *'Giurisprudenza-Scienza giuridica nel diritto romano'*, in Digesto IV, vol. IX Civile, Torino 1993, §§ 2 e 6, voce ripubblicata con il titolo *Giurisprudenza e scienza del diritto*, in P. CERAMI, *Ricerche romanistiche e prospettive storico-comparatistiche*, Palermo 1995, 208 s, 226 s.; *Il comodato*, in *Derecho romano de obligaciones. Homenaje al profesor J. L. Murga*, Madrid 1994, 315-317, rip. con il titolo *Il comodato nella storia dell'esperienza giuridica: dal diritto classico ai diritti moderni*, e con alcune modifiche, in AUPA 43, 1995, 302-304; *'Continuatio furti' e 'litis aestimatio' in Cels. D. 47.2.68 (67).2*, in AUPA 50, 2005, 7-22; e in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *Scritti per Gennaro Franciosi I*, Napoli 2007, 551-563; *'Vulneratio vel occisio servi negotiatoris' e 'laesio societatis'*, in *Scritti in onore di Remo Martini I*, Milano 2008, 579-590; *Profili storici della responsabilità civile*, in *Europa e diritto privato*, fasc. 2, 2008, 457-459; *La scuola del diritto: educare alla speranza*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino 2013, 466 s.; *Riflessioni in tema di "diritto societario". Fondamenti romani e simmetrie diacroniche*, in IVRA 62, 2014, 127-129; *Riflessioni in tema di 'condictio iuventiana' e 'iniusta locupletatio'*, in AUPA 59, 2016, 153-181; *Riflessioni in tema di 'locatio horrei' nel diritto romano classico*, in L. VACCA (a cura di), *Dai giuristi ai codici Dai codici i giuristi. Convegno ARISTEC 20 febbraio 2012, Napoli 2016*, 22 ss.; *'Ius' e 'diritto': il problema della definizione*, in P. CERAMI, M. MICELI, *Storicità del diritto. Strutture costituzionali, fonti, Codici. Prospettive romane e moderne*, Torino 2018, 31-36; *Note storico-giuridiche in tema di 'giudici e legge' (A proposito di una recente monografia di Giuseppe Valditara)*, in AUPA 61, 2018, 324.

buto del 1987, pubblicato in SDHI e intitolato «Sulla definizione celsina del diritto» [cfr. nt. 2]. I successivi contributi costituiscono, in effetti, sviluppi e corollari delle linee argomentative, che erano state già nettamente enunciate nel primo contributo e che mi sembra di potere così sintetizzare:

a) l'enunciazione celsina costituisce, sia per il suo autore che oggettivamente, una definizione¹²;

b) la *definitio* del *ius*, formulata da Celso, è ascrivibile alla specie della definizione reale, «volta a mettere in luce l'essenza delle cose sia materiali che immateriali, attraverso l'individuazione del genere prossimo e della differenza specifica»;¹³

c) Il *definiendum* '*ius*' denota il diritto oggettivo, considerato sotto il triplice profilo della produzione autoritativa, dell'interpretazione e dell'applicazione;¹⁴

d) Il *definiens* è costituito dal sintagma '*ars boni et aequi*';¹⁵

e) Il segno '*ars*' individua il genere prossimo del segno '*ius*'. «Il colpo d'ala di Celso», afferma Gallo, «è consistito nell'adottare anche per il diritto la visuale dell'*ars*. Versando il diritto nell'*ars*, il giurista non intese sacrificare nulla della complessa esperienza giuridica che aveva sotto gli occhi. La novità risiede nella cosciente valutazione di essa dal punto di vista dell'artificialità, della produzione da parte dell'uomo»;¹⁶

f) L'elemento distintivo della specie '*ius*', nell'ambito del genere '*ars*', è costituito dalle parole '*bonum et aequum*', che esprimono unitariamente il fine specifico dell'*ars iuris*.¹⁷ Secondo Gallo, Celso con il segno '*aequum*' avrebbe reso l'idea dell'uguaglianza giuridica e con il segno '*bonum*' l'idea della soluzione buona nel rispetto dell'uguaglianza-*aequitas*.

Al termine del dettagliato esame della definizione celsina, Gallo così conclude: «E' mia convinzione che le attuali correnti della scienza giuridica trarrebbero vantaggio da una riconsiderazione della realtà costituente il fenomeno giuridico e dal confronto con la dottrina celsina. Tale riconsiderazione si presenta in primo luogo indispensabile e tale confronto si rivela in primo luogo di aiuto al fine di formulare una definizione del diritto finalmente libera dal condizionamento insito nella riduzione del diritto a dovere essere coattivo (ovvero statuale)».¹⁸ In stretta sintonia con questa conclusione, i suoi successivi contributi si concretano e si risolvono, come ho già premesso all'inizio di questo paragrafo, in sviluppi e corollari dei punti fondamentali del saggio iniziale. Si tratta, in particolare, di sviluppi e corollari volti ad evidenziare e a puntualizzare, con specifico riferimento ai principi generali del diritto, le cause «dell'eredità perduta del diritto romano»¹⁹ e la connessa necessità di un suo recupero per la rifondazione della scienza giuridica. La causa prima

¹² F. GALLO, *Sulla definizione (Opuscula selecta)* cit., 555.

¹³ F. GALLO, *op. cit.*, 556; similmente in '*Ars boni et aequi*' e '*ius naturale*' cit. (nella nt. 4), 17, dove l'Autore afferma: «Come in ogni altra definizione per genere e differenza specifica, essi (gli elementi) sono tre: l'entità definita, il genere in cui essa è sussunto e la differenza specifica, che la contraddistingue, nel genere enunciato, dalle altre specie in esso incluse».

¹⁴ F. GALLO, *op. cit.*, 569 ss.

¹⁵ F. GALLO, *op. cit.*, 575.

¹⁶ F. GALLO, *op. cit.*, 573-579.

¹⁷ F. GALLO, *op. cit.*, 577 s.

¹⁸ F. GALLO, *op. cit.*, 604.

¹⁹ Così, in particolare, F. GALLO, *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica* cit. (nella nt. 4), 1.

viene additata da Gallo nella rivoluzione giuridica operata da Giustiniano con la '*legum permutatio*' (*Const. Omnem*, § 11),²⁰ che avrebbe comportato un radicale mutamento della concezione del diritto e della sua produzione, interpretazione e applicazione, e dello stesso compito dei giuristi: surrogazione della *legum doctrina* alla *scientia iuris*. Dalla *legum permutatio* discenderebbero le seguenti concause dell'eredità perduta: la rimozione della «artificialità del diritto», insita nella definizione celsina del *ius*, in contrapposizione alla «naturalità del diritto»;²¹ la surrogazione, nel titolo iniziale delle *Institutiones* giustinianee, dei *tria praecepta iuris* all'*ars boni et aequi*, con il conseguente «accantonamento» e la successiva rimozione della definizione celsina;²² la configurazione dell'imperatore come unico *conditor et interpret legum*; la rimozione della funzione creativa, correttiva e modificativa della *iurisdictio*, che aveva reso possibile la formazione del '*ius honorarium*',²³ rimozione sfociata nella riduzione dei giudici a bocca della legge;²⁴ nonché l'asserita sottrazione ai giuristi della elaborazione scientifica del diritto.

Orbene, su tre dei punti principali, prospettati da Gallo nell'arco temporale di quasi un trentennio, concordo pienamente; non altrettanto su altri punti.

Concordo pienamente per quanto attiene: a) alla rilevanza pragmatica e, al tempo stesso, tendenzialmente atemporale della definizione di Celso, la cui valenza si estende ben oltre le coordinate spazio-temporali del suo tempo, e all'affermazione secondo cui «una prescrizione che presenti gli aspetti formali della norma, ma fuoriesca dal *bonum et aequum* non è diritto, e, come tale, non va osservata»;²⁵ b) all'estensione del *bonum et aequum* a tutto il diritto, e non soltanto ad alcuni settori (*Opuscula selecta*, 586 s.); c) alla opportunità o, meglio, alla necessità che lo storico del diritto, in quanto giurista,²⁶ estenda i suoi interessi (come attestano, in particolare, il saggio su «Celso e Kelsen» e il contributo su «La *permutatio legum* giustiniana», citati entrambi nella nt. 4) anche al diritto e alla scienza giuridica del nostro tempo,²⁷ respingendo così implicitamente, in perfetta sintonia con l'autonomia degli studi storico-giuridici, l'inaccettabile affermazione di Arnaldo Momigliano.

²⁰ Vedi, in particolare F. GALLO, *La legum permutatio giustiniana* cit. (nella nt. 4), 527 ss.

²¹ Così, in particolare, F. GALLO, '*Ars boni et aequi*' e '*ius naturale*' cit. (nella nt. 4), 15 ss., in cui critica l'opinione secondo cui la definizione celsina sarebbe espressione di una concezione giusnaturalistica.

²² F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo* cit., 1956 ss, e 1968, per l'asserito accantonamento; Celso e Kelsen cit., 2.

²³ Sul punto F. GALLO, *L'eredità perduta del diritto romano* cit. (nella nt. 4), 152.

²⁴ F. GALLO, *Celso e Kelsen* cit., 3. Sul punto cfr., M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino. La 'legum permutatio giustiniana*, in L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto* cit. (nella nt. 7), 8 e nt. 13.

²⁵ GALLO, *La definizione celsina (Opuscula selecta)* cit., 597.

²⁶ Così, esplicitamente, F. GALLO, *La legum permutatio giustiniana* cit., 536: «Anche lo storico del diritto è un giurista, il quale non si limita a considerare l'aspetto formale del sistema giuridico studiato e degli elementi che lo compongono, ma ne valuta anche quello sostanziale e in particolare l'attitudine alla soluzione dei problemi a cui sono preordinati».

²⁷ Aspetto, questo, evidenziato a ragione da P. GARBARINO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, in Quaderni dell'accademia di Scienze di Torino 24, 2016, *Parte prima. Incontro di studio per i novantanni di Filippo Gallo*, 43. Mi sembra opportuno sottolineare che, già nel 1939, F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto*, Padova 1939 (rist. anast. 1990), 41, con specifico riferimento alla divisione fra storici e giuristi, aveva acutamente osservato che si tratta di una «necessaria, ma triste divisione, che in buona parte annulla il beneficio della storia perché rende meno facile quella comparazione tra il passato e il presente e tra il vicino e il lontano, senza la quale la storia perde ogni valore».

gliano, il quale, in un convegno del 1963, sentenziò, con una inammissibile invasione di campo, la fine della storia del diritto come branca autonoma della ricerca storica.²⁸

Non altrettanto ritengo, invece, di potere affermare per quanto attiene: a) alla configurazione della definizione del ‘*ius*’ come definizione reale e al suo conseguente inquadramento nello schema metodologico del genere prossimo e della differenza specifica, giacché penso – come ho già sostenuto a suo tempo (nel 1985) e come motiverò ulteriormente nel § 8 – che la definizione formulata da Celso sia ascrivibile alla definizione di tipo teleologico e non già ontologico; b) alla identificazione del *definiendum* ‘*ius*’ con il diritto oggettivo, rigorosamente distinto dall’attività conoscitiva e determinativa dei giuristi; identificazione che mi sembra in netto contrasto non soltanto con l’assetto casistico-giurisprudenziale del diritto romano al tempo di Celso, ma anche, più in generale, con l’intrinseco nesso ‘perizia tecnica-*ars*’ [cfr. § 4] attestato univocamente nelle fonti con riferimento ad altri tipi di *artes* [§ 10]; c) all’affermazione che il segno ‘*ars*’ esprima genericamente l’aspetto del fare e, quindi, dell’artificialità di ogni prodotto umano; affermazione che mi sembra in contrasto con il fatto che il segno *ars* corrispondente, in linea di massima, al segno greco ‘*technè*’, denota, in conformità ad una definizione quasi da tutti accettata (*ab omnibus fere probatus finis*), un complesso di cognizioni fra loro coerenti ed esercitate in vista di un interesse pratico, come attesta espressamente Quintiliano: ‘*artem constare ex perceptionibus consentientibus et coexercitatis ad finem utilem vitae*’ (*Inst. orat.* 2.17.41) [cfr. *infra*, §§ 4 e 10]; d) all’accantonamento della definizione celsina, che sarebbe stato effettuato dai commissari giustinianeî surrogando, nell’esordio delle *Institutiones*, l’enunciato celsino ‘*ars boni et aequi*’ con i ‘*tria praecepta iuris*’ (I. 1.1.3),²⁹ surrogazione successivamente sfociata, secondo Gallo, nella rimozione del pensiero celsino. Ritengo, invece, che l’asserito accantonamento non sussista, sia per il fatto che la collocazione della definizione in apertura del Digesto è di per sé un dato assai rilevante,³⁰ sia perché al pensiero giuridico di Celso è attribuito, nel contesto della Compilazione giustiniana un ruolo di primo piano [§ 12]; mi permetto, infine, di esprimere le mie perplessità con specifico riferimento:

a) all’assimilazione dell’endiadi ‘*bonum et aequum*’ – configurata, peraltro, fondatamente da Gallo come il fine specifico dell’*ars iuris* –, al binomio odierno “ragionevolezza-uguaglianza”,³¹ perché ritengo che i segni *bonum et aequum* esprimano unitariamente l’idea dell’equilibrio, che Celso coglie e prospetta con specifico riguardo alla necessità di pervenire ad un duplice raccordo: fra l’interesse generale (*bonum*, nel senso di bene comune) e gli interessi dei singoli e fra i contrapposti interessi dei soggetti coinvolti in rapporti di diritto privato o di diritto pubblico (*aequum*) [cfr. § 11]; b) sull’amplificazione della cosiddetta ‘*legum permutatio*’ e sulla sua asserita estensione anche all’attività scientifica e didattica degli *antecessores* [§ 13].

²⁸ Al punto di vista del Momigliano hanno aderito, tuttavia, alcuni romanisti. Cfr., in particolare, M. BRENONE, *Storia del diritto romano*, Bari 1987, 24 ss. e nt. 45.

²⁹ F. GALLO, *Fondamenti romanistici del diritto europeo* cit., 1960 ss.; *Celso e Kelsen* cit. 2.

³⁰ In proposito mi sembra del tutto condivisibile la seguente affermazione di V. SCARANO USSANI, *L’ars dei giuristi* cit., 112: «Con il passo del manuale ulpiano, che la conteneva, la *definitio* celsina fu destinata, significativamente, dai Compilatori ad aprire il Digesto giustiniano e così consacrata alla fama. E’ la frase più celebre di tutta la letteratura giuridica romana».

³¹ Mi sembra significativo che lo stesso GALLO, *Sulla definizione celsina* (*Opuscula selecta*) cit., 600 s., sottolinei l’astrattezza del binomio “ragionalità-uguaglianza”.

4. IL PENSIERO DI GALLO NELLA SINTESI INTERPRETATIVA DI LELIO LANTELLA.

I principali punti del pensiero di Gallo, sinteticamente esposti nel precedente paragrafo, trovano riscontro nella sintesi interpretativa di Lelio Lantella, articolata in ben 30 tesi, seguiti da una nota finale su alcune prospettive enucleabili, secondo l'Autore, da tutti gli scritti di Gallo, a corredo delle precedenti 30 tesi.³² Non è mio intento soffermarmi sulle 30 tesi e sulla Nota finale; mi sembra sufficiente, in questa sede, richiamare l'attenzione su alcune autonome considerazioni svolte da Lantella, pur nel contesto del suo discorso comprensibilmente celebrativo.

Una prima considerazione attiene al dibattuto tema della natura reale o nominale della definizione celsina. Lantella, dopo avere sottolineato in premessa che il *definiendum* 'ius' non costituisce «una parola di cui si intenda pervenire al significato o ai significati; ma è una *res* di cui si intende pervenire alla essenza e alle specificità», adduce, a riscontro dell'assunto, il confronto analogico fra la definizione celsina dell'*ars iuris* e la definizione quintilianea dell'*ars rhetorica*, così argomentando: «Quintiliano, quando si dedica a formulare una definizione dell'arte retorica, si pone il problema se effettuarne una individuazione reale o semantica: *ante omnia, quid sit rhetorice. Quae finitur quidem varie, sed quaestionem habet duplicem, aut enim de qualitate ipsius rei aut de comprehensione verborum* . . . [Inst. Or. 2.15.1]. E Quintiliano, a seguito di ampia disamina, sceglie la via della definizione reale, nella quale include, come specificità funzionale dell'arte, anche il "bene" in senso valoriale».³³

Orbene, mi sembra che il senso del discorso svolto da Quintiliano sia, in effetti, ben diverso. Il brano addotto dal Lantella costituisce l'esordio del Capitolo 15 del secondo libro della «Istituzione oratoria», la cui Rubrica così suona: '*Quid sit Rhetorice et quis eius finis*'. Per cogliere esattamente il senso del discorso svolto nel capitolo 15 è necessario, a mio avviso, risalire al precedente Capitolo 14, nel quale il retore, sotto la Rubrica '*Divisio totius operis*', enuncia quella, che a suo avviso, rappresenta la migliore partizione di tutta la Retorica: '*de arte*', '*de artifice*', '*de opere*', così specificando l'ambito e il senso delle tre parti: '*Ars erit, quae disciplina percepit debet: ea est bene dicendi scientia. Artifex est, qui percepit hanc artem: id est orator, cuius est summa bene dicere. Opus, quod efficitur ab artifice: id est bona oratio*' (Inst. orat. 2.14.5).

Per quanto attiene, in particolare, al '*quid sit rhetorice*', mi sembra opportuno evidenziare che il sintagma '*ea est bene dicendi scientia*' corrisponde esattamente alla locuzione '*rhetorice esse bene dicendi scientiam*' del § finale del lungo capitolo 15, in cui il retore, dopo avere premesso che le molteplici definizioni (nel § 23 si parla addirittura di '*mille alia*') erano imputabili al fatto che costituivano oggetto di accese controversie sia la '*qualitas*' (o '*substantia*', come si legge in Inst. orat. 2.14.3) dell'*ars rhetorica*, sia il complesso delle parole adoperate per definirla, così conclude: «*Dicam enim non utique quae invenero, sed quae placebunt, sicut hoc: rhetorice esse bene dicendi scientiam, cum reperto quod est optimum, qui quaerit aliud, peius velit. His adprobatis simul manifestum est illud quoque, quem finem vel quid summum et ultimum habeat rhetorice, quod τῆλος dicitur, ad quod omnis ars tendit: nam si est ipsa bene dicendi scientia, finis eius et summum est bene dicere*» (Inst. orat. 2.15.38).

³² L. LANTELLA, *Per una sintesi del pensiero del professor Gallo in tema di definizione celsina del diritto*, in Quaderni dell'Accademia di Scienze di Torino, 24, 2016. Parte prima. *Incontro di studio per i novantenni di Filippo Gallo*, 47-56.

³³ L. LANTELLA, *Per una sintesi cit.*, 48.

La conclusione prova chiaramente, a mio avviso, che la definizione dell’*ars rhetorica*, scelta da Quintiliano, si risolve e si concreta in una *explicatio* della locuzione ‘*ars rhetorica*’, intesa appunto, in senso proprio, come ‘*ars bene dicendi*’ (cfr. Isid., *Etym.* 2.1.1: *Rhetorica est bene dicendi scientia in civilibus quaestionibus*) e precisamente come capacità di impostare e svolgere discorsi in ottemperanza ai canoni tecnici e ai correlati valori professionali della retorica. Un eventuale discorso fondato sul mero ‘*usus dicendi*’ (abitudine al dire: 2.15.23) o, al più, sul semplice ‘*dicere quae oporteat omnia ad persuadendum*’ (2.15.14), del tutto sganciato dalla perizia tecnica e dai valori professionali del ‘*perfectus orator*’ non potrebbe essere ascritto all’*ars bene dicendi*. Precisa, infatti, Quintiliano, che può essere considerato oratore non chiunque parli, ma soltanto colui che abbia assimilato diligentemente i canoni propri dell’*ars bene dicendi* (2.17.11-12).

In definitiva, ritengo che una certa simmetria analogica fra la definizione quintiliana dell’*ars rhetorica* e la definizione celsina dell’*ars iuris* possa essere ravvisata, ma non nel senso prospettato da Lantella e, in ogni caso, con questa fondamentale differenza: Quintiliano adopera espressamente il segno ‘*scientia*’ per cogliere e denotare, accanto al profilo pratico, anche quello teoretico dell’*ars rhetorica*; Celso non usa invece, consapevolmente, lo stesso segno (basti pensare alla pungente e notissima affermazione ‘*plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur*’ di D.45.1.91.3), accentuando così implicitamente il profilo essenzialmente pragmatico dell’*ars iuris*.³⁴

Una seconda considerazione concerne la configurazione del diritto come attività e segnatamente come prodotto dell’opera dell’uomo. Osserva, in proposito, Lantella che una siffatta formulazione «può instaurare una duplicazione concettuale e una modifica di prospettiva», giacché il produrre può «attenuare la percezione della identificazione diretta fra *ius* e attività». ³⁵ Ne discende una duplicità metonimica fra diritto-attività e diritto-prodotto. Per rendere il senso di questa duplicità l’Autore adduce l’esempio del segno “pittura”, che denota sia l’attività del pittore, sia le opere prodotte (ad es.: mostra di pittura). «Nel corso dell’evoluzione politica e culturale», sottolinea l’Autore, «l’area metonimica’ (il diritto non come *ars* bensì come prodotto è stata oggetto di una operazione di ‘isolamento riduttivistico’ in favore della ‘norma’ (‘sistema di norme’, e varianti connesse)». ³⁶ In ogni caso, a prescindere dall’asserito isolamento riduttivistico, mi sembra innegabile, nell’ambito della complessa e variegata esperienza giuridica, l’inseparabile connessione che intercorre fra diritto e giurisprudenza anche in sistemi giuridici diversi da quello giurisprudenziale. ³⁷ Mi sembra eloquente e ineccepibile, sotto questo profilo, la seguente ponderata riflessione del Capograssi: «Tutte le forme di produzione del diritto sono particolari ed estemporanee, avvengono per singole posizioni: solo la scienza è la forma universale che abbraccia e comprende in sé tutte le forme. Tutte le forme vanno a finire sotto la elaborazione della scienza, nella quale perdono la loro particolarità ed entrano veramente a produrre la esperienza

³⁴ Non a caso esponenti della cultura del tempo, Galeno in particolare, configuravano l’*ars iuris* come ‘*τέχνη νομική*’. Sul punto V. SCARANO USSANI, *L’ars dei giuristi* cit., 54 e ntt. 99 e 100.

³⁵ L. LANTELLA, *Per una sintesi* cit., 49.

³⁶ L. LANTELLA, *Per una sintesi* cit., 52.

³⁷ Nell’ambito dei sistemi di diritto giurisprudenziale, la giurisprudenza, come è stato osservato da L. LOMBARDI VALLAURI, *Per un concetto davvero teorico-generale di diritto*, in *Iuris quidditas. Liber amicorum per Bernardo Santalucia*, Napoli 2010, 165, «è quasi sempre fonte non ufficialmente autorizzata da norme di produzione ma auto-legittimata, originaria, così che il diritto giurisprudenziale gode non di validità ma di effettività: anche per questo motivo spetta alla effettività il primato sulla validità, la cui funzione rimane, ma in un quadro di realismo giuridico integrato».

nella sua totalità ed unità. Solo in quanto cadono sotto la elaborazione della scienza esse entrano nell'unità dell'esperienza per la quale sono nate e nella quale trovano il loro significato».³⁸

Una terza considerazione attiene, infine, alla asserita rimozione del messaggio celsino: dalla *legum permutatio* alla dottrina pura del diritto.

Con specifico riferimento a quest'ultimo punto del pensiero di Gallo, le considerazioni del Lantella, pur sottolineando una discrasia fra la *permutatio*-mutamento radicale e la *permutatio*-scambio menzionata nel § 11 della *const. 'Omnem'*, a proposito dello scambio delle rispettive armature (d'oro e di bronzo) fra Glauco e Diomede), è di completa adesione al discorso svolto dal Gallo;³⁹ adesione che non posso condividere come ho già anticipato nel § 3 e come chiarirò in dettaglio nel § 13.

5. IL CONTRIBUTO DI PASQUALE VOCI.

Il breve (25 pagine), ma denso, contributo di Voci mira a «mostrare quanto quel celebre detto sia radicato nella tradizione romana», con specifico riferimento al valore del *bonum et aequum*.⁴⁰ L'iter argomentativo dell'Autore, preceduto da sintetiche premesse, volte a puntualizzare il senso dei segni *ius*, *ars*, *bonum et aequum* (§ 1, p. 291-292), è infatti incentrato sull'esame del *bonum et aequum* alla luce delle fonti giuridiche e letterarie, dal terzo sec. a. C. all'età del principato (§§ 2-8, p. 293-313).

Specificamente, nel § 1, Voci ravvisa nel segno *ius* «un riferimento ai due momenti fondamentali della creazione e della applicazione» (p. 291). *Ars* per Celso non è sistema, ma «virtù di trovare la soluzione giusta per il problema che si presenta in un dato momento, sia di carattere generale che particolare» (p. 292). *Bonum* ed *aequum* si completano a vicenda. *Bonum* significa «ciò che è socialmente utile, il bene comune»; *aequum* significa «conforme a giustizia, giusto» (p. 292). Celso «intende definire lo scopo che il diritto deve avere: la norma ingiusta esiste e vincola, ma tradisce la funzione del diritto. La particolarità della definizione è che esprime il dovere essere in termini di essere» (p. 292). Mi sembrano opportune, con specifico riferimento alle predette premesse, alcune note di commento. Ritengo che il segno *ius* non alluda soltanto alla produzione, realizzata in forza delle diverse *viae iuris constituendi*, e all'applicazione, ma anche alla interpretazione, che funge da fattore centrale dell'intera fenomenologia giuridica. Concordo, invece, pienamente sulla estraneità dell'idea di sistema alla definizione prospettata da Celso, nonché sulla complementarità del *bonum* e dell'*aequum* e sulla configurazione del *bonum* come «bene comune» [cfr., sopra, nt. 74], ma non anche sull'assunzione dell'*aequum* nell'accezione, eccessivamente indeterminata, di «conforme a giustizia». Come avrò modo di precisare in seguito (§ 11), il segno '*aequum*' esprime, nel contesto del *corpus* celsino, l'idea del massimo raccordo possibile fra i contrapposti interessi dei soggetti coinvolti in rapporti di diritto privato o di diritto pubblico. Condivisibile mi sembra, in fine, l'affermazione che Celso intese definire, in perfetta sintonia con la natura teleologica del suo enunciato, lo scopo del diritto, ma non anche l'affermazione che la anche norma ingiusta vincola, giacché gli enunciati contrastanti con il *bonum et aequum* devono essere, secondo Celso, disapplicati, come ho già analiticamente evidenziato nel III capitolo della monografia del 1985. Secondo Voci, la particolarità della

³⁸ G. CAPOGRASSI, *Il problema della scienza giuridica*, in *Opere*, II, Milano 1959, 58 ss.

³⁹ L. LANTELLA, *Per una sintesi* cit., 53-55.

⁴⁰ P. VOCI, «*Ars boni et aequi*» (*Ultimi scritti*) cit. (nella nt. 2), 291.

definizione celsina è data dal fatto che l'enunciato «esprime il dovere essere in termini di essere» (p. 292). E, invero, nella prospettiva teleologica della definizione celsina il binomio '*bonum et aequum*' sottende innegabilmente valori etici,⁴¹ ma non già astrattamente e universalmente intesi, bensì concretamente assunti e ancorati ai fatti (*natura rerum*) e ai comportamenti (*natura hominum*) strettamente legati alle comuni relazioni economico-sociali-culturali di una determinata e circoscritta esperienza storica.⁴²

I paragrafi successivi alle premesse (2-8), attengono, come ho già anticipato, all'esame del *bonum et aequum* alla luce delle fonti (soprattutto letterarie e retoriche) dell'età repubblicana (§§ 2-5) e del principato (§§ 6-8). Per quanto attiene in particolare al principato, Voci esamina alcuni brani (già da me analiticamente o sinteticamente considerati in precedenti scritti, tranne D. 36.1.34, che esaminerò nel § 16), che attestano e confermano, nel loro insieme, il punto di vista di Celso (§§ 6 e 7). Dopo avere confrontato, nel § 8, le decisioni di Celso con quelle di altri giuristi, soprattutto di Giuliano, Voci afferma che nelle decisioni di Giuliano «non c'è l'eleganza di Celso, ma la sostanza è la stessa» (p. 315), pervenendo alla seguente conclusione: «Celso ha dell'*aequitas*⁴³ l'idea che è degli altri giuristi. Ciò non esclude differenze di opinioni . . . Ma Celso ha il merito di racchiudere in una definizione, elegante ed efficace, lo spirito del diritto romano nei suoi tempi migliori» (p. 313).

6. IL CONTRIBUTO DI ALDO SCHIAVONE.

Aldo Schiavone, nella sua ben nota monografia «*Ius*. L'invenzione del diritto in Occidente» (già citata nella nt. 6), ha dedicato all'analisi della definizione celsina del *ius* il capitolo 21, intitolato «I custodi del diritto» (pp. 361-389). Il capitolo si apre, infatti, con una sua traduzione del celebre esordio delle *Institutiones* di Ulpiano, opera composta fra il 212 e il 213 d. C.; Schiavone evidenzia, in proposito, l'opportunità di distinguere due piani di scrittura (rispettivamente, di Ulpiano e di Celso, in considerazione del fatto che i compilatori si sarebbero limitati a riprodurre il brano ulpiano) e tre piani di significati (imputabili, rispettivamente, ai commissari giustiniane, a Ulpiano e a Celso: p. 362 s.). In questa sede ritengo sufficiente limitare il discorso alle considerazioni svolte dall'Autore in ordine al piano di scrittura di Celso (p. 379-389). Nella trascrizione di Ulpiano – osserva Schiavone – l'enunciato celsino si componeva «di due segmenti distinti: l'identificazione del *ius* come *ars* e la conseguente assimilazione di quest'ultima alla conoscenza del *bonum et aequum*» (p. 379). La connessione '*ius-ars*', del tutto ignota al lessico giurisprudenziale, era stata, come è noto – precisa l'Autore – «una bandiera degli studi giuridici di Cicerone» (p. 385). Nel progetto dell'Arpinate, «la riduzione del *ius* ad *ars* avrebbe dovuto significare l'abbandono della farraginoso empiria conoscitiva della tradizione giurisprudenziale, in nome di un rigoroso costruttivismo concettuale e definitorio» (p. 385). L'idea di '*ius*', prefessata da Celso era, però, ben diversa: alla visione di un sistema giuridico rigidamente pre-costituito egli contrapponeva, infatti, la visione di un diritto flessibile, aderente alle situa-

⁴¹ B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano* cit., 80, evidenzia, a ragione, che nell'endiadi '*bonum et aequum*' «si esprimono valori morali e sociali (correttezza leale nei comportamenti ed equilibrio ordinato dei rapporti e delle situazioni), già di gran tempo percepiti come ispirazioni e aspirazione del *ius*».

⁴² Sul punto rinvio a P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 28 ss.

⁴³ Definita dallo stesso VOCI, «*Ars boni et aequi*» cit., 303, «il criterio di giustizia che suggerisce la creazione di norme nuove o guida l'applicazione delle norme già esistenti».

zioni da regolare (p. 386). Ne discende, secondo Schiavone, che Celso «potrebbe aver usato la parola (*ars*) in contrapposizione polemica a “scienza”, per indicare un diritto affidato al mestiere di conoscitori esperti, e non di rigorosi teorici» (p. 387). Per quanto attiene al *bonum et aequum*, Schiavone, partendo «dalla fondata supposizione che tra il III e il II sec. a. C. l'*aequum et bonum* fosse stata una clausola presente in impianti e formulazioni editattali, a loro volta riflesso di un movimento di idee che tendeva ad arginare se non a superare dovunque possibile il ritualismo del vecchio *ius civile*» e dal fatto che nel primo secolo «l'*aequum* si carica di un significato più vasto e complesso, che porta alla nascita del corrispondente sostantivo *aequitas*» (p. 379-380), sostiene che Celso recuperando, dopo un notevole lasso di tempo, il binomio '*bonum et aequum*', abbia inteso evidenziare che «come il *bonum et aequum* era servito un tempo a ridimensionare i condizionamenti ritualistici del vecchio *ius civile* ... così ... valeva adesso a superare i nuovi vincoli di una scienza giuridica prigioniera delle sue definizioni e del suo impianto formale» (p. 383). Sono questi, in sintesi, i punti fondamentali del contributo di Aldo Schiavone. Mi sembra, anzitutto, pienamente condivisibile, contrariamente a quanto ha asserito Gallo,⁴⁴ la visione giurisprudenziale della fenomenologia giuridica, che connota l'intera monografia. Plausibile mi sembra, inoltre, l'idea di ravvisare nell'opzione celsina per il segno '*ars*', in contrapposizione al segno '*scientia*', una presa di posizione, più o meno polemica, nei confronti di assertori di rigidi schematismi dogmatici. Non altrettanto ritengo, però, di potere affermare in ordine al binomio '*bonum et aequum*'. Sono convinto infatti, al pari di Riccobono, di Gallo e di Voci, che Celso abbia voluto estendere a tutta la fenomenologia giuridica un binomio prima circoscritto a determinati settori, ma con due fondamentali innovazioni: a) la configurazione del binomio e delle sue interne articolazioni, rispettivamente come scopo identificativo e come criteri costitutivi dell'*ars iuris*; b) l'enucleazione – come avrò modo di precisare nel § 11 – dal tradizionale binomio, dell'idea di un duplice e complementare raccordo fra l'interesse della collettività e gli interessi dei singoli (*bonum*) e fra i contrapposti interessi di soggetti coinvolti in rapporti di diritto privato o di diritto pubblico (*aequum*).

7. IL CONVEGNO SU 'CELSE TEORICO DEL DIRITTO'.

Come ho già premesso [§ 1], in data 10 aprile 2015 è stato celebrato a Torino, per iniziativa di Filippo Gallo, un apposito Convegno sul tema «Celso teorico del diritto». Le diverse relazioni, svolte in quell'incontro di studio, sono state pubblicate nella Collana «L'arte del diritto», diretta da Luigi Garofalo [cit. sopra. § 1, nt. 7]. Il volume si apre con una breve introduzione di Filippo Gallo sugli obiettivi del Convegno (p. 1-2) e si chiude con le riflessioni conclusive dello stesso Gallo sul «Valore perdurante dei criteri del *bonum et aequum*» (p. 249-272). L'obiettivo specifico del Convegno è stato, appunto, «la ricostruzione dell'apporto di questo giureconsulto alla teoria del diritto» (p. 1). Orbene, sono fermamente convinto che Celso era e si considerava un giurista pratico e non certo un “dogmatico” del diritto.⁴⁵ La sua irruenta polemica contro i seguaci del formalismo erme-

⁴⁴ F. GALLO, *Travisamento del lascito del diritto romano* cit. (in nt. 4), § 3, il quale, con specifico riguardo all'impostazione e all'articolazione volume di A. Schiavone, contesta radicalmente la configurazione del diritto romano, antecedente all'età del Dominato, come diritto giurisprudenziale. V., in proposito, *infra*, § 9.

⁴⁵ In tal senso si era già espresso R. ORESTANO, voce *Celso Giuvenzio (figlio)*, in NNDI, III, Torino 1959, 91; nello stesso senso C. CASCIONE, *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici*, cit., *infra*, nel presente paragrafo, p. 156, per il quale Celso «è un pratico della fattispecie o un pratico del caso, che, tuttavia,

neutico, basato su deduzioni sillogistiche da astratti principi dogmatici, assunti come premesse maggiori del ragionamento giuridico, attesta inequivocabilmente la sua avversione per l’astratta costruzione teorica, mordacemente etichettata come ‘*suptilis ratio*’.⁴⁶ La nota saliente dell’*ars iuris*, intesa come attività tecnico-pratica, è data, secondo Celso, dalla sua proiezione nel campo operativo. Il sapere giuridico costituisce, per sua intrinseca natura, una scienza eminentemente pratica, come ha opportunamente sottolineato, in termini sostanzialmente rispondenti al pensiero di Celso, Francesco Carnelutti.⁴⁷

I contributi pubblicati nel volume in questione coinvolgono i principali aspetti delle pluridecennali ricerche condotte da Gallo con riferimento al pensiero di Celso e all’opera legislativa di Giustiano, come si evince dagli stessi titoli delle relazioni di Miglietta, Cuena Boy, Garofalo, Cascione, Palma, Cottino:

- Massimo Miglietta: «Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la ‘*legum permutatio*’ giustiniana» (p. 3-61);
- Francisco Cuena Boy: «Teorización de la artificialidad del derecho: ‘*ius est ars boni et aequi*’» (p. 63-129);
- Luigi Garofalo: «La dottrina dell’azione in D. 44.7.51» (p. 131-151);
- Cosimo Cascione: «Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore ‘malgré soi’ della ‘*legum permutatio*’ giustiniana» (p. 153-166);
- Antonio Palma: «Lo ‘*ius controversum*’ quale espressione dell’artificialità del diritto romano» (p. 167-231);
- Gastone Cottino: «Artificialità del diritto e sua formazione consuetudinaria tra diritto romano ed età di mezzo: divagazioni di un commercialista» (p. 233-247).

Il contributo di Massimo Miglietta verte su uno dei principali punti delle ricerche di Gallo: la *legum permutatio* e la correlata rimozione del pensiero celsino. Nel VI sec. d. C., sostiene l’Autore, in totale sintonia con la tesi di Gallo, sarebbe stata realizzata una “trasformazione senza precedenti”, «tale da coinvolgere anche problemi generali del diritto» (p. 6). Subito dopo, però, Miglietta riconosce che è stata «la *legum permutatio* ad avere operato la definitiva trasformazione del diritto romano da ‘sistema aperto’ e, quindi, ‘a-sistematico’ ... in ‘ordinamento o sistema giuridico’, come noi moderni siamo istintivamente portati a considerarlo» (p. 6 s.). Orbene, se si ammette che l’opera legislativa di Giustiano ha portato a termine la definitiva trasformazione, come anch’io ritengo, del diritto romano in un sistema accentrato, ne consegue che la cosiddetta ‘*legum permutatio*’ non possa essere, ovviamente, considerata, al tempo stesso, una “trasformazione senza precedenti”.

Per quanto attiene, in particolare, al § 11 della *Const. ‘Omnem*’, Miglietta, tenuto conto

rilegge la casistica nella sistemazione letteraria che ne fa con la sua opera. In Celso . . . c’è in primo luogo la riflessione, l’analisi e la soluzione del (singolo) problema giuridico. A questo schema spesso segue, però, una efficace sintesi teorica, frutto di una grande, fulminante, profonda capacità di schematizzare, attraverso la quale emerge, oltre che il suo intuito di giurista, anche la sua grande cultura retorica».

⁴⁶ V., ad es., D. 45.1.91.3 (Paul. 17 *ad Plaut.*): ‘*plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose, inquit (Celsus), erratur*’; D. 8.3.11 (Cels. 27 *dig.*): ‘*suptili ratione non aliter meum fiet ius . . . benignius tamen dicitur*’. Cfr., in proposito, P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 86 ss.; v. anche D. 12.4.16 (Cels. 3 *dig.*), su cui P. CERAMI, ‘*Vulgaria actionum nomina*’ cit. (nella nt. 11), 125 ss.

⁴⁷ F. CARNELUTTI, *Metodologia del diritto* cit. (nella nota 27), 37 ss., secondo il quale un giurista che non vivesse immerso nella società, avvertendone le tendenze, costituirebbe una caricatura, inutile se non pericolosa, in quanto l’esperienza del giurista non può essere circoscritta ad un codice, al di fuori ed al di là della concreta realtà di un contratto, di atto, di un reato, di una sentenza; poco dopo, a p. 63, afferma espressamente che è ridicolo confondere «il codice con il diritto. Il codice non è che una faccia della medaglia; l’altra è costituita dagli atti di coloro che obbediscono e disubbidiscono».

del fatto che «una tra le manifestazioni più incisive della ‘rivoluzione’ operata da Giustiniano si è avuta nell’ambito dell’insegnamento del diritto», richiama l’attenzione sul fatto che «lo studio dell’insegnamento del diritto diviene tema centrale ai fini della comprensione della *legum permutatio*» (p. 34). In quest’ottica, Miglietta, dopo aver evidenziato che «il sistema generato dalla *legum permutatio* era stato applicato nella realtà senza alcuna esitazione e senza alcun ripensamento» (p. 46), sottolinea opportunamente, alla luce della concreta dialettica fra ‘potere’ e ‘libertà’, che «gli *antecessores* non si privavano della libertà di operare ampie ed originali modificazioni, addirittura di contestare la validità ‘assoluta’ delle norme imperiali, di cercare di ampliare o restringere la portata dei relativi effetti» (p. 52).

Il contributo di Francisco Cuenca Boy, dopo una breve premessa sulle diverse concezioni dell’artificialità del diritto (prospettate, rispettivamente, da Natalino Irti, Alessandro Somma, Francesco Viola e Nicolas Gómez Davila), è incentrato su tre punti della tesi di Filippo Gallo in ordine alla controversa definizione celsina del ‘*ius*’.

Il primo punto attiene alla «consistencia teórica de la disyunción arte/naturaleza en la que, según dicha lectura, se basa la definición» (p. 127). In proposito l’Autore, riprendendo una frase di Gómez Davila, afferma – a mio avviso fondatamente – che «Todo es artificial en derecho menos el derecho mismo» (p. 128). Il secondo punto attiene all’asserita necessità di valutare la definizione di Celso non già in chiave atemporale, bensì in stretta connessione con l’ordinamento giuridico del suo tempo, in conseguenza e per effetto della «inversión de la relación entre los casos concretos y las normas generales y abstractas» (p. 97 ss.), soprattutto dopo la «codificación o reordenación del edicto dispuesta por Adriano» (p. 99). Il notevole rilievo delle riforme di Adriano è un dato fuori discussione; non a caso, con specifico riferimento all’insieme delle sue riforme, l’avvento di Adriano è stato additato in dottrina come l’inizio del secondo principato. Sono convinto, tuttavia, che l’effettiva incidenza delle riforme, attuate da Adriano, sulla definizione celsina possa essere colta soltanto alla luce degli orientamenti ermeneutici di Celso in tema di atti autoritativi e, in particolare, degli editti pretori e delle costituzioni imperiali. Per quanto attiene agli editti pretori, l’ermeneutica celsina è caratterizzata, come ho chiarito in altra sede, dalla ricerca e dalla proposizione, in stretta connessione con i casi considerati, di soluzioni tecnico-processuali *ad hoc*, o perché sostanzialmente autonome rispetto agli enunciati edittali, o perché fondamentalmente sostitutive o integrative dei tipici e consolidati modelli edittali.⁴⁸ Per quanto attiene alle costituzioni imperiali, rilevano soltanto due frammenti del *corpus celsino*, riferibili a due rescritti imperiali [D. 2.3.13 (Cels. 30 *dig.*); D. 50.17.191 (Cels. 33 *dig.*)], forse entrambi di Adriano. Contrariamente a quanto è stato sostenuto in dottrina, il secondo testo, lungi dall’attestare la subalternità del giurista al potere imperiale,⁴⁹ prova a mio avviso «che Celso concepiva gli atti autoritativi del principe come possibile “oggetto” e non già come “limite” della libera attività interpretativa del giurista, assunto quale fulcro dell’intero sistema di formazione, realizzazione e sviluppo del diritto».⁵⁰ In ogni caso, ritengo che la svolta adrianea non incida affatto sulla potenziale atemporalità della definizione celsina, dato che quest’ultima non essendo di tipo ontologico, ma teleologico, mira a cogliere non già l’essenza costitutiva (normatività) del fenomeno giuridico, bensì il suo fine specifico, in assenza del quale non può sussistere, a prescindere dalle singole esperienze

⁴⁸ Sul punto rinvio a P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 205 ss.

⁴⁹ Così V. SCARANO USSANI, *I «beneficia principalia» in un dibattito fra primo e secondo secolo*, in *Labeo* 27, 1981, 325 ss.; e *Le forme del privilegio. Beneficia e privilegiafra Cesare e gli Antonini*, Napoli 1992, 69 ss. e, in particolare, 73-79.

⁵⁰ P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 221 ss. e, in particolare, 223 s.

spazio-temporali, la “giuridicità”. Il terzo punto attiene alla configurazione del *bonum et aequum* come unico criterio giuridico, capace di «ocupar tota la esfera del *ius*» (p. 112 ss. e 128). Cuenca Boy sostiene, in particolare, che «la exclusividad y la autonomia del *bonum et aequum*» non esistono, perché il criterio in questione è «un utensilo técnico que mide lo *iustum* pero no lo determina» (p. 129). Si tratta di considerazioni condivisibili, a mio avviso, soltanto se, in conformità alla tesi di Gallo, il *bonum* venga assunto come astratta “ragionevolezza” e l'*aequum* come astratta “uguaglianza proporzionale”.

Diversamente è da dire, a parer mio, assumendo l’endiadi ‘*bonum et aequum*’ nel senso concreto di “massimo raccordo possibile”, da un lato, fra l’interesse generale e l’interesse dei singoli (*bonum*) e, dall’altro, fra i contrapposti interessi dei soggetti coinvolti in rapporti di diritto privato o di diritto pubblico (*aequum*).

Sul contributo di Luigi Garofalo, incentrato sulla definizione celsina di ‘*actio*’, mi sembra qui sufficiente rinviare a quanto avrò modo di sottolineare nel paragrafo 12 e nella nota 98.

Il contributo di Cosimo Cascione verte sui criteri ermeneutici che erano stati, verosimilmente, formulati da Celso in sede di analisi casistica, ma che i compilatori giustiniane, isolandoli dall’originario contesto, inserirono, generalizzandone le soluzioni, rispettivamente, in D. 1.3, in tema di fonti di produzione del diritto (leggi, senatoconsulti, consuetudine), e in D. 34.3 e D. 45.1, in tema di atti negoziali. Con specifico riferimento ai sette frammenti celsini inseriti nel Titolo D. 1. 3 «*De legibus, senatusque consultis et longa consuetudine*», Cascione ritiene che Triboniano abbia utilizzato il pensiero di Celso in funzione della ‘*permutatio legum*’, rendendolo così «ostaggio dell’ideologia della legislazione giustiniana, ‘malgré soi’ naturalmente» (p. 164). In quest’ottica, le sintetiche ma equilibrate considerazioni, svolte da Cascione, mi sembrano sostanzialmente non dissimili da quelle da me, a suo tempo, analiticamente svolte, soprattutto con specifico riferimento a *leges* e a *stipulationes* [D. 34.5.26 (27); D. 45.1.99 pr. -1].⁵¹

Il contributo di Antonio Palma configura e valuta il ‘*ius controversum*’ come espressione dell’artificialità del diritto romano. In questa prospettiva l’Autore muove da una riflessione di Filippo Gallo «nella cui visione la creazione del diritto mediante la *receptio moribus*» ridimensionerebbe, a suo dire, «l’*interpretatio* del giurista escludendone il primato nella formazione dello *ius civile*» (p. 173). Affermazione, questa, che si pone in palese contrasto, a mio avviso, con quella di Pomponio, secondo il quale il ‘*ius civile in sola prudentium interpretatione consistit*’ (D. 1.2.2.12) [cfr. *infra*, § 9]. «Dal nucleo centrale della tesi avanzata da Filippo Gallo sono poi germinati – prosegue Palma – gli ulteriori suoi approfondimenti sui temi della consuetudine, del ruolo del pretore, del giudice e del rapporto tra norma e decisione» (p. 175). Nella prospettiva della decisione, l’ordine del giudizio, secondo Palma, «si sostanzia in primo luogo in un apprezzamento, in un atto intellettuale di valore gnoseologico, che produce un risultato sempre ineguale, che varia secondo le circostanze di tempo e di luogo». Il *bonum* e l'*aequum* costituirebbero «principi che concretizzano le fondamentali strategie del giudizio, cui corrispondono visioni etiche fondate su una concezione della giustizia come reciprocità, come giusto contraccambio». La struttura controversiale del diritto sarebbe, pertanto, «finalizzata a determinare, in tal modo, solu-

⁵¹ P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 30 s.; 100 ss.; 226 ss.; cfr. pure, con specifico riguardo all’ermeneutica negoziale, P. CERAMI, *Verba e voluntas in Celso figlio* cit. (nella nt. 11), in cui si sottolinea che «i criteri ispiratori dell’ermeneutica negoziale di Celso altro non sono, in definitiva, se non corollari della concezione del *ius* come *ars boni et aequi*» (p. 10 dell’estratto); e, con riferimento alla locuzione ‘*plenior interpretatio*’ in D. 13.5.18.1, P. CERAMI, *Plena interpretatio* cit. (nella nt. 11), 121 ss.

zioni giuste e per questo corrispondenti ad un parametro di *bonum et aequum* che si inverte nell'equilibrio determinato dal principio del giusto bilanciamento» (p. 179 s.). «Il diritto romano, come ogni ordine giuridico – conclude Palma –, non può essere contemplato da un solo punto di osservazione, nel caso di specie quello dei *prudentes*, il pensiero dei quali, enfaticamente nella affascinante macchina metatestuale che sono i *Digesta* di Giustiniano, ha in effetti conformato l'identità della tradizione romanistica, garantendone la fortuna nei secoli» (p. 230).

Il commercialista Gastone Cottino, nel suo contributo, muovendo «da un contesto, e da un *habitus* di studi, almeno apparentemente, assai distanti» (p. 233), richiama l'attenzione, con specifico riguardo all'avvento della società mercantile, sulla «eredità non perduta del diritto romano», come attesta soprattutto il «rovesciamento del ruolo della consuetudine come fonte del diritto: totalmente svalutata e svilita da Giustiniano ed invece elemento centrale nella formazione del diritto commerciale» (p. 239). Per quanto attiene, in particolare, al binomio '*bonum et aequum*' della definizione celsina, Cottino sottolinea che «certo il *bonum*, ma anche l'*aequum*, nei limiti in cui lo si poteva realizzare in una società così stratificata quale quella comunale mercantile, erano pur essi volti a una fruttuosa moltiplicazione degli affari, delle regole e delle convenienze che caratterizzarono i ceti mercantile e artigiano di quella lontana, ma non inattuale, stagione umana» (p. 246 s.).

8. ANALISI DEI PUNTI FONDAMENTALI DELLA DEFINIZIONE CELSINA E DELLE SUE DIVERSE INTERPRETAZIONI: LA NATURA DELLA *DEFINITIO*.

Procederò ora all'esame dei punti fondamentali della definizione celsina, alla luce delle diverse interpretazioni che sono state prospettate in dottrina, iniziando dal tema della natura della *definitio*. Ho già premesso [§ 2] che, a mio avviso, la definizione celsina non è ascrivibile alla specie della definizione reale o ontologica, bensì a quella della definizione teleologica, giacché non denota l'essenza del '*ius*', ma si limita ad indicare il fine specifico cui deve esso tendere. In altri termini, ritengo – come ho già precisato a suo tempo⁵² – che la definizione del *ius* formulata da Celso consista in una equazione semantica fra il *definiendum* '*ius*' e i *definiens* '*ars boni et aequi*', che esprimono la stessa idea insita nel *definiendum*. E' questo, in effetti, un orientamento ampiamente diffuso in dottrina; Gallo, tuttavia, pur evidenziando che «le definizioni in cui il *definiendum* e il *definiens* sono congiunti col verbo essere (solitamente con "è"), non offrono di regola elementi per stabilire se i loro autori ebbero di mira una definizione nominale o reale» (*Opuscula selecta*, 568), propende per la definizione reale, anche in considerazione del fatto che, in ogni campo e soprattutto in quello giuridico, «la ripulsa, in sede teorica, della definizione reale è di epoca recente», imputabile, a suo dire, all'influsso della filosofia analitica.⁵³ Non a caso, infatti, Lantella, sulla scia di Gallo, parla decisamente di definizione reale [sopra, § 4]. L'effettiva opzione da parte di Gallo, per quest'ultima specie di definizione è, peraltro, pienamente confermata dal fatto che lo stesso Gallo inquadra la definizione celsina nello schema metodologico del genere prossimo e della differenza specifica. Io, invece, sono fermamente convinto che il carattere reale o nominale dei segni *definitio* e *definire* possa e debba essere desunto soltan-

⁵² P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 20; per la natura teleologica della definizione v. pure *Ricerche romanistiche e prospettive storico comparatistiche* cit. 226; *La scuola del diritto* cit., 466 s.; '*Ius*' e '*diritto*': il problema della definizione cit., 31 ss.

⁵³ F. GALLO, *Sulla definizione celsina (opuscula selecta)* cit., 555 s.; vedi pure ID., *La 'verità'* cit., § 4.

to dalle modalità del loro impiego nel lessico giuridico e, più in generale, nel lessico di altri settori della cultura latina. Per quanto attiene, in particolare, ai testi dell'area giuridica, un prezioso e insostituibile contributo è costituito dall'accurata indagine condotta da Bernardo Albanese su oltre 400 ricorrenze dei segni *definitio* e *definire*.⁵⁴ Specificamente, Albanese inserisce la definizione celsina del *ius* fra un cospicuo gruppo di testi giurisprudenziali, nei quali il valore dei segni in questione «si connette all'operazione mentale dello spiegare il significato di una parola o di una espressione»: valore praticamente esclusivo del linguaggio dei giuristi, ma ricorrente ampiamente anche nelle fonti filosofiche e retoriche.⁵⁵

Con specifico riferimento alle fonti retoriche, accanto ai brani richiamati dall'Albanese (nella nt. 29 della p. 718), mi sembra emblematica, nell'ottica del nostro discorso, l'opzione quintiliana per la più diffusa definizione dell'*ars rhetorica* come bene '*dicendi scientia*' [sopra, § 4]. Non meno significativa risulta, ai nostri fini, la notissima definizione ciceroniana della '*res publica*' (*de re publ.* 1.25.39: *res publica est res populi*), che si risolve in una equazione semantica (*est*) fra il termine *definiendum* '*res publica*' e i termini *definientes* '*res populi*'. Merita, altresì, un cenno anche un brano della *praefatio* del primo libro del '*De architettura*' di Vitruvio. Dopo avere sottolineato che in tutti i campi, come anche nell'ambito dell'architettura, rilevano due elementi, ciò che è significato (*quod significatur*) e ciò che significa (*quod significat*), Vitruvio sottolinea, subito dopo, che ciò che è significato è costituito dall'oggetto dell'arte architettonica (il manufatto già costruito o da costruire) e ciò che significa si risolve e si estrinseca nella spiegazione dell'oggetto, professionalmente effettuata dall'*artifex*, in perfetta conformità alla metodologia propria dell'arte architettonica.⁵⁶

L'ampia diffusione della *explicatio nominis* non esclude certo la conoscenza e l'impiego della definizione reale e di altre specie di definizioni nell'ambito del lessico dei ceti intellettuali di Roma e, in particolare, del lessico filosofico. Con riferimento a quest'ultimo, Isidoro di Siviglia nel capitolo 29 del secondo libro delle sue *Etymologiae* elenca ben 15 specie di definizioni (*Etym.* 2.29.1-16); la prima, che Isidoro considera la definizione nel senso più proprio ed esatto del termine, è costituita appunto, nell'ambito del lessico filosofico, dalla definizione sostanziale, fondata sull'essenza di una realtà, della sua qualità e di come essa sia probabilmente composta: '*definitio est Philosophorum, quae in rebus exprimendis explicat quid res ipsa sit, qualis sit, et quemadmodum membris suis constare debeat*' (*Etym.* 2.29.1). La definizione, prosegue Isidoro, costituisce un discorso breve (*oratio brevis*), volto ad evidenziare, con una appropriata formulazione, la natura di ciascuna realtà, separandola dalle altre affini.⁵⁷

Sulla base di questi elementi (essenza, qualità, caratteristiche), strettamente legati all'ontologismo della logica classica, la scienza giuridica europea ha tradizionalmente ravvisato – come è stato acutamente osservato dall'Orestano – nella definizione reale la «ricerca di

⁵⁴ B. ALBANESE, *Definitio periculosa: un singolare casi di duplex interpretatio*, in *Studi in onore di G. Scaduto*, III, Padova 1970, 301-376; ripubblicato in B. ALBANESE, *Scritti giuridici I, Circolo giuridico «L. Sampolo»*. Riv. di dottrina e giurisprudenza fondata nel 1870, Palermo 1991, 703-778. L'Autore ha individuato accezioni e valori dei segni in questione ben più numerosi di quelli registrati nel *Vocabularium iurisprudentiae romanae* o nel *Handlexicon* di Heumann-Seckel.

⁵⁵ B. ALBANESE, *Definitio periculosa* cit., 316-318 e nt. 29 (718-720 e nt. 29).

⁵⁶ Vitruv., *de arch., praef.* 1.1.3: '*cum in omnibus rebus, tum maxime etiam in architettura haec duo in-sunt, quod significatur et quod significat. Significatur proposita res de qua dicitur, hanc autem significat demonstratio rationibus doctrinarum explicata*'.

⁵⁷ Isid., *Etym.* 2.29.1: '*Est enim oratio brevis uniuscuiusque rei naturam a communione divisam propria significatione concludens*'.

una “essenza” determinabile *per genus et differentiam*, presupposto inscindibile di ogni classificazione in “generi” e “specie”.⁵⁸ Di qui i diversi tentativi, rimasti infruttuosi, di additare, in base ai diversi orientamenti dottrinari, l’essenza e connessi caratteri differenziali del diritto, rispettivamente: a) per l’essenza, nelle norme (soprattutto nella versione Kelseniana), nei fatti normativi e nei fatti di produzione normativa,⁵⁹ nei semplici fatti della realtà oggettiva,⁶⁰ nell’equazione “diritto-istituzione” (nella versione, soprattutto di Santi Romano); b) per i caratteri, nel rapporto “comando-obbedienza”, nella vincolatività e coercibilità degli enunciati,⁶¹ nella volontà dello Stato o in quella di un Ente sovrannaturale.

Orbene, l’infruttuosità dei diversi tentativi di definire ontologicamente il fenomeno giuridico è da imputare al fatto che il diritto non è una categoria logica, ma una realtà storico-sociale, varia e mutevole, che può manifestarsi, nella concretezza delle singole esperienze spazio-temporali, ora come ritualità, ora come imperatività, ora come diretta e immediata estrinsecazione dell’azione-potere. La definizione celsina non coinvolge minimamente il tema dell’essenza e dei caratteri del fenomeno giuridico; si limita soltanto a individuarne il fine specifico e i connessi criteri per attuarlo, in mancanza dei quali la giuridicità, intesa e assunta non già in senso metafisico e metastorico, ma in senso etico-umanistico, inscindibilmente correlato alla natura razionale dell’uomo, non può che dissolversi fatalmente nell’antigiuridicità.

9. IDENTIFICAZIONE DEL *DEFINIENDUM*.

Come ho già sottolineato [§ 2] sono convinto che, nel contesto della definizione celsina, il segno ‘*ius*’ denoti l’intera fenomenologia giuridica, comprensiva dell’attività eminentemente costitutiva della giurisprudenza, sotto il duplice profilo, creativo e determinativo. Gallo ha sostenuto, per contro, che il *definiendum* sia da riferire esclusivamente al diritto oggettivo, rigorosamente distinto dall’attività conoscitiva e determinativa dei giuristi romani. Il romanista torinese non si limita alla semplice identificazione, ma manifesta «imbarazzo di fronte all’onere di dimostrare che, nella definizione in esame, *ius* significa diritto. E’ come dover dire che la neve è bianca nei confronti di chi asserisce che essa è rossa» (*Opuscula selecta*, 570). L’imbarazzo non ha, in effetti, ragion d’essere, per il semplice motivo che il paragone non regge, e non già perché il diritto è incolore, ma perché il fenomeno giuridico si manifesta, nel tempo e nello spazio, in forme nettamente differenziate, anche – e, direi, soprattutto – per quanto attiene al suo rapporto con l’attività dei giuristi. E, invero, se è innegabile che la giurisprudenza costituisce – come ha fondatamente asserito Capogrossi [cfr. § 4] – la forma universale di produzione, che abbraccia e comprende in sé tutte le altre forme, nel senso che (penso di potere aggiungere) funge da filtro attra-

⁵⁸ R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 393 s.

⁵⁹ Così, con specifico riferimento all’esperienza giuridica della Roma arcaica, R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell’esperienza romana arcaica*, Torino 1967, 1 ss.

⁶⁰ Così K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto*, trad. it. di S. Castiglione, Milano 1967, 5 ss. e, segnatamente, 18 s., secondo il quale non sarebbe indispensabile arrivare ad una definizione del diritto, perché lo scopo fondamentale della ricerca giuridica dovrebbe essere soltanto quello di effettuare una descrizione e un’analisi dei fatti.

⁶¹ Secondo K. OLIVECRONA, *Il diritto come fatto* cit., 6, la forza obbligatoria del diritto non sarebbe altro che una “credenza”, che viene difesa a tutti i costi, e con tanto accanimento, al di là delle esigenze stesse della verità.

verso cui passa il fenomeno giuridico nelle sue varie manifestazioni,⁶² mi sembra non meno innegabile che l’incidenza dei giuristi nel processo di produzione del diritto sia minima, se non del tutto irrilevante, nei sistemi di tipo legislativo-statuale;⁶³ ma, per contro, è ed era massima nei sistemi di tipo casistico-giurisprudenziale, qual era, appunto, quello del tempo di Celso.⁶⁴

Della centralità del ruolo dei *iuris periti*, nel quadro complessivo della formazione e dello sviluppo del diritto romano furono peraltro ben consapevoli gli stessi giuristi classici, come attestano, in particolare, quattro notissimi brani dei *Digesta* giustinianeî, tratti rispettivamente da scritti di Pomponio, di Gaio, di Giuliano e di Papiniano. Il primo, dopo avere evidenziato nella prima parte del suo *Enchiridion* (*de origine atque processu iuris*) che il ‘*proprium ius civile*’, *sine scripto*, ‘*in sola prudentium interpretatione*’ consistit (D. 1. 2.2.12), nella terza parte (*de auctorum successionem*) afferma in modo perentorio che la certezza e il progresso del diritto sono indissociabili dall’attività tecnico-professionale del giurista: ‘*constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cottidie in melius produci*’ (D. 1.2.2.13). Il secondo, nel *Commentarius Primus* delle *Institutiones*, annovera, sotto la Rubrica ‘*De iure civili et naturali*’, i *responsa prudentium* (estesi alle *sententiae et opiniones*) fra i ‘*iura populi Romani*’ (Gai 1.2 e 7). Il terzo, nel novantesimo libro dei suoi *Digesta* configura l’interpretazione giurisprudenziale e il potere normativo del principe come “concorrenti” strumenti di certezza del diritto: ‘*Et ideo de his quae primo constituuntur, aut interpretatione optimi principis certius statuendum est*’ (D. 1. 3 11). Il quarto, definito, nel § 1 della *const. ‘Omniem*’, *sublimissimus*, nel 2° libro *Definitionum*, afferma esplicitamente che ‘*ius autem civile est quod ex legibus, senatusconsultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit*’ (D. 1.1.7).

Tutto ciò considerato mi sembra che si possa ragionevolmente affermare che il segno ‘*ius*’, nel contesto della definizione celsina e in perfetta sintonia con la concezione del diritto di quel tempo, sia da identificare con il “diritto giurisprudenziale”. Adoperando il sintagma “diritto giurisprudenziale”, che esprime efficacemente, a mio avviso, il senso e il va-

⁶² Sul binomio “produzione-interpretazione” del diritto nell’esperienza giuridica romana cfr. P. CERAMI – M. MICELI, *Storicità del diritto. Strutture costituzionali, fonti, codici. Prospettive romane e moderne*, Torino 2018, 409-470.

⁶³ Sui rapporti intercorrenti fra il diritto e la giurisprudenza nell’ambito dell’esperienza giuridica in generale e, segnatamente, di quella romana, cfr. P. CERAMI, *Giurisprudenza-scienza giuridica nel diritto romano* cit., § 3.

⁶⁴ Scrive, in proposito L. VACCA, *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano*, Torino 1989, 60, che la definizione celsina «esprime l’orgoglioso convincimento del giurista che il “diritto”, nella sua dimensione dinamica e “aperta” a continue innovazioni e adattamenti, si identifica con la specifica “arte” di trovare il ‘*bonum et aequum*’». Non dissimile mi sembra la puntuale riflessione di A. MANTELLO, *Il sogno, la parola, il diritto. Appunti sulle concezioni giuridiche di Paolo*, Pubblicazioni dell’Università di Macerata 1993, 59, il quale richiama l’attenzione sul «consapevole rilievo attribuito – sulla scorta di una certa nozione di *ars* –, a quel ruolo filtrante, d’ago della bilancia, che la giurisprudenza romana aveva. A Celso interessa – come dire? – dar risalto allo *Juristenrecht* quale distillato ultimo dei processi interni all’esperienza giuridica. E con soluzione geniale, procede di conseguenza». Già Giambattista VICO, nel Capitolo 188 del ‘*De uno universi iuris principio et fine uno*’, in *Opere Giuridiche. Il Diritto universale*, a cura di P. CRISTOFOLINI, Firenze 1974, 288, la cui Rubrica suona ‘*Definitio iurisprudentialis benignae*’, aveva ravvisato nell’enunciato celsino la definizione della giurisprudenza benigna, volta a pareggiare le *utilitates*: «*Quapropter a Celso, ipsius Ulpiani iudicio, eleganter definita ‘ars aequi boni’, seu solertia aequandarum utilitatum, nullo iure, nulla lege, nulla formula, quae iniquum dictat, spectata. Nec sinit leges ullas per inertiam ociari; sed, ubicumque opus est, diligenter curat ut aliquam afferant utilitatem*».

lore dell'affermazione pomponiana '*constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cotidie in melius produci*' (D. 1.2.2.13),⁶⁵ ritengo di potere rimuovere l'equivoco suscitato dall'impiego del binomio "diritto-scienza", utilizzato, a suo tempo (nel 1985), per designare e cogliere il senso unitario della giuridicità al tempo di Celso. Parlando di scienza non intendevo, ovviamente, riferirmi all'attività di elaborazione e concettualizzazione svolta dalla *iuris prudentia*, ma alla sua configurazione come una (ma non certo l'unica) '*via iuris constituendi*' (D.1.2.2.11), intesa e assunta nel significato pregnante di '*pars iuris*', e cioè come specifica forma di produzione⁶⁶ e di sviluppo dell'intero *processus iuris*. Per tanto, l'asserzione di Gallo, secondo cui la giurisprudenza si sarebbe occupata soltanto «dell'interpretazione (nella quale può farsi rientrare anche l'attività sistematrice) e dell'applicazione del diritto, non della sua produzione», mi sembra in aperto contrasto con i dati desumibili dalle fonti giurisprudenziali.⁶⁷

10. IL SENSO DEL SEGNO 'ARS'.

Ho già premesso [§ 3, lettera e)] che, secondo Gallo, Celso, versando il diritto nell'*ars*,

⁶⁵ Con specifico riferimento alla locuzione '*iuris scientia*' e all'affermazione pomponiana sopra trascritta, G.G. ARCHI, *Giustiniano e l'insegnamento del diritto*, in *L'Imperatore Giustiniano. Storia e mito. Giornate di studio a Ravenna 14-16 ottobre 1976*, Milano 1978, 107, così scrive: «non è possibile avere l'esatta intelligenza di ciò che i classici intendono con quella espressione, se non si tiene ben fermo nella propria mente che il diritto classico era per grandissima parte diritto giurisprudenziale e in conseguenza che in esso i singoli giuristi avevano quella funzione creatrice e docente insieme, che Pomponio nella sua esposizione storica intende mettere in rilievo. Si ricordi a questo proposito, per la sua importanza fondamentale, la frase finale di D. 1.2.2.13: *...quod constare non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus, per quem possit cotidie in melius produci*». Secondo S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*, Milano 1993, 481, la *iuris prudentia* costituiva una tipologia di «*ars* che, organizzata in sapere scientifico e pragmatico, doveva reputarsi caratterizzata, oltre che per una normale postulazione di valori per essa qualificanti (*bonum et aequum*), anche per la capacità di una loro utilizzazione in funzione costitutiva di un nuovo *ius*».

⁶⁶ Sottolinea, in proposito, G. NICOSIA, *Nuovi profili istituzionali del diritto privato romano*, Catania 2013, 46, che «l'opera della *iuris prudentia* si sovrappone sempre (in varia guisa e misura) all'apporto palesemente normativo delle fonti autoritative, integrandole e compendiandole. L'*interpretatio iuris* dei *prudentes* fu considerata, nella concezione romana risalente all'epoca antica e rimasta sempre viva, non come un'operazione meramente logica (nel senso stretto del termine moderno) del loro significato, bensì come un'attività più libera e sostanzialmente creativa. Ai *iuris prudentes* era in larga misura riconosciuta la facoltà di partecipare attivamente al processo di formazione del *ius*».

⁶⁷ A. MANTELLO, *Il sogno, la parola, il diritto* cit. (nella nt. 52), 57 s., ha ragionevolmente osservato, in proposito, che «nonostante le molte pagine dedicate anche di recente a sostenere il contrario, pare ben difficile che la *definitio* di Celso non riguardasse la giurisprudenza», precisando subito dopo: «Ha ragione Cerami, là dove sottolinea la funzione coagulante, di filtro, qui riconosciuta ai giuristi e precisa che essa viene rappresentata attraverso un impiego del termine *ars* non nel senso di "scienza sistematica", ma di "ricerca ... e prassi ... metodico-specialistica, ovvero ... 'esperienza' metodicamente qualificata, il cui '*idion*' epistemologico ... è dato ... dalla peculiarità del fine, che Celso riassume nella formula tecnica *bonum et aequum*»; v., inoltre, dello stesso Autore, *La retorica di Celso figlio. A proposito d'una quaestio de bono et aequo*, in *Studi per G. Nicosia*, V, Milano 2007, 140, e *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in SDHI 74, 2008, 62 e nt. 129. Cfr. pure G.G. ARCHI, *Per il rinnovamento della didattica*, in *Scritti di diritto romano*, IV. *Il lascito dell'esperienza giuridica del V e del VI secolo*, Milano 1995, 102 s. e nt. 14. Accetta, per contro, il punto di vista di Gallo, A. TORRENT, *Celso, Kelsen, Gallo e la rifondazione della scienza giuridica*, in Index 40, 2012, 542.

avrebbe coscientemente valutato il diritto dal punto di vista della sua artificialità, e, cioè, della sua produzione da parte dell'uomo. Starebbe esattamente in ciò l'aspetto innovativo della definizione celsina. Gallo ritiene, in particolare, di potere ravvisare una coincidenza con la sua interpretazione nella glossa '*ius est ars*' a D. 1.1.1 pr.; e, precisamente, nel terzo significato del segno '*ars*' – menzionato in seguito ai due precedenti significati di '*scientia finita*' e di '*species iuris*' (*praetorium, civile, naturale, gentium*) –: «*vel tertio, ars, id est artificium, nam author iuris est homo, iustitiae Deus*» (*Opuscula selecta*, 575 e nt. 74). Specificamente, egli suppone che nel testo della Glossa affiori una preferenza per questo terzo significato. Riccobono suppone, invece, che il primo significato di '*scientia finita*', che egli interpreta nell'accezione di "sistema", rifletta il punto di vista della Glossa.⁶⁸

Sono fermamente convinto – come avevo, peraltro, già precisato nel 1985 – che l'idea del sistema, dialetticamente costruito, sia estranea non soltanto alla concezione celsina del diritto, ma anche, più in generale, alla svolta epistemologica del secondo secolo d. C., contraddistinta dalla configurazione della scienza come "somma" di "massime d'esperienza".⁶⁹ Sono, però, altrettanto convinto che l'opzione celsina per il segno '*ars*' non possa essere addebitata nella semplice artificialità del diritto, e, quindi, nella sua produzione da parte dell'uomo. Ed, invero, se l'aspetto innovativo della definizione celsina fosse da imputare esclusivamente alla valutazione del diritto dal punto di vista della sua produzione da parte dell'uomo, la novità dell'enunciato del giurista adrianeo equivarrebbe, a ben riflettere, ad una trionfale scoperta simile a quella dell'acqua calda. Il superamento, intorno alla metà del II sec. a.C., della originaria simbiosi fra religione e diritto e la conseguente laicizzazione del *ius civile* e della *iurisprudencia* avevano già conferito al *ius*, unitariamente inteso, una dimensione essenzialmente umana.⁷⁰ Si aggiunga, inoltre, che nell'ambito generale della cultura greco-romana, successiva all'età di Socrate e dei Sofisti, era pacificamente ammesso che il diritto fosse una creazione eminentemente umana, in opposizione al risalente punto di vista dei filosofi naturalisti, per i quali tutto il diritto era una proiezione del divino nel mondo umano. In proposito così scrive Guido Fassò: «I pensatori naturalisti anteriori a Sofisti e a Socrate avevano ... proiettato nel mondo fisico l'idea di un ordine razionale, che essi avevano attinto all'esperienza giuridica e politica; ma, nel far ciò, essi avevano oggettivato in una realtà naturale, esterna al soggetto umano, quella che nella sua origine era una creazione dell'uomo: l'idea appunto di ordine sociale e giuridico».⁷¹ Poco dopo l'Autore

⁶⁸ S. RICCOBONO, *La definizione del 'ius' al tempo di Adriano* cit., 50 e nt. 2; v. pure G. VON BESELER, *Kapitel der antiken Rechtsgeschichte*, in BIDR 51-52, 1948, 295 s.

⁶⁹ Su punto rinvio a P. CERAMI, *il concetto di scienza nel II secolo d. C.*, in Atti Accademia di Scienze Lettere e Arti di Palermo 40, 1980-81, Palermo 1983, 169-204. Anche P. VOCI, "*Ars boni et aequi*" (*Ultimi scritti*) cit., 292, considera estranea al pensiero di Celso l'idea del sistema. E' più sfumato il punto di vista di B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo 1978, 80, secondo cui «*ars* è probabilmente concetto originale di Celso, ed indica acutamente, oltre che l'idea di "tecnica" creativa (in riferimento alla scienza del *ius*), anche la natura fondamentale di sistema armonico che inerisce al fenomeno giuridico».

⁷⁰ Basti pensare, con specifico riguardo al segno '*ius*', alla ben nota asserzione di Isidoro di Siviglia nel quinto libro delle *Etymologiae*, intitolato '*De legibus et temporibus*': «*Fas lex divina est, ius lex humana*» (*Etym.* 5.2.2), ancorché, in effetti, anche il *ius naturae*, prescindendo da diffuse proiezioni assolutizzanti, costituisce una creazione umana. In tal senso v. pure R. FIORI, *Rec.* a A. TRISCIUOGGIO (a cura di), *Valori e principi del diritto romano. Atti della giornata di studi per i 100 anni di Silvio Romano, Maestro di Istituzioni* (Torino, 12 ottobre 2007), Napoli-Roma, 2009, in ZSS 129, 2012, 877 s. e ntt. 8 e 9.

⁷¹ G. FASSÒ, *Storia della filosofia del diritto*, I. *Antichità e Medioevo*, Bologna 1966, 38.

sottolinea che «la contrapposizione del *nomos* (parola che spesso conserva tuttavia ancora, più che quello di legge, il significato originario di “costume”, “uso”, e che soprattutto ha il significato di “creazione umana, artificiale”) alla natura (*physis*), non è esclusiva della Sofistica, e non è limitata al campo etico-giuridico, e neppure a quello filosofico. La si incontra anche nel linguaggio dei medici della medesima epoca».⁷² Ne consegue, a mio avviso, che il senso del «colpo d'ala» di Celso (richiamando, in questa sede, la metafora di Gallo) vada cercato in altra direzione. Nel § 4, occupandomi della sintesi interpretativa di Lelio Lantella, ho evidenziato la differenza che intercorre fra la definizione quintilianea dell'*ars rhetorica*, assunta, oltre che come attività pratica diretta ad un fine (*artem constare ex perceptionibus consentientibus et coexercitatis ad finem utilem vitae*: *Inst. orat.* 2.17.41),⁷³ anche come '*scientia*', che '*disciplina percepi debet*' (*Inst. orat.* 2.14.5; 2.15.38) e la definizione celsina del *ius*, caratterizzata dalla consapevole e ponderata esclusione dei segni '*scientia*' e '*disciplina*', con l'evidente obiettivo di accentuare, tenuto conto del significato ambivalente di sapere e di agire (cfr. *infra*, nt. 74), insito nel segno '*ars*', l'aspetto essenzialmente pragmatico della fenomenologia giuridica.

In quest'ottica un interessante e illuminante indizio può essere desunto, a mio avviso, dall'esordio del primo libro delle *Etymologiae sive Origines* di Isidoro di Siviglia, intitolato '*De disciplina et arte*', e, segnatamente, dal terzo paragrafo, in cui si puntualizza la fondamentale differenza che intercorre fra l'ambito denotativo dei segni '*disciplina-scientia*' e quello del segno '*ars*':

Isid., *Etym.* 1.1.1-3: '*Disciplina a discendo nomen accepit: unde et scientia dici potest. Nam scire dictum a discere, quia nemo nostrum scit, nisi qui discit. Aliter dicta disciplina, quia discitur plena. 2. Ars vero dicta est, quod artis praeceptis regulisque consistat . . . 3. Inter artem et disciplinam Plato et Aristoteles hanc differentiam esse voluerunt, dicentes artem esse in his quae se et aliter habere possunt; disciplina vero est, quae de his agit quae aliter evenire non possunt. Nam quando veris disputationibus aliquid disseritur, disciplina erit: quando aliquid verisimile atque opinabile tractatur, nomen artis habebit*'.

Isidoro, dopo avere sottolineato, nei primi due paragrafi, la sostanziale equivalenza dei segni '*scientia*' (traduzione latina del greco ἐπιστήμη) e '*disciplina*', che derivano rispettivamente da verbi *scire* (sapere) e *discere* (apprendere) [§ 1] e dopo avere precisato che il segno '*ars*' (traduzione latina del greco τέχνη), è così denominato, perché si risolve nella conoscenza e nell'impiego di pragmatiche prescrizioni e regole,⁷⁴ funzionali (*artis*) alle diverse tipologie di *ars* [§ 2], ravvisa, nel terzo paragrafo, la differenza fra *disciplina* (o *scientia*) e

⁷² G. FASSÒ, *Storia della filosofia* cit., 39.

⁷³ A. MANTELLO, *Il sogno, la parola* cit. 58, ravvisa, a ragione, nelle parole '*ad finem utilem vitae*' l'esaltazione «della prospettiva teleologica che compare anche nella *definitio* celsina». Anche V. SCARANO USSANI, *L'ars dei giuristi* cit., 114, pensa che il giurista adrianeo «doveva considerare il *ius* un insieme di conoscenze concordanti e messe in pratica per un fine utile alla vita: dunque una scienza di immediata utilità sociale, avente il proprio *telos* nel *bonum et aequum*». La prospettiva teleologica che caratterizza la definizione di Celso è stata colta anche da DANTE: «*Nam illa Digestorum descriptio non dicit quod quid est iuris, sed describit illud per notitiam utendi illo*» (*Monarchia* 2.5.1).

⁷⁴ L'ambivalenza di sapere e di agire, insita nel segno *ars* (equivalente, nel contesto dell'enunciato celsino, al segno greco τέχνη; v. pure, in tal senso, F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte* I, München 1988, 508, nt. 26), è attestata esplicitamente da Mario Vittorino (*Explanatio* in *Rhet. Cic.*), su cui P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 16 s.

ars – nonostante l’innegabile e frequente uso promiscuo di tali segni – nel fatto che la prima opera sulla base di argomentazioni vere (ritenute, cioè, certe e inconfutabili) e la seconda sulla base di argomentazioni verosimili o opinabili (ritenute, in quanto tali, confutabili, come prova, nell’ambito dell’esperienza giuridica, il *ius controversum*), posto che – come asserisce Aristotele, *Metaph.* Libro sesto, capitolo quarto, 1027b-1028 a) – il vero e il falso non stanno nelle cose, ma nel pensiero.⁷⁵ Prescindendo, in questa sede, dal tema della genesi storica della distinzione,⁷⁶ ai nostri fini, mi sembra particolarmente significativa l’affermazione che l’oggetto dell’*ars* sia costituita da ‘*aliquid verisimile atque opinabile*’.⁷⁷ Se, alla luce di questa affermazione, valutiamo alcuni specifici tratti del pensiero giuridico di Celso – e, precisamente: a) la disapplicazione dei principii astrattamente formulati dalla *scientia iuris* nei casi in cui risultassero incompatibili con i criteri operativi del *bonum et aequum*;⁷⁸ b) la configurazione degli atti autoritativi come semplici modelli di soluzione dei casi;⁷⁹ c) il dubbio metodico nell’impostazione e nella soluzione di casi complessi⁸⁰ –, possiamo facilmente capire il concreto motivo dell’impiego, da parte del giurista adrianeo,

⁷⁵ V., in proposito, A. PIERETTI, v. ‘Verità’, in *Enciclopedia filosofica Bompiani*, Milano 2006, 12049 ss. e, segnatamente, 12051. Mi sembra, pertanto, sofisticato il ragionamento di F. GALLO, *La ‘verità’: valore sotteso alla definizione celsina* cit., § 1, il quale muove dall’accezione del segno “verità” come conformità o rispondenza alla realtà, ma poi afferma che «il diritto è un elemento artificiale sovrapponentesi, come tale, alla realtà, ma una volta posto, ne diviene parte». Sul binomio ‘*veritas-aequitas*’ nel pensiero di Cicerone v. O. SACCHI, *L’interpretazione del giurista come fonte creativa del diritto: problemi della contemporaneità e certezze del passato*, in F. REINOSO BARBERO (coordinador), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid 2014, 22. Sul rapporto giustizia-verità nel pensiero di Celso v. A. SCHIAVONE, *Ius* cit. (in nt. 6), 371. Per un esame analitico del tema della ‘*veritas*’ nell’esperienza giuridica romana v. C. CASCIONE, C. MASI (a cura di), *Quid est veritas? Un seminario su verità e forme giuridiche*, Napoli 2013; e, in particolare, i contributi di C. MASI DORIA, *Una storia della ‘veritas’ nell’esperienza giuridica romana. I. Dalle basi culturali al diritto classico*, 1-64; C. CASCIONE, *Una storia della ‘veritas’. II. Diritto tardo antico*, 65-108, e di G. FALCONE, *La veritas delle leges: C. 7.62.39.2 a; Const. ‘Tanta’ §§ 10 e 12*, 451 ss.

⁷⁶ Additata da Isidoro nel pensiero di Platone e di Aristotele, con ovvio riferimento, s’intende, ai corrispondenti segni greci.

⁷⁷ Con specifico riferimento al complesso e dibattuto tema della ricerca e dell’accertamento della verità giudiziaria, soprattutto nel delicato settore del processo criminale, il rilievo eminentemente pragmatico del ‘*veri simile*’, al di fuori e al di là di ogni astratta aporia di *mendacium* e *veritas* (Cic., *de orat.* 2.7.30), è stato realisticamente sottolineato da Cicerone nel ‘*De officiis*’, con particolare riguardo all’*officium* del difensore (*de off.* 2.14.51). Sul punto P. CERAMI, G. DI CHIARA, M. MICELI, *Profili processualistici dell’esperienza giuridica europea. Dall’esperienza romana all’esperienza moderna*, Torino 2003, 98 ss. (per la prova retorica); 298 ss. (per il pensiero ciceroniano); 208 ss. (per l’esperienza moderna). Sul binomio ‘*veritas-utilitas communis*’ cfr. *Rhet. ad Her.* 2.13.20: *Ex aequo et bono ius constat, quod ad veritatem <et utilitatem> communem videtur pertinere*.

⁷⁸ Sono emblematici, in tal senso, due ben noti frammenti, D. 8.3.11 e D. 45.1.91.3, afferenti, rispettivamente, ai principii dell’*una servitus* e della ‘*perpetuatio obligationis*’, in ordine ai quali Celso evidenziava i rischi che potevano scaturire dall’impiego di un formalismo ermeneutico fondato su mere deduzioni sillogistiche; e i non meno celebri frammenti D. 12.2.32, in tema di *delegatio promittendi mutui causa*, e D. 41.3.27, in tema di *usucapio pro suo*. Su D. 8.3.11; D. 45.1.91.3 e D. 41.3.27 v. P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 86-110. Su D. 12.1.32 v. P. CERAMI, *Riflessioni in tema di ‘condictio Iuventiana’* cit., 159-164.

⁷⁹ Sul punto P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 100-229.

⁸⁰ È emblematico, sotto questo profilo, il ‘*subsisto*’ del frammento D. 12.1.32, chiarissima espressione epistemologica del dubbio metodico in sede di analisi di fattispecie complesse o problematiche, su cui v. P. CERAMI, *Riflessioni in tema di ‘condictio Iuventiana’* cit., 160.

del segno *ars*, anziché del segno '*scientia*',⁸¹ per denotare l'intera gamma della fenomenologia giuridica: produzione, interpretazione, applicazione; tutte operazioni che non soltanto variano nel tempo e nello spazio, ma che richiedono altresì di essere costantemente calibrate, caso per caso – in piena sintonia con la configurazione celsina della giuridicità in termini di descrittiva e concreta "normalità", sotto il duplice profilo della tipicità e della congruenza di disposizioni, comportamenti e soluzioni con un determinato assetto economico-sociale⁸² –, per tentare di coniugare due esigenze apparentemente inconciliabili della vita del diritto: certezza (aspirazione alla massima oggettività possibile) e concretezza (aspirazione alla massima concretezza possibile) dell'ordinamento giuridico.

11. L'ENDIADI '*BONUM ET AEQUUM*'.

Nei precedenti due paragrafi ho cercato di evidenziare che, nel contesto della definizione teleologica formulata da Celso, il segno '*ars*' denota il complesso delle operazioni pragmatiche afferenti al diritto giurisprudenziale, considerato e assunto nelle sue diverse estrinsecazioni: produzione, interpretazione, applicazione. Il fine specifico, che identifica il complesso delle operazioni relative all'*ars iuris*, è costituito dalla endiadi '*bonum et aequum*'. Si tratta di una locuzione che non è stata certo inventata da Celso, sia perché i segni *bonum* ed *aequum* ricorrono ampiamente nel lessico giurisprudenziale e nelle fonti letterarie (ad es.: Cic., *part. orat.* 37.130), sia perché il '*bonum et aequum*' aveva «la sua sede naturale nei *iudicia in bonum et aequum concepta*».⁸³ L'indubbio merito di Celso, come ha fondatamente asserito, a suo tempo, il Riccobono,⁸⁴ è stato quello di avere elevato il *bonum et aequum* ad elemento connotativo di tutto il fenomeno giuridico. Occorre, però, precisare che il merito di Celso non consiste soltanto nell'aver configurato il *bonum et aequum* come elemento caratterizzante di tutta la fenomenologia giuridica, ma anche – e, direi, soprattutto, nell'aver attribuito un nuovo significato e un nuovo valore all'endiadi '*bonum et aequum*', in piena assonanza con l'impiego di un complesso di operazioni gnoseologico-valutative volte ad identificare e a distinguere il giuridico dal non giuridico.

Si tratta, pertanto, di individuare il senso e il valore dell'endiadi in esame. Secondo Gallo, «l'*ars boni et aequi* è ... l'arte del buono o del bene 'eguale'; del buono o del bene nel senso di soluzione buona, perché l'*ars*, costituita dal *ius*, ha il compito di produrre soluzioni, vuoi generali ed astratte vuoi di casi singoli; e di 'eguale' nel senso di rispondente all'eguaglianza-*aequitas*, sia per quanto attiene all'organizzazione del gruppo sociale, sia per quanto concerne rapporti tra i singoli, nonché tra essi e l'ente personificato, o comunque la

⁸¹ Secondo G. FASSÒ, *Storia della filosofia* cit., 146, Celso «col parlare di "arte" e non di "scienza" si riferiva assai meglio a quello che è il carattere principale ed il grande pregio della giurisprudenza romana classica, la ricerca concreta di ciò che è storicamente giusto (*aequum*), anziché la teorizzazione sistematica ed astratta di un diritto giusto assolutamente». V. pure A. SCHIAVONE, *Ius* cit., 387, secondo cui Celso potrebbe aver usato la parola '*ars*' «in contrapposizione polemica a "scienza", per indicare un diritto affidato al mestiere di conoscitori esperti, e non di rigorosi teorici».

⁸² Sul punto rinvio al secondo capitolo della mia monografia *La concezione celsina*, intitolato *La giuridicità come «normalità»*. *Natura e ratio*, 28-100.

⁸³ Così P. VOCI, '*Ars boni et aequi*' cit. 295; e, per le fonti letterarie, 293 ss.

⁸⁴ S. RICCOBONO, *La definizione del 'ius'* cit. 36, 48 ss.; v. pure P. VOCI, '*Ars boni et aequi*' cit., 313: «Celso ha il merito di racchiudere in una definizione, elegante ed efficace, lo spirito del diritto romano nei suoi tempi migliori»; F. GALLO, *Opuscula selecta* cit., 586: «Celso ha precisamente esteso a tutto il diritto il *bonum et aequum*, prima circoscritto a dati settori».

comunità» (*Opuscula selecta* cit., 586). Orbene, a me sembra che tanto la configurazione del buono e del bene nel senso di “soluzione buona”, quanto quella di eguale nel senso di rispondente alla “eguaglianza-*aequitas*” costituiscano formulazioni sostanzialmente vaghe.

Sotto questo profilo, sono convinto che il concreto senso dell'endiadi in esame possa e debba essere desunto non tanto – o, almeno, non soltanto – dall'enunciato della definizione del *ius*, quanto piuttosto dall'impostazione e dalla soluzione della variegata casistica oggetto del *corpus* celsino. Per questo motivo, nella monografia del 1985, avevo dedicato all'esame della natura e degli elementi costitutivi della definizione del *ius* il primo Capitolo (il più breve, di 28 pagine su un totale di 231), per cercare poi di coglierne e vagliarne l'effettivo senso, negli altri due Capitoli (afferenti, rispettivamente, alla visione della giuridicità, intesa e assunta come naturalità: *natura rerum et hominum*, e razionalità: equilibrio fra il bene dei singoli e l'*utilitas communis omnium*; e all'interpretazione degli atti autoritativi), alla luce dell'impostazione e della soluzione dell'ampia e variegata gamma di fattispecie negoziali e processuali attentamente esaminate dal giurista adrianeo. Specificamente, mi era sembrato di potere desumere (e ritengo di poter confermare, come, peraltro, ho ribadito in successivi studi)⁸⁵ che l'endiadi in questione esprima “unitariamente” tanto il fine identificativo e, al tempo stesso, fondante dell'intera fenomenologia giuridica (comprensiva di produzione, interpretazione e applicazione), quanto i criteri pragmatici per conseguirlo; fine e criteri che possono essere resi con il segno “equilibrio”, articolato in due distinte, ma fra loro complementari, direttive: a) il raccordo equilibrato fra l'interesse dei singoli e l'interesse della collettività (*bonum*, nell'accezione di “bene comune”);⁸⁶ b) il raccordo equilibrato fra i contrapposti interessi dei singoli, sia nell'ambito del diritto pubblico, che in quello del diritto privato, sostanziale e processuale (*aequum*).

Gallo, sulla base di una frase isolata dal contesto dell'intera monografia [cfr. § 15], ha ritenuto che nell'endiadi '*bonum et aequum*' io avrei «indicato due aspetti di un'unica cosa: il temperamento degli opposti interessi» (*Opuscula selecta*, 585). Non è affatto così, come si può facilmente desumere sia dal secondo Capitolo, incentrato sulla razionalità (intesa come equilibrio fra l'interesse dei singoli e l'*utilitas communis omnium*), sia dall'esegesi di una molteplicità di testi, fra i quali mi limito a ricordare quanto ho precisato a proposito di D. 5.1.61 pr., in tema di '*litis contestatio*',⁸⁷ sottolineando esplicitamente che il punto di vista di Celso mirava, nel caso di specie, a realizzare «ad un tempo, il giusto equilibrio fra i contrapposti interessi dell'attore e del convenuto (*aequum*) e l'indispensabile armonizzazione fra gli interessi delle parti e l'interesse generale» (*bonum*).⁸⁸

Alla luce del duplice equilibrio sotteso alla visione celsina del *bonum et aequum*, appare evidente non soltanto l'originalità, ma anche la valenza in un certo senso atemporale della concezione del diritto prospettata dal giurista adrianeo. E, in vero – come ho già sottolineato in altra sede⁸⁹ –, in assenza del *bonum*, assunto come raccordo fra l'interesse dei singoli e l'interesse della collettività, l'ordinamento politico-giuridico rischia di oscillare

⁸⁵ Cfr., in particolare, P. CERAMI, *Riflessioni in tema di condictio 'Iuventiana'* cit., 159 ss.; *La scuola del diritto* cit., 466 s.; '*Ius*' e “diritto” cit., 34.

⁸⁶ In tal senso v. pure P. VOICI, '*Ars boni et aequi*' cit., 292, secondo il quale il segno *bonum*, «nel nostro caso significa ciò che è socialmente utile, il bene comune».

⁸⁷ Sul frammento D. 5.1.61 pr. (Ulp. 26 *ad ed.*), v., di recente, M. VARVARO, *Condictio e causa actionis*, in AUPA 57, 2014, 296 s., con letteratura.

⁸⁸ P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 229.

⁸⁹ P. CERAMI, *La scuola del diritto* cit., 476.

pericolosamente fra due poli opposti: tirannia e anarchia; in assenza dell'*aequum*, assunto come raccordo fra i contrapposti interessi di soggetti coinvolti in rapporti di diritto pubblico⁹⁰ o privato, l'ordinamento politico-giuridico rischia di dissolversi nella giungla: la legge del più forte.

In conclusione, sintetizzando il discorso svolto in questo e nei precedenti §§ 8-11, mi sembra opportuno esplicitare il senso dell'enunciato celsino '*ius est ars boni et aequi*' con la seguente parafrasi: il diritto giurisprudenziale (comprensivo di produzione, interpretazione, applicazione) è la "tecnica" (*ars*, complesso di prescrizioni e regole pragmatiche) finalizzata alla realizzazione dell'equilibrato raccordo fra il bene comune e gli interessi dei singoli (*bonum*) e fra i contrapposti interessi nell'ambito di relazioni intersoggettive, sostanziali e/o processuali (*aequum*).

12. L'ASSERITO «ACCANTONAMENTO» DELLA DEFINIZIONE CELSINA.

Ho già premesso nel § 3 che, secondo Gallo i commissari giustiniane, sostituendo nell'esordio delle *Institutiones* i *tria praecepta iuris* (I. 1.1.3) all'*ars boni et aequi* del frammento iniziale dei *Digesta* (D. 1.1.1 pr.), avrebbero operato l'accantonamento della definizione celsina. Affermazione, questa, a parer mio, non condivisibile per una serie di motivi.

Anzitutto perché la collocazione dell'enunciato celsino in apertura dei *Digesta*, se, da un lato, ha reso celebre la definizione del '*ius*' anche presso esponenti di aree culturali diverse da quella giuridica,⁹¹ prova, dall'altro – come è stato plausibilmente affermato – «l'adesione di Giustiniano all'*ars boni et aequi* di Celso».⁹² In secondo luogo, perché l'asserito accantonamento mi sembra sconfessato dagli stessi obiettivi di fondo perseguiti da Giustiniano e dai suoi commissari con la progettazione e la pubblicazione dei *Digesta*: tramandare ai posteri il patrimonio tecnico-giuridico dei grandi giuristi romani (come attesta l'*inscriptio* premessa ad ogni frammento, con l'indicazione del nome dell'autore, dell'opera e del libro); approntare, per la formazione degli operatori del diritto, un codice di norme-principii, potenzialmente atemporale, distinto dal *Codex*, costituito da un complesso di norme di dettaglio, connotate, in quanto tali, da una intrinseca caducità. Depongono chiaramente in tal senso, da un lato, il § 23 della *Constitutio Tanta* '*De confirmatione Digestorum*', in cui si afferma enfaticamente, in termini a prima vista antistorici, che le *Institutiones* e i *Digesta* erano state concepiti e formulati in modo da potere valere '*in omne aevum*', e, dall'altro, il § 4 della *Constitutio Cordi* '*De emendatione Codicis Iustiniani et secunda eius editione*', in cui si afferma che '*si quid in posterum melius inveniatur et ad constitutionem necessario sit redigendum, hoc a nobis et constituatur et in aliam congregationem referatur, quae novellarum nomine constitutionum significetur*'. In particolare, l'affermazione, apparentemente antistorica – o, quanto meno, l'auspicio – che le *Institutiones* e i *Digesta* fossero destinati ad avere

⁹⁰ Emblematiche sono, in tal senso, le considerazioni svolte da Celso in rapporto a situazioni intersoggettive in tema di *flumina publica, litora, res in pecunia populi e in usu publico*. Sul punto rinvio a P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 207, nt. 412.

⁹¹ Basti pensare al discorso svolto da Dante Alighieri in *Monarchia* 2.5.1, su cui v. sopra, nt. 73. Che l'inserimento della definizione in apertura del Digesto abbia inequivocabilmente conferito all'enunciato celsino la «massima risonanza possibile» è esplicitamente sottolineato da G. FALCONE, *Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia. Metodi di ricerca*, in SDHI 73, 2007, 360.

⁹² Così O. BEHREND, *La nuova traduzione tedesca dei «Digesta» e la critica interpolazionistica*, in O. BEHREND, *Scritti «italiani»*, con un'appendice francese e una nota di lettura di C. CASCIONE, in *Antiqua* 97, Napoli 2009, 137.

vigore 'in omne aevum', ha avuto un riscontro sorprendente nell'esperienza giuridica dell'odierna Cina (che era rimasta totalmente estranea alla tradizione del diritto romano comune), come attesta la legge cinese del 1986 sui «Principii generali del diritto civile», modellata sui principii della tradizione romanistica ed entrata in vigore il primo gennaio del 1987.⁹³

Orbene, il varo di tre distinti, ma complementari codici, due di norme-principii (*Institutiones* e *Digesta*), che erano stati elaborati, a suo tempo, dagli antichi giuristi in sede di analisi casistica, e uno (Codice delle costituzioni o delle leggi imperiali), costituito da norme di dettaglio, mirò non già a rimuovere del tutto il diritto giurisprudenziale dell'età preclassica e classica,⁹⁴ bensì a trasformarlo in diritto legislativo, all'evidente e comprensibile scopo di neutralizzarne la tipica reversibilità, strettamente legata al ben noto binomio 'ius controversum-ius receptum', e di accentuarne, al tempo stesso, la potenziale atemporalità degli enunciati. E' esattamente questo, in definitiva, il senso della Rubrica del Libro I, Titolo 17 della seconda edizione del *Codex*: 'De veteri iure enucleando et auctoritate iuris prudentium qui in Digestis referuntur'.⁹⁵ Si tratta di un Titolo che comprende la costituzione 'De conceptione Digestorum' (cosiddetta *Deo auctore*) e la costituzione 'De confirmatione Digestorum' (*Tanta*), e che è stato collocato dai commissari giustiniane in calce ai titoli 13-16, concernenti le fonti del diritto dell'età giustiniana.

Nel quadro complessivo della trasformazione del diritto giurisprudenziale in diritto legislativo, assume notevole rilievo il pensiero di Celso figlio e non soltanto per la sua definizione del *ius*, divenuta celebre proprio in conseguenza della sua collocazione in apertura dei *Digesta*, ma anche per la non meno celebre, definizione di *actio*, formulata nel terzo dei *Digestorum libri* del giurista adrianeo,⁹⁶ e inserita dai commissari giustiniane nel titolo 'De obligationibus et actionibus' dei *Digesta* (D. 44.7.51: *Nihil aliud est actio quam ius quod sibi debeatur iudicio persequendi*) e, con una rilevante modifica, in apertura del titolo VI 'De actionibus' del quarto libro delle Istituzioni (I. 4.6 pr.: *Superest, ut de actionibus loquamur*.

⁹³ In proposito, v. S. SCHIPANI, *Il diritto romano in Cina*, in «Roma e America. Diritto romano comune» V, 1998, 231 ss. e 235 e nt.25, con specifico riguardo alla legge sui «Principii generali del diritto civile».

⁹⁴ Con riferimento al § 1 della *Const. 'Deo auctore'*, G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 192, sottolinea opportunamente che Giustiniano, ampliando l'obiettivo iniziale di assicurare, con il *Novus Codex Iustinianus*, la celere amministrazione della giustizia, perseguì il ben più ampio obiettivo di «assurgere alla contemplazione di tutta la *romana sanctio*, in particolare quella contenuta negli scritti dei grandi giureconsulti classici».

⁹⁵ La rubrica del *Codex*, nella misura in cui connette il *ius vetus* all'*auctoritas iuris prudentium*, riecheggia, a mio avviso, non soltanto il nesso fra il '*ius civile*' e l'*auctoritas prudentium*, espressamente sottolineata da Papiniano nel secondo libro *Definitionum* [D. 1.1.7; cfr. sopra, § 6], ma anche la stessa configurazione della legge come '*virorum prudentium consultum*', prospettata da quest'ultimo, nel primo libro *Definitionum* (D. 1.3.1). Con specifico riferimento a quest'ultimo fr., E. STOLFI, '*Lex est... virorum prudentium consultum...*' Osservazioni su (*Pap. 1 def.*) D.1.3.1, in SDHI 70, 2004, 475, afferma fondatamente: «Vi affiora in primo luogo, a livello di visione generale del diritto, la consapevolezza della non riducibilità di quest'ultimo al piano strettamente precettivo (il profilo del '*decretum*', significativamente negletto nella traduzione [della definizione demostenica]), e quindi la percezione dell'irrinunciabilità dell'apporto giurisprudenziale, senza il quale non può realizzarsi il νόμος della cosmopoli romana, e il cui prestigio (l'*auctoritas* di D. 1.1.7) contribuisce anzi a elevarne il livello e corroborarne, su un piano etico e 'sapientiale', la forza cogente».

⁹⁶ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis* I, *Celsi Digestorum libri*, 131, n. 24, inserisce il breve frammento nella Rubrica 'De iudiciis omnibus'.

Actio nihil aliud est, quam ius persequendi iudicio quod sibi debetur). Questa seconda definizione è l'unica a noi pervenuta per quanto attiene alla definizione di *actio*, al pari della prima, che è anch'essa l'unica per la definizione di *ius*; non possiamo, però, asserire con sicurezza che essa sia stata effettivamente la sola definizione elaborata, in materia, dal pensiero giuridico romano; le parole '*nihil aliud*' sembrerebbero deporre, in effetti, per una polemica confutazione di opinioni diverse. La lettura dei trascritti frammenti ha alimentato una copiosa letteratura, e non soltanto nell'ambito romanistico. Non è mio intento procedere ad un riesame della dibattuta questione.⁹⁷ In questa sede mi limito soltanto a sottolineare l'evidente e significativo rilievo attribuito, dai compilatori giustiniane delle *Institutiones*, all'enunciato celsino, sia pure con la surrogazione del '*debetur*' al '*debeatur*', volta a identificare l'azione «nel potere di ottenere attraverso il processo, non più formulare e bipartito, ciò che è effettivamente, e non più eventualmente, dovuto dal convenuto».⁹⁸

L'innegabile apprezzamento del genio giuridico di Celso da parte di Giustiniano e dei suoi commissari è peraltro attestato, oltre che dal cospicuo rilievo attribuito alle definizioni di '*ius*' e di '*actio*', anche da un'ampia serie di brani celsini in tema di interpretazione di atti autoritativi e negoziali, accolti nel titolo '*De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*' (D. 1.3) e in altri titoli dei *Digesta*.⁹⁹

Non meno significativi sono, in quest'ottica, alcuni testi che mi sembra qui opportuno esplicitamente menzionare. Anzitutto un brano del libro 18 '*ad Edictum*' di Ulpiano, in tema di danno aquiliano (*exustio* delle api altrui), pervenutoci in due diverse versioni: quella della *Collatio*, che riproduce, verosimilmente in forma integrale, il brano ulpiano, e quella dei *Digesta*, che lo riproduce invece in forma notevolmente sintetizzata:

Coll. 12.7.10 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Item Celsus libro 37 digestorum scribit: si, cum aves meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, quosdam, negare competere legis Aquiliae actionem, inter quos et Proculus, quasi apes domini mei non fuerint. Sed id falsum esse Celsus ait, cum apes revenire soleant et fructui mihi sint. Sed Proculus eo movetur, quod nec mansuetae nec ita clausae fuerint. Ipse autem Celsus ait nihil inter has et columbas interesse, quae, si manum refugiunt, domi tamen fugiunt;*

D. 9.2.27.12 (Ulp. 18 *ad ed.*): *Si, cum apes meae ad tuas advolassent, tu eas exusseris, legis Aquiliae actionem competere Celsus ait.*

Il confronto fra le due versioni, se, da un lato, rende palese la netta opzione dei com-

⁹⁷ Sul punto rinvio a P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 132-136, e, per la letteratura successiva, alla puntuale analisi critica svolta da L. GAROFALO, *La dottrina dell'azione in D.44.7.51*, in L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto* cit. (nella nota 7), 131-151; adde E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, in *Legal Roots* 6, 2017, 402 e nt. 73, con letteratura; v. pure R. SANTORO, *Perpetuari obligationem*, in *AUPA* 57, 2014, 202.

⁹⁸ Così attendibilmente, a mio avviso, L. GAROFALO, *La dottrina dell'azione* cit., 149. Anche M.A. FINO, '*Recte agere potes*'. *Contributo allo studio e al recupero di una proposta dei giuristi romani in tema di processo*, in L. GAROFALO (a cura di), '*Actio in rem*' e '*actio in personam*'. *In ricordo di M. Talamanca*, I, Padova 2011, 340 s., sottolinea l'importanza attribuita dai compilatori delle *Institutiones* all'enunciato celsino; similmente già B. BIONDI, *Diritto e processo nella legislazione giustiniana*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette (15 dicembre 530 – 15 dicembre 1930)*, Milano 1931, 179 s.

⁹⁹ Sul punto rinvio a P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 28 ss.; v. ora C. CASCIONE, *Celso teorizzatore di criteri ermeneutici: un collaboratore 'malgré soi' della 'legum permutatio giustiniana'*, L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto* cit., 153-166.

missari giustinianeî per la tesi di Celso, elevata al rango di disposizione legislativa, consente, dall'altro, di intuire il comprensibile motivo di politica del diritto che indusse gli stessi commissari a sopprimere l'opposto parere sostenuto da Proculo e da altri: neutralizzare il rischio di un eventuale ribaltamento delle opposte tesi, tenuto conto della intrinseca reversibilità sottesa al risalente binomio '*ius receptum – ius controversum*', tipico dell'età preclassica e classica.

Notevole rilievo assumono inoltre tre complessi e controversi frammenti in tema di *condictio* e di *iniusta locupletatio* (D. 12.1.32; D. 12.4.3-8; D. 39.5.21 pr.-1), per i quali rinvio all'esame esegetico da me a suo tempo svolto.¹⁰⁰ In questa sede mi sembra sufficiente sottolineare e ribadire che la *condictio certi generalis* (*condictio* contrattuale, che poteva nascere da muto o da *stipulatio*) e la *condictio indebiti generalis* (*condictio* extracontrattuale, finalizzata alla restituzione di *iniustae locupletationes*) del sistema giustiniano affondano le radici nel pensiero giuridico di Celso e, segnatamente, nell'impostazione e nella soluzione della fattispecie esaminata nel dibattuto fr. D. 12.1.32, in cui – come ho già precisato a suo tempo – «il giurista adrianeo distingue l'obbligazione di restituire, nascente da un rapporto contrattuale, *mutui causa*, fra le parti e tutelabile con l'*actio certae pecuniae* (o con la *condictio certae rei*), dall'obbligazione di restituire, scaturente, in conformità alla *regula dei veteres*, seguita dallo stesso Celso (D. 12.5.6), dal semplice pervenire di un *aliquid apud aliquem*, che giustificava la concessione, in base al *bonum et aequum*, di una *condictio* extracontrattuale, allo scopo di rimuovere una *iniusta locupletatio* da parte del convenuto».¹⁰¹ In tal senso ho anche, a suo tempo, sottolineato che «non è certo un caso che i compilatori dei *Digesta* abbiano inserito nel Titolo I della *pars 'de conductionibus'* (D. 12.1) il frammento celsino D. 12.1.32, giacché il suo inserimento giustificava, da un lato, l'aggiunta delle parole '*et de conductione*' nella rubrica del Titolo, e fungeva, dall'altro, da premessa ai successivi Titoli concernenti gli impieghi extracontrattuali della *condictio*».¹⁰²

Merita, infine, almeno un cenno un frammento celsino in tema di *retentio* nella *rei vindicatio*, tratto dal terzo libro dei *libri Digestorum* di Celso e inserito dai compilatori nel primo Titolo '*De rei vindicatione*' del sesto libro dei *Digesta* (D. 6.1.38). Si tratta di un testo notissimo alla critica romanistica sin dal tempo dei Culti. Il Riccobono ha difeso, contro gli eccessi dell'indirizzo interpolazionistico, la sostanziale genuinità del brano, del tutto coerente con il pragmatismo celsino, incentrato sull'analisi di tre distinte ipotesi, introdotte dal verbo '*fingere*'. Secondo Riccobono l'intervento compilatorio sarebbe limitato alle parole finali '*eo deducto tu condemnatus es*', inserite in sostituzione dell'originaria menzione dell'*exceptio doli*, e alla frase centrale '*dum ita ... fiat ei potestas*', volta ad ampliare «lo *ius tollendi* del possessore regolandolo con prescrizioni legislative».¹⁰³ In proposito, mi sembra condivisibile il punto di vista di Okko Behrends, il quale, con specifico

¹⁰⁰ P. CERAMI, *Riflessioni* cit., 159-179.

¹⁰¹ P. CERAMI, *Riflessioni* cit., 178.

¹⁰² P. CERAMI, *Riflessioni* cit., 178.

¹⁰³ S. RICCOBONO, *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D.10.3.14 (Paul. 3 ad Plautium)*, in AUPA 3-4, 1917, 165 ss.; ripubblicato in S. RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 172; 252 ss. Sull'interessante e dibattuto brano v. pure V. SCARANO USSANI, *Valori e storia nella cultura giuridica fra Nerva e Adriano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 136-141, con letteratura; P. VOGLI, "Ars boni et aequi" cit., 308 s; e, di recente, M.F. CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione: le contestate origini romane di un principio moderno*, in F. REINOSO BARBERO (coordinador), *Principios generales del derecho* cit., 606-609; A. MARTIN MINGUIÓN, *Qui su iure utitur neminem ledit*, in F. REINOSO BARBERO cit., 784 ss.

riferimento al verbo ‘*constituimus*’, sostiene che «la decisione imperiale affina una soluzione già di per sé molto circostanziata di Celso, che concerne il diritto alla *retentio* nella *rei vindicatio*. ... Il diritto classico della *retentio* ... aveva acquisito, nell’insegnamento di Celso, maestro dell’*ars boni et aequi*, nella scuola proculiana, un carattere molto “aperto”, mentre Giuliano applicava ancora con rigore questo diritto, accolto soltanto recentemente nella sua scuola».¹⁰⁴

13. ‘*PERMUTATIO*’ E ‘*DOCTRINA*’ *LEGUM*.

Nel § 3, parlando dei punti fondamentali delle molteplici e significative ricerche di Filippo Gallo, e, segnatamente, degli sviluppi e corollari del suo saggio iniziale, ho sottolineato il particolare rilievo attribuito dal Maestro torinese alla ‘*legum permutatio*’ e alla sua correlata estensione anche all’attività scientifica e didattica degli *antecessores*. Secondo Gallo, infatti, con la ‘*legum permutatio*’, attestata nel paragrafo finale (§ 11) della *Const. ‘Omnem’*, con la quale venne riformato il corso degli studi giuridici, Giustiniano avrebbe operato una epocale «rivoluzione giuridica», che si sarebbe concretata in radicali mutamenti non soltanto della concezione del diritto, della sua produzione, interpretazione e applicazione, ma anche della funzione legislativa e giurisdizionale e del compito dei giuristi; rivoluzione totalmente ignorata, secondo Gallo, dalla scienza romanistica. Prescindendo, in questa sede, dalla discrasia, evidenziata da Lantella (§ 4), fra la *permutatio*-mutamento radicale e la *permutatio*-scambio di oggetti dissimili, sotteso al rapporto fra Glauco e Diomede, mi sembra che l’asserita rivoluzione giuridica, ignorata dalla scienza romanistica, costituisca un’amplificazione dell’enunciato giustiniano, se non addirittura una enfatica e abnorme sopravvalutazione dello stesso. La politica legislativa di Giustiniano costituisce, in effetti, il momento conclusivo di un lungo percorso storico, avviato da Costantino, e poi sviluppato da Valentiniano III, da Teodosio II, e dallo stesso Giustiniano,¹⁰⁵ nel corso e al termine del quale si vennero progressivamente delineando i tratti fondamentali del binomio “produzione – interpretazione del diritto” dell’esperienza giuridica del Basso Impero, che rappresenta l’effettiva base storica dell’esperienza giuridica dell’Europa continentale: a) il definitivo superamento del pluralismo dei *iura* – tipico dell’età preclassica e classica e contraddistinto dall’assunzione, ad opera della giurisprudenza, della *lex publica populi Romani* come parametro di normatività, alla cui stregua i giuristi classici commisuravano l’efficacia precettiva degli altri *iura*, costituzioni imperiali comprese (D. 1.3.7; Gai 1.3-5; D. 1.4.1 pr.) – e l’accentramento totale della produzione del diritto nella suprema carica dello stato-impero; b) la formulazione normativa del rapporto gerarchico fra le diverse fonti del diritto (C.Th., libro I. Titoli 1-4; C., libro I, Titoli 14-17); c) la rigorosa distinzione fra interpretazione creativa, riservata esclusivamente all’imperatore (C. Th. 1.2.3; C. 1.14.12.3 e 5) e interpretazione ricognitiva-applicativa, attribuita alle diverse categorie di operatori del diritto (giudici, avvocati, funzionari) ed esercitabile in conformità a rigorose direttive, volte

¹⁰⁴ O. BEHREND, *La nuova traduzione tedesca dei «Digesta»* cit. (in nt. 78), 138 s.

¹⁰⁵ In proposito vedi G. G. ARCHI, *Il problema delle fonti del diritto romano del IV e V secolo*, in *Studi in onore di G. Grosso*, IV, Torino 1970, e in G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 14-118; P. CERAMI, M. MICELI, *Storicità del diritto* cit. (in nt. 11), 419 s.; 463 ss.; v. pure F. CUNEA BOY, *Teorización de la artificialidad del derecho* cit. (infra, § 13), 128, per il quale «con toda cautela, la obra jurídica de Justiniano podría, en efecto, ser vista como la culminación de un movimiento iniciado siglos antes y como el intento calculado de extraer y sistematizar todas sus consecuencias». Aderisce, invece, totalmente al punto di vista di Gallo, A. TORRENT, *Celso, Kelsen, Gallo* cit. (nella nt. 55), 537 ss.

a circoscrivere l’attività ermeneutica al solo obiettivo di cogliere e di intendere il significato lessicale-sintattico degli enunciati da applicare in sede giudiziaria.

È notissimo, tuttavia, che l’opera legislativa di Giustiniano, pur costituendo il momento conclusivo del plurisecolare processo storico avviato da Costantino, si distingue nettamente dalle precedenti politiche legislative del Basso Impero per la surrogazione della seconda parte dell’*oratio* di Valentiniano III, avente per oggetto il regolamento dell’uso delle opere giurisprudenziali (*iura*) nei tribunali (C.Th. 1.4.3), con i *Digesta*. In proposito, mi sembra ineccepibile la seguente riflessione di Gian Gualberto Archi: «La raccolta dei principi, delle norme fissate dalla giurisprudenza classica nei propri scritti, non è voluta da Giustiniano al solo fine legislativo nel senso oggi corrente. Con la compilazione dei *Digesta* soprattutto, anzi attraverso questa compilazione, l’imperatore ha inteso raccogliere quanto degli antichi *iura* deve essere conservato per la formazione dei giuristi. Posto che lo studio del diritto è una delle esigenze massime, appunto perché sul diritto e sulle armi con l’aiuto della Provvidenza si regge lo Stato, Giustiniano con la sua compilazione intende provvedere a entrambe queste due essenziali funzioni, alle quali il diritto deve tendere: la educazione al diritto; la sicura ed agile amministrazione della giustizia».¹⁰⁶

Non è certo un caso, infatti, che la locuzione ‘*legum permutatio*’ e l’espressione ‘*legum doctrina*’, ricorrano nella *Const. ‘Omnen*’, indirizzata agli otto *antecessores* delle Università di Costantinopoli e di Berito. Il genitivo ‘*legum*’, adoperato nella ‘*Omnen*’ per specificare il senso dei segni ‘*doctrina*’ e ‘*permutatio*’, non allude ovviamente alle costituzioni imperiali, ma ai brani giurisprudenziali, ai quali, in forza del loro inserimento nei *Digesta*, era stata attribuita valenza legislativa,¹⁰⁷ al preciso scopo di prevenire i rischi derivanti dalla intrinseca reversibilità del binomio ‘*ius controversum* – *ius receptum*’. In particolare, sono convinto che la *ratio* della scelta del genitivo *legum*, come specificazione di *doctrina* e *permutatio*, sia da individuare nella ben nota definizione papiniana della *lex* come ‘*virorum prudentium consultum*’, strategicamente inserita dai compilatori giustinianezi all’inizio del titolo ‘*De legibus, senatusque consultis et longa consuetudine*’ dei *Digesta* (D. 1.3.1). Nel contesto del discorso papiniano, rielaborato e fatto proprio dai commissari giustinianezi, la *lex*, intesa e assunta come ‘*virorum prudentium consultum*’ si distingue tanto dal ‘*generale iussum populi aut plebis, rogante magistratu*’ di Capitone (Gell., *N. A.* 10.20.2),¹⁰⁸ quanto dalla *constitutio principis*, nella misura in cui, coinvolgendo e sintetizzando modalità, contenuti e scopi di produzione del diritto, coglie ed evidenzia la centralità della componente giurisprudenziale. Mi sembra esattamente questo il senso della sequenza (verosimilmente non del tutto esente, sotto il profilo formale, da ritocchi compilatori)¹⁰⁹ ‘*communis praeceptum, virorum prudentium consultum, delictorum quae sponte vel ignorantia contrahuntur coercitio, communis rei publicae sponsio*’ (D. 1.3.1). Ciò posto, mi sembra agevole cogliere il motivo della

¹⁰⁶ G. G. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 195.

¹⁰⁷ Cfr. *Const. Tanta*, § 1: *Nomenque libris imposuimus Digestorum seu Pandectarum, quia omnes dispositiones et decisiones in se habent legitimas* (. . .). Sul punto cfr., in particolare, G. FALCONE, *The prohibition of commentaries to the Digest and the antecessorial literature*, in *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law, IX. Between Groningen and Palermo*, Groningae 2014, 7 ss. Sul senso dell’espressione ‘*legum cunabula*’ in *Const. Imperatoriam* 3, v. G. FALCONE, ‘*Legum cunabula*’ e ‘*antiquae fabulae*’ (*cost. Imperatoriam* 3), in *Studi in onore di A. Metro*, II, Milano 2010, 283 ss.

¹⁰⁸ In tal senso v. pure E. STOLFI, ‘*Lex est...*’ cit., 470 s.

¹⁰⁹ Come sottolinea opportunamente E. STOLFI, ‘*Lex est...*’ cit., 446, superati i radicali sospetti della critica interpolazionistica, «la romanistica tende oggi a trattare D. 1.3.1 come una testimonianza autenticamente papiniana».

strategica inserzione del brano papiniano all'inizio del terzo titolo del primo libro dei *Digesta*: l'enunciato del 'sublimissimus' giurista [cfr. sopra, § 9] fornì, infatti, ai commissari giustiniani il fondamento concettuale dell'impiego del segno *leges* per denotare anche i testi giurisprudenziali inseriti nei *Digesta*,¹¹⁰ con la conseguente surrogazione del binomio 'iura-leges', nota saliente delle precedenti politiche legislative. Orbene, soltanto i testi giurisprudenziali inseriti nei *Digesta* ed elevati a *leges*, erano sottratti alla autonoma rielaborazione degli *antecessores*, ferma restando la piena libertà di questi ultimi di predisporre e di pubblicare commentari, strutturalmente indipendenti dai testi annotati, come è dato desumere dalla letteratura antecessoriale, appositamente concepita e funzionalmente indirizzata all'esplicazione dell'attività didattica.¹¹¹

14. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: CONFERMA DEI PRINCIPALI RISULTATI DEI PRECEDENTI SCRITTI.

Al termine della ricognizione critica dei principali punti della tesi di Filippo Gallo, effettuata tenendo conto anche della sintesi interpretativa di Lelio Lantella, dei contributi di Voci e di Schiavone, e delle relazioni svolte nel corso del Convegno su «Celso teorico del diritto», mi sembra ora opportuno, come ho già anticipato [§ 1], procedere alla formulazione di alcune brevi riflessioni conclusive, che ritengo di potere articolare in tre gruppi, finalizzati rispettivamente: a) anzitutto, a confermare i principali risultati della ricerca del 1985 e degli altri scritti; b) successivamente, a precisare alcuni punti della monografia del 1985 che hanno suscitato fraintendimenti o perplessità, e a integrare, subito dopo, i precedenti risultati dei miei diversi scritti sul pensiero celsino, alla luce delle considerazioni svolte nei precedenti §§ 12 e 13, con specifico riferimento alle asserzioni di Gallo in ordine all'accantonamento della definizione celsina, alla *legum permutatio* e all'eredità perduta del diritto romano [§ 15]; c) in fine, a sviluppare e a rafforzare la ricostruzione del pensiero giuridico di Giuvenzio Celso (figlio) con l'analisi esegetica di alcuni frammenti del *corpus* celsino, a suo tempo, non esaminati o soltanto citati.

I risultati della monografia del 1985 e degli altri scritti menzionati nella nota 11, che ritengo di potere confermare, sono i seguenti.

a) L'enunciato celsino '*ius est ars boni et aequi*', costituisce una definizione teleologica e non già ontologica del '*ius*'. Celso era ben consapevole che il fenomeno giuridico costituisce non un'astratta categoria logica, ma una concreta realtà storico-sociale, che, in quanto tale, muta notevolmente nel tempo e nello spazio. Ne consegue che l'elemento identificativo della giuridicità può essere desunto, in chiave unitaria (prescindendo, cioè, dai singoli complessi di esperienza giuridica), soltanto dalla peculiarità del fine, sotteso all'endiadi '*bonum et aequum*', ma non anche dalla sua '*essentia*', che varia notevolmente, a seconda dei diversi complessi d'esperienza, sotto il duplice profilo dei fattori di produzione e delle modalità operative.

b) Il segno '*ars*', traduzione latina del greco *technē* [§ 10], è stato consapevolmente adoperato da Celso, al posto di '*scientia*', per denotare, a mio avviso, non già la semplice "artificialità" (produzione umana, come asserisce Gallo) – anche in considerazione del fatto

¹¹⁰ In tal senso v. pure E. STOLFI, '*Lex est...*' cit., 477-479.

¹¹¹ Cfr., in proposito, G. FALCONE, *The prohibition of commentaries* cit., 16 ss.; M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la legum permutatio giustiniana*, in L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto* cit. (nella nt. 7), 46 ss., con letteratura.

che lo stesso diritto naturale è, in effetti, opera dell’uomo e che, come è stato efficacemente affermato, «todo es artificial en derecho menos el derecho mismo» [v. Cuena Boy, sopra § 7], – e neppure l’idea del sistema giuridico [§ 10], come, peraltro, ha affermato anche Voci [§ 5], bensì la perizia tecnico-pragmatica che sorregge tutte le manifestazioni della fenomenologia giuridica: produzione, interpretazione, applicazione [§ 10].

c) Il segno ‘*ius*’, nel contesto della definizione celsina, non denota il diritto oggettivo, rigorosamente distinto dall’attività conoscitiva e determinativa della giurisprudenza romana [così Gallo, seguito da Torrent (§ 9 e nt. 67) e, in parte, da Palma, che ridimensiona il primato dell’interpretazione giurisprudenziale nella formazione del ‘*ius civile*’ (§ 7)], ma il diritto giurisprudenziale, inteso e assunto come diritto formato da una pluralità di ‘*viae iuris constituendi*’, nel cui contesto l’*auctoritas* dei giuristi svolge una duplice funzione, nella misura in cui opera, al tempo stesso, sia come una ‘*pars iuris*’, che, in quanto tale, ‘*in sola prudentium interpretatione consistit*’, sia come strumento determinativo di tutte le altre ‘*viae iuris constituendi*’ [§ 9].

d) L’endiadi ‘*bonum et aequum*’, elevata da Celso al rango di elemento identificativo di tutta la fenomenologia giuridica, e non riconducibile, a mio avviso, all’odierno binomio “ragionevolezza-uguaglianza”, contrariamente a quanto è stato asserito da Gallo [cfr. § 3 e nt. 31], denota, al tempo stesso, sia il fine specifico di tutte le operazioni gnoseologiche-valutative (produzione, interpretazione, applicazione), ascrivibili all’*ars iuris*, sia i criteri pragmatici, necessari per perseguirlo ed attuarlo concretamente: fine e criteri che possono essere resi, “unitariamente”, con il segno “equilibrio”. Si tratta, specificamente, di un equilibrio che si articola – come ho già precisato [§ 11] – in due distinte, ma fra loro complementari, direzioni: a) il massimo raccordo possibile fra il bene comune e gli interessi dei singoli (*bonum*); b) il massimo raccordo possibile fra i contrapposti interessi nei rapporti di diritto privato e/o di diritto pubblico (*aequum*).

15. CONTINUA: PRECISAZIONI E INTEGRAZIONI DI ALCUNI PUNTI DELLA RICERCA DEL 1985.

Una prima precisazione attiene al binomio “diritto-scienza” che avevo adoperato, nel 1985, per cogliere ed esprimere l’effettivo senso del *definiendum* ‘*ius*’ nel contesto dell’enunciato celsino. Il binomio aveva lo scopo di superare l’unilateralità dei due contrapposti indirizzi, prospettati nell’ambito della dottrina romanistica, con specifico riferimento al significato del segno ‘*ius*’, oggetto della definizione celsina: l’uno, volto a identificarlo con il diritto oggettivo; l’altro, con la scienza giuridica. Come ho, a suo tempo, esplicitamente sottolineato,¹¹² entrambi gli indirizzi muovevano dal presupposto ideologico (correlato alla configurazione statualistica del fenomeno giuridico) di una netta dissociazione fra diritto e giurisprudenza nell’ambito generale dell’esperienza giuridica: dissociazione discutibile da un punto di vista astrattamente teoretico (basti pensare alle ponderate considerazioni critiche svolte, in proposito, da Giuseppe Capograssi: cfr. sopra, § 4, nt. 38), ma, in ogni caso, certamente inapplicabile all’esperienza giuridica romana dell’età pre-classica e classica, caratterizzata dalla complementarità fra diritto e *iuris prudentia*. Secondo Gallo, io, prospettando il binomio “diritto-scienza”, avrei tralasciato aspetti del fenomeno ‘*ius*’, quali, in particolare, la sua produzione mediante atti autoritativi.¹¹³ Deduzione, que-

¹¹² P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 8.

¹¹³ F. GALLO, *Sulla definizione* (*Opuscula selecta*) cit., 574.

sta, infondata, come attesta, a tacer d'altro, il lungo Capitolo III della mia monografia intitolato «L'interpretazione degli atti autoritativi». In tal senso, ho già evidenziato, nel § 9 del presente riesame della definizione celsina, che parlando, a suo tempo, di scienza come elemento costitutivo del binomio in questione, non intendevo riferirmi alla cospicua e rilevante attività di concettualizzazione e di sistemazione svolta dalla giurisprudenza, bensì all'attività creativa svolta da quest'ultima nella sua riconosciuta funzione di fattore di produzione e di sviluppo del diritto, al punto che Pomponio aveva ritenuto di potere ravvisare nella sola '*interpretatio prudentium*' una specifica '*pars iuris*' (D. 1.2.2.12). Mi sembra, pertanto, preferibile, al fine di evitare equivoci, parlare, in perfetta sintonia peraltro con le argomentazioni di Pomponio – come ho già premesso e chiarito [§ 9] –, di "diritto giurisprudenziale" (Juristenrecht). Una seconda precisazione, che ritengo necessaria, attiene all'endiadi '*bonum et aequum*'. Nella ricerca del 1985, confutando il punto di vista di coloro che ravvisavano nell'enunciato celsino il sistema che scaturisce dal *bonum et aequum*, avevo obiettato che, a mio avviso, Celso concepiva il diritto non come «sistema che scaturisce dal *bonum et aequum*», ma come «costante ricerca e diuturna prassi (*ars*), volte ad individuare e a realizzare nell'ambito dei rapporti intersoggettivi, il bene dei singoli, *ratione bonae fidei*, ed il temperamento degli opposti interessi (*aequitas*)». ¹¹⁴ Secondo Gallo, il bene dei singoli sarebbe assorbito, nel contesto della trascritta frase, nel temperamento degli opposti interessi, per cui io avrei indicato «due aspetti di un'unica cosa: il temperamento degli opposti interessi» [cfr. sopra, § 11]. Ammetto che la frase in questione, isolata dal contesto dell'intera monografia, possa avere suscitato un siffatto equivoco. Mi sembra, però, opportuno evidenziare che l'aggiunta di '*ratione bonae fidei*', subito dopo il bene dei singoli, mirava ad integrare il criterio soggettivo del temperamento degli opposti interessi (*aequum*) con il criterio oggettivo del bilanciamento degli interessi dei singoli con l'interesse generale (*bonum*). ¹¹⁵ In ogni caso, il temperamento degli opposti interessi e il bilanciamento fra gli interessi dei singoli e l'interesse generale mi sembrano ampiamente attestati sia dal Capitolo II, sia da D. 5.1.61 pr. [cfr. sopra, § 11]) che da altri testi in cui ricorrono esplicitamente i segni *bonum, aequum, aequitas*. ¹¹⁶

Le integrazioni attengono a tre punti della tesi di Filippo Gallo, oggetto di una serie di contributi pubblicati successivamente al saggio 'Sulla definizione celsina del diritto' del 1987 (citati nella nota 4): l'accantonamento della definizione celsina; la '*legum permutatio*' giustinianea; l'eredità perduta del diritto romano. Sul primo punto ho già manifestato e motivato il mio netto dissenso. Dall'impianto generale della Compilazione giustinianea si evince, infatti, un chiaro ed inequivocabile apprezzamento del pensiero di Celso da parte di Giustiniano e dei suoi commissari: apprezzamento attestato non soltanto dal notevole rilievo attribuito alle definizioni di '*ius*' e '*actio*', e ai criteri ermeneutici in tema di atti autoritativi e di atti negoziali, ma anche dalla netta opzione per il punto di vista di Celso in materia di *exstio* delle ali altrui, di *condictio* e di *iniusta locupletatio*, e di *retentio* nella *rei*

¹¹⁴ P. CERAMI, *La definizione celsina* cit., 19.

¹¹⁵ Sul punto rinvio al successivo § 16, a proposito del senso della motivazione celsina '*nec bonae fidei conveniret*', a proposito di un interessante caso, contemplato nel brano pomponiano D. 21.2.29 pr.

¹¹⁶ Assumono notevole rilievo, nell'ottica del criterio operativo dell'equilibrio, risolvendosi nel raccordo fra interessi individuali e interesse generale (*bonum*) e fra i contrapposti interessi dei singoli (*aequum*), tre interessanti e dibattuti brani (D. 12.1.32; D. 12.4.3.6-8; D. 39.5.21 pr.-1), soltanto citati nella monografia del 1985 (p. 197 nt. 392; 205, nt. 409; 219), ma analiticamente esaminati in due specifici contributi, intitolati rispettivamente: *D. 39.5.21.1 (Cels. 28 dig.)* cit. (in nt. 11), 139 ss.; e *Riflessioni in tema di condictio Iuventiana* cit. (in nt. 11), 159 ss.; *adde* D. 21.2.29 pr., su cui *infra*, § 16.

vindicatio [cfr. § 12]. Sul secondo punto ho palesato il mio parziale dissenso per il semplice fatto che la politica legislativa di Giustiniano costituisce, invero, soltanto il momento conclusivo di lungo percorso storico, avviato da Costantino e poi sviluppato da Valentiniano III, Teodosio II e, appunto, dallo stesso Giustiniano [§ 13]. Si aggiunga inoltre che, a mio avviso, tanto la locuzione ‘*legum permutatio*’, quanto l’espressione ‘*legum doctrina*’, adoperate nella *Const. ‘Omniem*’, non alludono alle costituzioni imperiali, ma ai brani giurisprudenziali, ai quali era stata attribuita valenza legislativa. Specificamente, ritengo che l’effettiva *ratio* del genitivo ‘*legum*’ sia da individuare nella definizione papiniana della *lex* come ‘*virorum prudentium consultum*’, definizione che è stata, non a caso, consapevolmente e strategicamente inserita dai Compilatori all’inizio del Titolo D. 1.3 dei *Digesta* [§ 13]. Con riferimento, in fine, al terzo punto, mi sembra non del tutto plausibile, alla luce della complessa e variegata esperienza storica, parlare, in chiave radicalmente generalizzante, di eredità perduta del diritto romano. A tacer d’altro, mi sembra che deponga, quanto meno, in senso decisamente meno totalizzante, la rilevante elevazione della consuetudine ad elemento centrale della formazione del diritto commerciale, come ha opportunamente sottolineato Gastone Cottino [§ 7].

16. CONTINUA: ESEGESI DI BRANI NON ESAMINATI O SOLTANTO CITATI NELLA MONOGRAFIA DEL 1985 E NEGLI ATRI SCRITTI.

Il terzo ed ultimo gruppo delle riflessioni conclusive consiste e si concreta nell’esame esegetico di alcuni brani del *corpus* celsino – non esaminati o soltanto citati nei precedenti scritti –, che mi sembrano particolarmente significativi nell’ottica del rafforzamento e dello sviluppo della definizione in questione e, più in generale, del pensiero giuridico di Celso figlio. Inizio con l’esame di cinque frammenti, che avevo già citato in precedenti scritti: D. 21.2.29 pr.; D. 4.8.23 pr.; D. 22.3.12; D. 11.1.11.8; D. 37.6.6.

Il primo frammento, estratto dai compilatori giustinianeî dal libro 11 *ad Sabinum* di Pomponio, è il seguente:

D. 21.2.29 pr. (Pomp. 11 *ad Sab.*): *Si rem, quam mihi alienam vendideras, a domino redemerim, falsum esse quod Nerva respondisset posse te a me pretium consequi ex vendito agentem, quasi habere mihi rem liceret, Celsus filius aiebat, quia nec bonae fidei conveniret et ego ex alia causa rem haberem.*¹¹⁷

Si tratta di un testo notissimo e assai dibattuto in dottrina,¹¹⁸ che, a suo tempo, mi ero

¹¹⁷ O. LENEL, *Palingenesia, Cels. Dig.*, n. 80, inserisce il frammento sotto la Rubrica ‘*Empti venditi*’.

¹¹⁸ Mi limito ad annotare i contributi più recenti, con relativa analisi della letteratura: P. LAMBRINI, *Il problema del concursus causarum*, Padova 2000, 141 ss.; EAD., *Compravendita e concorso di cause*, in SDHI 67, 2001, 223 ss., con ampia discussione, nelle note, delle diverse interpretazioni, che sono state prospettate in dottrina; v. pure EAD., *Compravendita e acquisto ‘ex alia causa’ del bene comprato*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l’interdipendenza delle obbligazioni nel diritto romano*, I, *L’arte del diritto. Collana diretta da L. Garofalo*, Padova 2007, § 7; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani: «Leerfomein» e valori nell’ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea. Atti Convegno internazionale di studi in onore di A. Burdese*, IV, Padova 2003, 129 ss.; L. VACCA, *Garanzia e responsabilità. Concetti romani e dogmatiche attuali*, Padova 2010, 48 ss.; 159 s. e nt. 4, la quale sottolinea che Celso «con una motivazione che si ricollega esplicitamente al carattere di buona fede del *iudicium empti*, corregge la precedente soluzione più rigida di Nerva, secondo il quale, in caso di

limitato a trascrivere in una nota, con specifico riferimento all'impiego celsino del segno '*falsum*' per denotare «l'inesatta valutazione delle circostanze di fatto, delle relazioni economico-sociali e degli assetti di interessi inerenti al caso concreto: inesatta considerazione che conduce inevitabilmente ad un *error*, assunto da Celso, in senso pregnante, come contraddittorietà del risultato pratico della soluzione proposta con le finalità proprie del *ius* quale *ars boni et aequi*».¹¹⁹ La fattispecie, contemplata nel brano pomponiano, è data dalla compravendita di una *res* '*a non domino*', seguita da un secondo atto di acquisto dell'acquirente dall'effettivo proprietario. Si pone il problema se, non essendo stato pagato il prezzo della prima vendita, il primo venditore possa utilmente agire '*ex vendito*'. Nerva, argomentando dal fatto che l'acquirente aveva comunque ottenuto il pacifico godimento della cosa (mi sembra questo il senso dell'espressione '*quasi habere mihi rem liceret*'), sostenne che il primo venditore potesse '*pretium consequi ex vendito*'. Celso contestò la soluzione prospettata da Nerva, sottolineandone la falsità sotto il duplice profilo della violazione del principio della buona fede ('*nec bonae fidei conveniret*') e del fatto che il compratore aveva, in effetti, conseguito l'*habere licere* della *res* '*ex alia causa*'. Talamanca ha sottolineato, specificamente, «l'apparente separazione fra il rilievo della *bona fides*, che dovrebbe improntare tutta la disciplina del contratto da quella che appare soltanto l'occasione concreta e la giustificazione per far ricorso alla *bona fides* stessa in un caso particolare».¹²⁰

A mio avviso, le complementari motivazioni '*nec bonae fidei conveniret*' e disponibilità della cosa '*ex alia causa*' – lungi dall'essere ascrivibili rispettivamente ed astrattamente alla regola tipica del contratto di buona fede o a quella del cosiddetto '*concursum causarum*'¹²¹ – costituiscono entrambe estrinsecazioni dell'idea celsina del *ius* come '*ars boni et aequi*',¹²² nella misura in cui sottendono ed esprimono valori etico-economico-sociali strettamente connesse alle particolarità del caso.¹²³ La falsità della soluzione prospettata da Nerva è attestata, agli occhi di Celso, dal suo aberrante esito: un duplice, ingiustificato, pagamento del prezzo della *res*, da parte del compratore, a favore rispettivamente dell'effettivo proprietario e del precedente venditore, rivelatosi '*non dominus*'. Il compito essenziale di una *interpreta-*

concursum causarum, avendo il compratore acquistato l'*habere licere* del bene, sia pure *ex alia causa*, il venditore avrebbe potuto conseguire con l'*actio venditi* il pagamento del prezzo» (159, nt. 4); E. STOLFI, '*Bonae fidei interpretatio*'. *Ricerche sull'interpretazione di buona fede tra esperienza romana e tradizione romanistica*, Napoli 2004, 46 ss. e nt. 42, con bibliografia; A. MANTELLO, *Etica e mercato tra filosofia e giurisprudenza*, in SDHI 74, 2008, 60 ss. e ntt. 127, 128, 129, con bibliografia, contributo ripubblicato in F. MILAZZO (a cura di), *Affari, finanza e diritto nei primi due secoli dell'Impero. Atti Convegno internazionale di diritto romano*. Copanella 5-8 giugno 2004, Milano 2012, 98 ss.

¹¹⁹ P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 155 e nt. 288; v. pure 7 e nt. 8 (per la motivazione della decisione con il criterio del *bonum et aequum*).

¹²⁰ M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani* cit., 130.

¹²¹ Cfr., in proposito, con puntuali rilievi critici, P. LAMBRINI, *Compravendita e concorso di cause* cit., 236 ss.

¹²² A. MANTELLO, *Etica e mercato* cit., 62, sottolinea, a mio avviso fondatamente, la vicinanza, per valenze etiche, della *bona fides* del frammento in esame con il sintagma '*bonum et aequum*' dell'*ars iuris*.

¹²³ E. STOLFI, '*Bonae fidei interpretatio*' cit., 48, osserva che agli occhi di Celso la *bona fides* «orientava l'interprete lontano da ogni formalismo, permeando di sé tutta la valutazione dei due contratti e dei relativi effetti». Non a caso il punto di vista di Celso appare seguito, secondo la prevalente dottrina, da Pomponio, per poi assurgere ad indirizzo ermeneutico prevalente. In tal senso P. LAMBRINI, *Compravendita e concorso di cause* cit., 226 ss. e, in particolare, 225 s: «Al riguardo può non essere inutile ricordare come Celso sia il giurista che dà la definizione del *ius* come *ars boni et aequi*, sia cioè un giurista particolarmente attento agli aspetti equitativi del diritto civile».

tio iuris, coerente con l’*ars boni et aequi*, è quello di realizzare, caso per caso, il massimo raccordo possibile fra due aspirazioni apparentemente contraddittorie della vita del diritto: la certezza (aspirazione alla massima oggettività possibile) e concretezza (aspirazione alla massima flessibilità possibile) del diritto, contemperando gli opposti interessi ed armonizzandoli con il bene comune. Diversamente operando, si potrebbe, al più, realizzare la giustizia formale o legale, ma non certo anche quella sostanziale.

Non meno noto e dibattuto è il secondo frammento, che avevo citato in una nota della monografia del 1985.¹²⁴

Si tratta di un brano estratto dai compilatori dei *Digesta* dal libro 13 *ad edictum* di Ulpiano, e solitamente accostato in dottrina¹²⁵ al frammento D. 45.1.91.3 (Paul. 17 *ad Plautium*), in tema di mora:¹²⁶

D. 4.8.23 pr. (Ulp. 13 *ad ed.*): *Celsus ait, si arbiter intra Kalendas Septembres dari iusserit nec datum erit, licet postea offeratur, attamen semel commissam poenam compromissi non evanescere, quoniam semper verum est, intra kalendas datum non esse: sin autem oblatum accepit, poenam petere non potest doli exceptione removendus. Contra, ubi dumtaxat dare iussu est.*

La fattispecie esaminata da Celso è costituita da una *stipulatio poenae* collegata a un *compromissum*,¹²⁷ in forza del quale l’*arbiter* ‘*intra Kalendas Septembres dari iusserit*’. Secondo il punto di vista di Celso, se il *promissor* non ha effettuato la prestazione entro il termine prestabilito (*nec datum erit*), ancorché egli abbia successivamente fatto l’offerta (*licet postea offeratur*), ‘*semel commissam poenam compromissi non evanescere*’, giacché (*quoniam*) ‘*semper verum est intra Kalendas datum non esse*’. Motivazione questa, che, nella misura in cui «connette la mora al fatto di non aver pagato»,¹²⁸ si pone, a prima vista, in aperto contrasto con l’opposta decisione prospettata dallo stesso Celso, in polemica con il formalismo ermeneutico di esponenti della ‘*iuris scientia*’ (*plerumque sub auctoritate iuris scientiae perniciose erratur*), con riferimento alla analoga fattispecie contemplata in D. 45.1.91.3: ‘*qui moram fecit in solvendo Stichum quem promiserat, posse emendare eam moram postea offerendo*’. In dottrina si è ritenuto di potere ravvisare il motivo della diversa decisione prospettata nel frammento in esame con la rigidità del regime della *stipulatio poenae*. Specificamente, secondo Amalia Sicari, ci sarebbe «un automatismo, nella valutazione dei comportamenti, peculiare alla responsabilità della *stipulatio poenae* che preclude l’appiglio al criterio de

¹²⁴ P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 7, nt. 8.

¹²⁵ Cfr. S. RICCOBONO jr, *Profilo storico della dottrina della mora nel diritto romano*, in AUPA 29, 1964, 198 ss.; P. VOCI, ‘*Ars boni et aequi*’ cit., 307, nt. 97; J. D. HARKE, “*Argumenta Iuventiana*”. *Entscheidungsgründungen eines hocklassischen Juristen*, Berlin 1999, 137; A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità*, Bari 2001, 286 ss; 342 e nt. 46; J. D. HARKE, *Mora debitoris und mora creditoris im klassischen römischen Recht*, Berlin 2005, 26. R. SANTORO, *Perpetuari obligationem*, in AUPA 57, 2014, 206 s.; A. MANTELLO, *La retorica di Celso figlio* cit. (nella nota 55) 128 ss., con letteratura.

¹²⁶ Su D. 45.1.91.3, di cui mi ero occupato in *La concezione celsina* cit., 96 ss., v., di recente, R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 179 ss. e nt. 2, con ampia bibliografia.

¹²⁷ Celso si occupava del giudizio arbitrale nel secondo dei suoi libri *Digestorum*, come si evince da D. 4.8.17.7 e da D. 4.8.21.12 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Celsus libro secundo Digestorum scribit*. Cfr. O. LENEL, *Palin-genesia, Celsi libri Digestorum*, il quali inserisce il nostro frammento, con il n. 18, subito dopo D. 4.8.21.12, sotto la Rubrica ‘*Qui arbitrium receperint*’.

¹²⁸ Così R. SANTORO, *Perpetuari obligationem* cit., 206.

buono e dell'equo per la soluzione del problema discusso. Non tenere conto di ciò, significa non volere prendere atto di una differenza disciplinare che in realtà emerge da sola». ¹²⁹ Motivazione, questa, a mio avviso non condivisibile, per i seguenti rilevanti dati: a) la ponderata disapplicazione celsina di atti autoritativi (*leges*, in particolare) e di regole e concetti elaborati dalla *scientia iuris*, che fossero risultati, in seguito ad una puntuale analisi gnoseologico-valutativa, incoerenti con il canone operativo del *bonum et aequum*, ¹³⁰ canone che deve sorreggere tutte le manifestazioni della fenomenologia giuridica: produzione, interpretazione, applicazione; b) la sostanziale differenza che intercorre fra il criterio del *bonum et aequum* e il generico principio equitativo; ¹³¹ c) la subordinazione, da parte di Celso, della *purgatio morae* al «prudente apprezzamento di tutte le circostanze obiettive e soggettive» del caso considerato; ¹³² d) la fondamentale articolazione del criterio operativo del *bonum et aequum* in un duplice e complementare raccordo, che deve essere effettuato – come ho già precisato [§ 11] –, tanto fra i contrapposti interessi delle parti, quanto fra gli interessi dei singoli e il bene comune. Sono convinto, in particolare, che il duplice raccordo sotteso al criterio del *bonum et aequum* – ancorché non esplicitamente menzionato nella versione compilatoria del brano ulpiano D. 4.8.23 pr. – costituisca la principale *ratio decidendi* delle diverse soluzioni prospettate da Celso per le fattispecie contemplate nei due brani inseriti dai commissari giustinianeî rispettivamente in D. 45.1.91.3 e in D. 4.8.23 pr. Nel primo caso, la *purgatio morae* consentiva, invero, di realizzare pienamente tanto il raccordo fra i rispettivi interessi delle parti (il creditore otteneva la prestazione integrale e il debitore evitava le conseguenze della *perpetuatio obligationis*), quanto il raccordo fra gli interessi delle parti e l'interesse collettivo, che si estrinsecava nella certezza del diritto (nell'aspirazione, cioè, alla massima oggettività possibile dell'*ordo iuris*). Nel secondo caso, invece, la *purgatio morae* era sostanzialmente preclusa dal fatto che il '*nec datum intra kalendas Septembres*' si traduceva, in ultima analisi, in una plateale violazione della decisione dell'*arbiter*, liberamente scelto dalle parti, con la conseguente lesione del principio della certezza del diritto. Che sia effettivamente questo il senso della *ratio decidendi* di Celso mi sembra ampiamente confermato dalle due varianti contemplate nella parte finale del brano '*si autem oblatum recepit, poenam petere non potest doli exceptione removendus. Contra, ubi dumtaxat dare iussus est*'. Entrambe le varianti (accettazione dell'*oblatum* da parte del creditore; mancanza di un termine prestabilito dall'*arbiter*) consentivano, infatti, la possibilità di procedere ad una opportuna armonizzazione fra il principio della certezza e il principio della concretezza del diritto (aspirazione delle parti alla massima flessibilità dell'*ordo iuris*). Si tratta di direttive ermeneutiche e di correlate soluzioni tecniche che, a mio avviso, confermano univocamente il pragmatismo del pensiero giuridico di Celso.

Il terzo frammento, estratto dal diciassettesimo dei libri *Digestorum* di Celso, che, a suo tempo, mi ero limitato a citare in una nota del mio contributo intitolato «*Verba e voluntas*

¹²⁹ A. SICARI, *Pena convenzionale e responsabilità* cit., 291.

¹³⁰ Sul punto rinvio a P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 117 ss.; ID., *Riflessioni in tema di 'condictio Iuventiana'* cit., 159 s.; 180 s. V. pure P. VOCI, '*Ars boni et aequi*' cit., 307, secondo cui per Celso «l'equità assume una funzione limitatrice della norma».

¹³¹ In tal senso v. pure A. MANTELLO, *La retorica di Celso figlio* cit., 129, per il quale «il parlare celsino di *quaestio de bono et aequo* significava qualcosa di più d'un generico sfruttamento del dato equitativo».

¹³² Così esplicitamente S. RICCOBONO jr, *Profilo storico della dottrina della mora* cit., 197 e 199, seguito da A. MANTELLO, *La retorica di Celso figlio* cit., 128 e nt. 16.

in Celso figlio»,¹³³ con specifico riferimento al punto di vista espresso da Celso figlio in ordine all’interpretazione di disposizioni testamentarie e, segnatamente, di legati, è il seguente:

D. 22.3.12 (Cels. 17 dig.): *quingenta testamento tibi legata sunt: idem scriptum est in codicillis postea scriptis: refert, duplicare legatum voluerit an repetere et oblitus se in testamento legasse id fecerit: ab utro ergo probatio eius rei exigenda est? Prima fronte aequius videtur, ut petitor probet quod intendit: sed nimirum probationes quaedam a reo exiguntur: nam si creditum petam, ille respondeat solutam esse pecuniam, ipse hoc probare cogendum est. Et hic igitur cum petitor duas scripturas ostendit, heres posteriorem inanem esse, ipse heres id adprobare iudici debet.*¹³⁴

Il caso, oggetto del brano celsino, è costituito da un legato di una somma di denaro (*quingenta*), disposto dal testatore prima nel testamento e poi in un codicillo. Trattandosi di denaro (*res fungibile*) si poneva il problema di accertare se il testatore con il codicillo avesse inteso duplicare o soltanto ripetere, per dimenticanza (*oblitus*), il legato che aveva già disposto nel testamento (*duplicare legatum voluerit an repetere*), giacché il legato codicillare sarebbe risultato nullo soltanto se si fosse provato che il testatore non aveva inteso duplicare il legato testamentario.¹³⁵ Per questo motivo, in dottrina il testo in esame è stato oggetto di esame sotto il duplice profilo dell’interpretazione della *voluntas testatoris* e della connessa questione dell’onere della prova in tema di legato di genere.¹³⁶ È assai verosimile che la versione trasmessaci dai compilatori dei *Digesta* costituisca un sunto del testo originario, che doveva essere, a mio avviso, ben più articolato.¹³⁷ Comunque, sotto il profilo sostanziale, due sono i punti fondamentali dell’argomentazione celsina: il determinante

¹³³ P. CERAMI, *Verba e voluntas in Celso figlio* cit. (nella nt. 11), 3, nt. 3 (dell’estratto).

¹³⁴ O. LENEL, *Palingenesia, Celsi Libri Digestorum*, n. 135, inserisce il frammento sotto la Rubrica ‘*De legatis*’, subito dopo il frammento D. 1.3.5 (n. 134): *nam ad ea potius debet aptare ius, quae et frequenter et facile, quam quae perraro eveniunt*. Su quest’ultimo testo rinvio a P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 30 s.

¹³⁵ Cfr., in tal senso, B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 225 s. e nt. 47.

¹³⁶ Mi limito alle seguenti citazioni: G. LONGO, *L’onere della prova nel processo romano*, in IVRA 11, 1960, 164 ss.; H. HAUSMANINGER, *Zur legatsinterpretation des Celsus*, in IVRA 35, 1984, 16 ss.; M. TALAMANCA, *Pubblicazioni pervenute alla direzione*, in BIDR 101, 1988, 848 s.; J. D. HARKE, “*Argumenta Iuventiana*” cit., 27 s.; A. VALIÑO, *Probatio incumbit qui dicit, non qui negat: el onus probandi en las fuentes juridicas romanas*, in F. REINOSO BARBERO (coordinador), *Principios generales del derecho. Antecedentes históricos y horizonte actual*, Madrid 2014, 579 ss., con bibliografia; B. CORTESE, *L’onere della prova nella elaborazione della giurisprudenza romana classica*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, Padova 2012, 419 ss., con letteratura.

¹³⁷ Ritiene compilatorio l’intero tratto da ‘*ab ultro*’ alla fine, G. LONGO, *L’onere della prova* cit., 164 s., e nt. 27, con letteratura. Di genuinità sostanziale del testo parla, invece, G. PUGLIESE, *Regole e direttive sull’onere della prova nel processo romano ‘per formulas’*, in *Scritti giuridici in memoria di P. Calamandrei*, Padova 1958, 588 ss.; v. pure V. SCARANO USSANI, *Valori e storia fra Nerva e Traiano. Studi su Nerazio e Celso*, Napoli 1979, 110 e nt. 20. Considera addirittura del tutto genuino il brano in esame J.D. HARKE, “*Argumenta Iuventiana*” cit. 27 s.; M. TALAMANCA, *La clausola derogatoria da Aristone ad Ermogeniano*, in *Studi per G. Nicosia*, VIII, Milano 2007, 216, nt. 144, pur modificando il suo iniziale punto vista, improntato ad una impostazione interpolazionistica, sostiene che il brano «non ci è certamente pervenuto nella sua veste originaria».

rilievo della *mens testantis* ed il connesso bilanciamento dell'onere della prova,¹³⁸ al duplice fine di identificare l'oggetto del legato e di pervenire ad un equilibrato raccordo degli opposti interessi del legatario e dell'erede.

Anche per il quarto frammento, D. 11.1.11.8, nell'evidenziare, a suo tempo, che non poche decisioni di Celso risultavano motivate, più o meno esplicitamente, in base al criterio pragmatico del *bonum et aequum*, mi ero limitato alla sua semplice citazione in una nota.¹³⁹ Il brano, estratto da libro 22 *ad edictum* di Ulpiano, è stato inserito dai compilatori dei *Digesta* nel Titolo '*De interrogationibus in iure faciendis et interrogatoriis actionibus*':

D. 11.1.11.8 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus: nam et si quis interrogatus, an patri heres esset, responderit, mox, probato testamento, inventus sit exheredatus, aequissimum est succurri ei*¹⁴⁰ *et ita Celsus scribit, hic quidem et alia ratione, quod ea quae postea emergunt auxilio indigent.*

Il caso è il seguente: Tizio, interrogato '*in iure*' al fine di accertare se egli fosse erede di suo padre, rispose affermativamente. In seguito, però, si scoprì che l'interrogato era stato diseredato dal padre in un successivo testamento. Secondo Celso è del tutto conforme al canone del *bonum et aequum*¹⁴¹ che l'interrogato non debba rispondere della sua risposta affermativa, esente da colpa, ma rivelatasi inesatta, in conseguenza e per effetto della successiva diseredazione: '*aequissimum est succurri ei*'.¹⁴² Tenuto conto del responso celsino, Ulpiano, recependone la *ratio*, ritenne opportuno formulare il principio, ormai definitivamente consolidatosi, '*ex causa succurri ei, qui interrogatus respondit, non dubitamus*'; principio che implica la necessità di accertare, con specifico riferimento alle peculiarità del caso (*ex causa*), l'effettiva veridicità della risposta dell'interrogato.¹⁴³

¹³⁸ L'attenzione di Celso per i profili probatori, in tema di disposizioni successorie, è ampiamente confermata dai seguenti testi: D. 22.3.9 (Cels. 1 *dig.*); D. 22.3.17 (Cels. 6 *dig.*); D. 22.3.11 (Cels. 11 *dig.*), sui quali mi sembra sufficiente, in questa sede, rinviare al recente contributo di A. VALINO, *Probatio* cit., 579-581.

¹³⁹ P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 7, nt. 8.

¹⁴⁰ Forse con una *restitutio in integrum*; v., in tal senso V. SCARANO USSANI, *Valori e storia*, cit. 112 e nt. 24, con letteratura.

¹⁴¹ Nello stesso senso P. VOCI, '*Ars boni et aequi*' cit., 310, per il quale l'interrogato «non subirà le conseguenze della risposta non veritiera, poiché, afferma Celso, *aequissimum est succurri ei*». Con specifico riferimento alla problematica della giustizia del caso singolo, Voci ravvisa un altro esempio nel frammento D. 8.1.9 (Cels. 5 *dig.*), in tema di '*servitus viae*'; frammento che, secondo VOCI (310 nt. 110), «nella redazione originaria doveva contenere la distinzione tra regime civile e soluzione pretoria (*e. doli*)». Per un approccio al complesso testo, che solleva non pochi problemi, mi limito, in questa sede, a rinviare a L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei «iura praediorum» nell'età repubblicana*, Milano 1976, 486, nt. 60; e, per il '*civiliter uti*' nell'esercizio della servitù, a G. GROSSO, *Abuso del diritto (diritto romano)*, in *Enciclopedia del diritto* I, Milano 1958, 162; ora in G. GROSSO, *Scritti storici giuridici*, III, Torino 2001, 670; e a M. F. CURSI, *Il divieto degli atti di emulazione* cit. (nella nota 91), 621 ss.

¹⁴² Diversamente è da dire in caso di consapevole falsità della risposta, come è possibile desumere da D. 11.1.9.4 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Celso libro quinto Digestorum scribit: si defensor in iudicio interrogatus, an is quem defendit heres vel quota ex parte sit, falso responderit, ipse quidem defensor adversario tenebitur, ipse autem quem defendit nullum facit praeiudicium. Veram itaque esse Celsi sententiam dubium non est.*

¹⁴³ Per la critica testuale, formale e sostanziale, del frammento cfr. V. SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., 111 s. e nt. 23, con letteratura.

Il quinto ed ultimo dei frammenti, a suo tempo solamente citati in una nota, con specifico riguardo alle decisioni casistiche del giurista adrianeo, improntate al canone pragmatico del *bonum et aequum*,¹⁴⁴ attiene alla materia dotale, già oggetto di esame in diversi punti della monografia del 1985, con specifico riguardo ad altri testi del *corpus celsino*:¹⁴⁵

D. 37.6.6 (Cels. 10 dig.): *Dotem, quem dedit avus paternus, an post mortem avi mortua in matrimonio filia patri reddi oporteat, quaeritur. Occurrit aequitas rei, ut, quod pater meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim: quippe officium avi circa neptem ex officio patris erga filium pendet et quia pater filiae, ideo avus propter filium nepti dotem dare debet. Quid si filius a patre exheredatus est? Existimo non absurde etiam in exheredato filio idem posse defendi, nec infavorabilis sententia est, ut hoc saltem habeat ex paternis, quod propter illum datum est.*

La fattispecie contemplata nel trascritto brano, estratto dai compilatori dei *Digesta* dal decimo dei *libri Digestorum* di Celso,¹⁴⁶ è data dalla dote costituita dall’avo per il matrimonio della nipote. La genuinità sostanziale del testo è ampiamente riconosciuta in dottrina.¹⁴⁷ Un *pater familias*, che aveva in potestà il figlio e la nipote, ‘*genero dotem dedit*’. Dopo la morte dell’avo, che aveva costituito la dote, morì anche la nipote. Si poneva il quesito, se il padre della defunta, ormai *sui iuris*, potesse chiedere al marito la restituzione della dote. La *ratio dubitandi* era dovuta al fatto che, in base al punto di vista di Servio Sulpicio Rufo, avallato da Antistio Labeone, il padre non sarebbe stato legittimato, in conformità al consolidato regime giurisprudenziale e magistratuale della *dos profecticia*, a chiedere la restituzione della dote, perché non era stata da lui costituita, come attesta esplicitamente il seguente brano:

D. 23.3.79 pr. (Lab. 6 post. a Iav. epit.): *Avus neptis nomine filio natae genero dotem dedit et moritur. Negat Servius dotem ad patrem reverti et ego cum Servio sentio, quia non potest videri ab eo profecta, quia nihil ex his sui habuisset.*

Servio e Labeone motivavano, in ultima analisi, l’irripetibilità della dote da parte del padre della defunta sulla base del consolidato regime, rigidamente seguito ed applicato, della *dos profecticia*.¹⁴⁸ È, appunto, questo il senso della motivazione ‘*quia non potest videri ab eo profecta*’. A questo rigido e preconcepito indirizzo giurisprudenziale, Celso contrappone una pragmatica soluzione, improntata al canone operativo sotteso alla sua concezione dell’*ars boni et aequi*. Depone in tal senso l’espressione ‘*occurrit aequitas rei, ut, quo pater*

¹⁴⁴ Anche M. BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1984, 202 e nt. 20, annovera il frammento in esame fra le decisioni celsine improntate, esplicitamente o implicitamente, alla visione del ‘*ius*’ come *ars boni et aequi*.

¹⁴⁵ Per i diversi brani rinvio all’indice degli argomenti, sotto la voce “dote” della monografia, *La concezione celsina* cit., 214; v. pure P. CERAMI, *Plena interpretatio* cit., 128.

¹⁴⁶ O. LENEL, *Palingenesia, Celsi libri Dig.*, n. 90, inserisce il frammento sotto la Rubrica ‘*De re uxoria*’.

¹⁴⁷ Cfr. per tutti V. SCARANO USSANI, *Valori e storia* cit., 115 e nt. 32, con letteratura.

¹⁴⁸ In tal senso v. P. VOCI, “*Ars boni et aequi*” cit., 308. F. HORAK, *Rationes decidendi. Entscheidungsbegründungen bei den älteren römischen Juristen bis Labeo*. I., Innsbruck, 1969, ritiene spurio il tratto finale ‘*quia . . . habuisset*’ di D. 23.3.79 pr.; v. pure J. F. STAGL, *Favor dotis. Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien, 2009, 53.

meus propter me filiae meae nomine dedit, perinde sit atque ipse dederim. In altri termini, come ha già evidenziato Voci, secondo Celso l'avo «aveva costituito la dote per il figlio perché la struttura della famiglia non permetteva altra soluzione; ed era come se il figlio stesso l'avesse data».¹⁴⁹

La '*ratio decidendi*' di Celso risulta, invero, del tutto coerente con la sua tipica concezione empirico-fattuale della giuridicità, funzionalmente connessa agli assetti e ai rapporti economico-sociali di un determinato contesto storico e pragmaticamente incentrata sull'equilibrato raccordo fra gli interessi dei singoli e l'*utilitas communis omnium*;¹⁵⁰ mi sembra esattamente questo il senso dell'espressione celsina '*aequitas rei*'.¹⁵¹ La diversa soluzione, prospettata da Servio e da Labeone sfociava, invece, in un ingiustificato arricchimento del marito della defunta, arricchimento lesivo sia dell'interesse del gruppo familiare del padre di quest'ultima, sia dell'interesse generale all'equilibrato raccordo dei rapporti economico-sociali fra i diversi gruppi familiari. Nella stessa ottica sottesa alla evidenziata '*ratio decidendi*' è da ascrivere altresì la variante prospettata da Celso con il sintagma '*Quid si filius a patre exheredatus est*'; anche in questo caso occorre riconoscere, secondo Celso, al padre della defunta la possibilità di esperire l'*actio de re uxoria*, giacché «la ripetizione spetta non perché il figlio sia erede del padre, ma perché la dote era stata costituita *propter filium*».¹⁵²

Procederò ora, nell'ottica della rimeditazione della definizione di '*ius*', e più in generale, del pensiero di Celso, all'esegesi di due interessanti frammenti che non avevo esaminato nei precedenti contributi: D. 36.34 (33) (Mac. 8 *inst.*) e D. 50.1.27.2 (Ulp. 2 *ad ed.*).

Il brano di Marciano, che conferma e attesta in modo assai significativo, come è stato fondatamente evidenziato, «l'inclinazione di Celso per la casistica»,¹⁵³ è il seguente:

D. 36.1.34 (33) (Marc. 8 *inst.*): *Scribit Celsus libro vicensimo digestorum, si qui quadringenta in bonis habebat petit ab herede suo, ut, si sine liberis moreretur, quanta pecunia ex hereditate sua ad eum pervenisset, Maevio restitueretur: si ex fructibus medio tempore quadringenta perceperit et sine liberis decesserit, heredem eius Maevio quadringenta debiturum. Et cum diu multumque tractavit, an, cum augmentum heres sensit, et periculum sustineat an per contrarium, novissime ait iniquum esse ad fideicommissarium damnum pertinere, ad quem augmentum non pertinet: et an ad supplendum, inquit, quodcumque ex quadringentis defuerit, etiam augmentum ad eum pertinebit, hoc est ut usque ad summam quadringentorum damni et fructus computentur; quod verior esse arbitror.*

La fattispecie è costituita da un fedecommissario universale. Un tale, che aveva un patrimonio del valore di quattrocento (*quadringenta in bonis habebat*), prega il proprio erede di

¹⁴⁹ P. VOCI, "*Ars boni et aequi*" cit., 308.

¹⁵⁰ Sul punto rinvio a P. CERAMI, *La concezione celsina* cit., 28 ss.

¹⁵¹ Anche A. SCHIAVONE, *Ius* cit., 383, ravvisa nell'espressione '*aequitas rei*' non l'idea astratta dell'equità, ma «l'equità interna alla situazione data (*res*), intrinseca ai fatti». Vedi pure V. SCARANO USANI, *Valori e storia* cit., 116, per il quale «l'*aequitas* determinava la prevalenza del 'fatto' (*pater meus propter me . . . dedit*) sul 'diritto', così come si designava nella costruzione di Servio e Labeone (*quia . . . profecta*), lasciando intravedere, nel pensiero celsino, una lettura meno tradizionale della struttura familiare».

¹⁵² Così P. VOCI, "*Ars boni et aequi*" cit., 308.

¹⁵³ Così P. VOCI, "*Ars boni et aequi*" cit., 309.

restituire a Mevio, alla sua morte, se non lascerà figli, ‘*quanta pecunia ex hereditate sua ad eum pervenisset*’. Celso ‘*diu multumque tractavit*’, come afferma Marciano, la questione in esame, al duplice scopo di garantire, da un lato, l’integrale ed effettivo rispetto della volontà del testatore – obiettivo, questo, di notevole e fondamentale rilievo in materia di fedecommissi,¹⁵⁴ nella misura in cui coinvolge l’interesse generale al rispetto della *voluntas defuncti* oltre la morte – e di realizzare, dall’altro, un equilibrato raccordo fra l’interesse dell’erede e l’interesse del fedecommissario, raccordo da attuare tenendo ponderatamente conto degli utili e delle perdite dei beni ereditari. Specificamente, l’erede potrà far suoi i frutti prodotti *medio tempore*, in eccedenza ai *quadringenta*; le eventuali perdite, non imputabili a colpa dell’erede saranno sopportati dal fedecommissario, o dal fedecommissario e dall’erede, nel caso in cui quest’ultimo abbia conseguito *augmenta* dai beni ereditari. Sarebbe, infatti, contrario al canone del *bonum et aequum*, precisa Celso, che le perdite fossero sopportate soltanto dal fedecommissario in presenza di *augmenta* percepiti dall’erede. Ne consegue che l’erede dovrà restituire a Mevio ‘*quanta pecunia ex hereditate ad eum pervenisset*’, computando rigorosamente utili e perdite fino alla somma di quattrocento (*hoc est usque ad summam quadringentorum damni et fructus computentur*).¹⁵⁵ Soluzione e correlata motivazione, pragmaticamente prospettate, in chiave casistica, da Celso, ed entrambe pienamente condivise, per la loro innegabile valenza equitativa, da Marciano: ‘*quod verior esse arbitror*’.

Il brano ulpiano, che verte sul complesso e dibattuto tema del *domicilium*,¹⁵⁶ è il seguente:

D. 50.1.27.2 (Ulp. 2 *ad ed.*): *Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus si duobus locis aequaliter neque hic quam illic minus frequenter commoretur: ubi domicilium habeat, ex destinatione animi esse accipiendum. Ego dubito, si utrobique destinato sit animo, an possit quis duobus locis domicilium habere. Et verum est habere, licet difficile est: quemadmodum difficile est sine domicilium esse quemquam. Puto autem et hoc procedere posse, si quis domicilio relicto naviget vel iter faciat, quaerens quo se conferat atque ubi constituat: nam hunc puto sine domicilio esse.*¹⁵⁷

Il trascritto brano assume un rilievo paradigmatico con specifico riguardo a due fondamentali direttive dell’ermeneutica celsina: a) la tipica tendenza «a rifiutare regola-

¹⁵⁴ Il particolare rilievo della *voluntas defuncti* in materia di disposizioni fedecommissarie è stato esplicitamente sottolineato da S. RICCOBONO sen., *Legati e fedecommissi, verba e voluntas*, in *Mélanges Cornil* II, 1926, 348 ss.; nello stesso senso v. G. COPPOLA, *Osservazioni sul regime dei frutti nel fedecommissato de residuo*, in *Atti Accademia Peloritana dei Pericolanti* 49, 1981, 84, nt. 4.

¹⁵⁵ In senso analogo v. P. VOGLI, “*Ars boni et aequi*” cit., 309; G. COPPOLA, *Osservazioni sul regime dei frutti* cit., 107; L. DESANTI, *Restitutionis post mortem onus. I fedecommissi da restituirsì dopo la morte dell’onerato*, Milano 2003, 133 s., che evidenzia esplicitamente che «i frutti maturati *pendente condicione*, nel pensiero di Celso, di regola spettavano all’erede».

¹⁵⁶ Per un quadro d’insieme della problematica e della dottrina romanistica in tema di ‘*domicilium*’, dalla scuola serviana [D. 50.16.203 (Alf. 7 *dig.*)] all’età postclassica [in particolare, C. 10.40(39).7 pr.-1 (Diocl. et Max.AA. et CC. Aurelio)], v., per tutti, O. LICANDRO, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, 1 ss., con ampia bibliografia (nt. 1 e ss.).

¹⁵⁷ O. LENEL, *Palingenesia, Celsi Dig. Libri*, n. 2, attribuisce a Celso soltanto la prima parte, sino a ‘*esse accipiendum*’. Sulla parte successiva, da ‘*ego puto*’ alla fine, e sulla dibattuta questione del rapporto fra il punto di vista di Celso e quello di Ulpiano mi limito, in questa sede, a rinviare alle equilibrate considerazioni di O. LICANDRO, *Domicilium habere*, 207 ss.

zioni rigide e astratte, e a preferire regole flessibili costruite su misura del caso concreto»;¹⁵⁸ b) l'attenzione rivolta alla *voluntas* e alla *destinatio animi* dei soggetti,¹⁵⁹ in sede di analisi di tematiche complesse e dibattute (*ius controversum*), qual era, in particolare, quella del *domicilium*.

Con specifico riguardo al caso di chi *'pluribus'* o *'duobus locis'*, *ex aequo negotietur*, erano state prospettate, come attestano Paolo e Ulpiano,¹⁶⁰ due opposte soluzioni: l'una di Labeone; l'altra di alcuni *iuris prudentes*, non specificamente menzionati:

D. 50.1.5 (Paul. 45 *ad ed.*): *Labeo indicat eum qui pluribus locis ex aequo negotietur, nusquam domicilium habere: qosdam autem dicere refert pluribus locis eum incolam esse aut domicilium habere: quod verius est;*

D. 50.1.6.2 (Ulp. 2 *opin.*): *Viris prudentibus placuit duobus locis posse aliquem habere domicilium, si utrobique ita se instruxit, ut non ideo minus apud alteros se collocasse videatur.*

Labeone sosteneva, quindi, che colui il quale, *'pluribus locis ex aequo negotietur'*, *nusquam domicilium habere*; gli esponenti dell'opposto indirizzo sostenevano, invece, la tesi della pluralità dei domicili in ciascuno dei luoghi in cui il soggetto in questione esercitava la sua attività imprenditoriale, come attestano, rispettivamente, le forme verbali *'negotietur'* in D. 50.1.5 e *'se instruxit'* in D. 50.1.6.2, entrambe tipiche locuzioni del lessico imprenditoriale romano.¹⁶¹

In opposizione, sia pure implicita, alle astratte e contrapposte tesi, sopra menzionate, Celso prospettava, con specifico riguardo alla medesima tipologia di attività (imprenditoriale, come prova il sintagma *'si quis instructus sit'*),¹⁶² una soluzione decisamente più duttile, articolata sulla base di due distinti, ma correlati, criteri: a) un criterio oggettivo, rappresentato dal *'se instruere'* in diversi luoghi e dalla speculare maggiore o minore frequenza in uno di essi (*frequenter commorari*); b) un criterio soggettivo (*destinatio animi*), volto ad integrare il criterio oggettivo in caso di insufficienza o di equivalenza del *'frequenter commorari'*.¹⁶³ Specificamente, la fondamentale valenza della *'destinatio animi'* trova la sua

¹⁵⁸ In tal senso, v., in particolare, O. LICANDRO, *Domicilium habere* cit., 206.

¹⁵⁹ Vedi, in proposito, V. SCARANO USSANI, *Empiria e dogmi. La scuola proculiana fra Nerva e Adriano*, Torino 1989 cit., 109, nt. 28; O. LICANDRO, *Domicilium habere* cit., 206 ss.; L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani. Aspetti giuridici. I. La classificazione degli incolae*, Milano 2006, 387 ss.; O. LICANDRO, *Doppio domicilio e doppia cittadinanza. Strumenti di governo ed egemonia politica tra 'leges' e 'prudentes' nell'età repubblicana*, in AUPA 61, 2018, 158, con specifico riguardo al *'se instruere'* celsino di D. 50.1.27.2.

¹⁶⁰ Sul controverso rapporto fra i due brani di Ulpiano, D. 50.1.6.2 e D. 50.1.27.2, v. O. LICANDRO, *Domicilium habere* cit., 208 ss.

¹⁶¹ Vedi, in proposito, M.A. LIGIOS, «*Taberna*», «*negotiatio*», «*taberna cum instrumento*» e «*taberna instructa*» nella riflessione giurisprudenziale classica, in *Antecessori oblata. Cinque studi dedicati ad Aldo Dell'Oro*, Padova, 2001, 24 – 143; P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, terza edizione, Torino 2010, 15 ss.; 51 ss.; P. CERAMI, *Tabernae librae. Profili terminologici, economici e giuridici del commercio librario e della attività editoriale nel mondo romano*, in AUPA 58, 2015, 16 ss.

¹⁶² Così pure O. LICANDRO, *Doppio domicilio* cit., 158 ss.

¹⁶³ In tal senso v. pure M. P. BACCARI, *Cittadini popoli e comunione nella legislazione dei secoli IV-VI*, Torino 1996, 114, secondo la quale il domicilio, per Celso, dipendeva «in primo luogo dal *frequenter*

ragion d’essere nella piena ed essenziale autonomia organizzativa del ‘*negotiator*’ nel quadro complessivo della ramificazione territoriale, più o meno estesa, della struttura imprenditoriale e, più in generale, della sua attività economico-professionale.¹⁶⁴ Sotto questo profilo, Celso additando nella ‘*destinatio animi*’ l’elemento determinante, ai fini dell’esatta individuazione del domicilio, ha anticipato in buona sostanza la nozione di domicilio formulata nel primo comma dell’art. 43 del vigente codice civile italiano del 1942: «Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi»;¹⁶⁵ secondo comma: «La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale».¹⁶⁶

commorari e solo subordinatamente dall’*animus*». Di criterio oggettivo (*se instruere*) e di criterio soggettivo (*destinatio animi*) parla pure O. LICANDRO, *Doppio domicilio* cit., 162.

¹⁶⁴ Sull’*instrumentum* professionale v. M. A. LIGIOS, *Nomen negotiationis. Profili di continuità e di autonomia della negotiatio nell’esperienza giuridica romana*, Torino 2013, 108 ss.

¹⁶⁵ In tal senso v. pure O. LICANDRO, *Doppio domicilio* cit., 160, il quale, con specifico riferimento al senso del ‘*se instruere*’, denotativo di una “situazione complessiva di vita, interessi e affari”, così afferma, a mio avviso fondatamente: «Insomma, una definizione, è difficile negarlo, ancora una volta assai vicina alla determinazione del domicilio accolta dal legislatore italiano nel codice civile del 1942»; v. pure, dello stesso Autore, *Domicilium habere* cit., 226 s. e nt. 95.

¹⁶⁶ Sul binomio “domicilio-dimora” v. O. LICANDRO, *Domicilium habere* cit., 230 ss., con letteratura.

PAOLO COSTA
(Università di Genova)

Prestiti e pegni, tempio e città.
Note sull'ἐπίκριμα efesino
di Paolo Fabio Persico (44 d.C.)

ABSTRACT

Some inscriptions found at Ephesus (*Ieph.* Ia 17-19) evidence a part of the edict that the proconsul Paullus Fabius Persicus addressed to the city in 44 AD. A section of this edict (*Ieph.* Ia 17, ll. 48-49) attests some of the banking operations carried out by the temple of Artemis, the allowing of loans on the basis of the provision by the debtor (probably the city) of the pledges on the incomes of the current and the following year. After the study of the epigraphic problems that arise from the inscription (rather fragmentary) and its editions, and after the reconstruction of the historical context when the edict was placed, the article shows how the measures of the proconsul aimed at limiting the use of those guarantees, which appeared unreliable and especially conflicting with the Roman juridical *mens*. In particular, a comparison is made with the discipline of the pledge of future things, as known from the Digest and from some imperial constitutions. Finally, the responsibility of city officials, acting in the name of the city, is briefly considered.

PAROLE CHIAVE

Efeso; Editto di Paolo Fabio Persico; finanze della città; pegno di cosa futura; responsabilità degli amministratori delle città.

PRESTITI E PEGNI, TEMPIO E CITTÀ. NOTE SULL'ΕΠΙΚΡΙΜΑ ΕΦΕΣΙΝΟ DI PAOLO FABIO PERSICO (44 D.C.)*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Efeso, Artemide e il suo tempio. – 3. Le ricchezze del tempio. – 4. L'attività bancaria del tempio. – 5. L'editto di Paolo Fabio Persico: ricostruzione, datazione, forme dell'emana-zione. – 6. Le disposizioni dell'editto: una sintesi. – 7. Le norme su prestiti e pegni (*IEph.* Ia, 17, ll. 48-50): problemi di ricostruzione del testo. – 8. Inquadramento storico della fattispecie. – 9. I sogget-ti del prestito. – 10. Le condotte censurate dal proconsole e le contromisure. – 11. Contatti e relazioni con la disciplina del pegno di cosa futura. – 12. Riflessioni conclusive.

1. PREMESSA.

Il recente D.L. 59/2016 (conv. in L. 119/2016) ha introdotto una particolare figura di pegno 'non possessorio', che ha suscitato numerose discussioni in dottrina.¹ Tra le fattispecie che possono sussumersi entro questa nuova forma di garanzia si incontra anche il pegno di cosa futura, che trova previsione e tutela normativa, mentre prima era noto soltanto nella pratica commerciale e considerato come un preliminare di pegno, o, come si evince dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, un negozio a formazione progressiva, che trae scaturigine dal mero accordo delle parti (con effetti solo obbligatori) e si perfeziona con la consegna al creditore del bene venuto a esistenza o specificato.²

L'eventualità che oggetto di pegno fosse un bene non ancora presente era conosciuta e disciplinata anche dai giuristi romani,³ ma è suggestivo rilevare come una fattispecie di

*Ringrazio i Professori Mariagrazia Bianchini, James Caimi, Felice Costabile, Valerio Marotta e Marco P. Pavese per i suggerimenti con cui hanno accompagnato la stesura di questo lavoro. Ringrazio anche mio fratello, il dottor Riccardo Costa, commercialista, per i suoi consigli.

¹ Cfr. E. GABRIELLI, *Pegno 'non possessorio' e teoria delle garanzie mobiliari*, in Riv. Dir. Com. 115, 2017, 241 ss.; R. CATALANO, *Il pegno mobiliare non possessorio ex lege n. 119/2016*, Napoli 2018; M. CAMPOBASSO, *Il pegno non possessorio. 'Pegno', ma non troppo*, in N. leg. civ. com. 41, 2018, 703 ss., ove altra bibliografia.

² Cfr. Cass. 1 agosto 1996, n. 6969; Cass. 27 agosto 1998, n. 8517; Cass. 26 marzo 2010 n. 7257; Cass. sez. un., 2 ottobre 2012, n. 16725. Sul tema, cfr. C. MAIORCA, *Il pegno di cosa futura e il pegno di cosa altrui*, Milano 1938; F. REALMONTE, *Il pegno*, in *Trattato di diritto privato dir. da Pietro Rescigno*, XIX, Torino 1997, 807; C. M. BIANCA, *Diritto Civile*, VII. *Le garanzie reali – La prescrizione*, Milano 2002, 157 ss.

³ Cfr., per tutti, A. CARCATERRA, *Il pegno delle cose future (fructus e partus)*, in An.Bari 3, 1940, 123 ss.; A. LÖFFELMANN, *Pfandrecht und Sicherungsübereignung an künftigen Sachen. Rechtsvergleich zwischen deutschen und römischem Recht*, Köln-Weimar-Wien 1996.

garanzia su redditi futuri sia contenuta nell'ἐπίκριμα di Paolo Fabio Persico alla città di Efeso, databile al 44 d.C. e contenente una particolare regolamentazione di tale assetto di interessi.⁴ Il provvedimento, pervenuto in forma epigrafica (*IEph.* Ia, 17-19), propone un insieme di misure di lotta contro la cattiva amministrazione della metropoli asiatica⁵ e di riorganizzazione delle sue finanze, e costituisce una fonte significativa per cogliere i profili dell'intervento dell'autorità romana in un'importante πόλις microasiatica,⁶ i rapporti tra la gestione del patrimonio cittadino e quello del tempio e, più in generale, il tema della continuità o discontinuità – nel passaggio dall'età ellenistica al primo principato – dell'organizzazione finanziaria delle città greche.⁷

Dopo alcuni cenni sulla situazione economica di Efeso e dell'*Artemision* al tempo dell'emanazione dell'editto, ci si concentrerà sulle misure riguardanti i prestiti e le garanzie che li assistono, con l'obiettivo di inquadrare storicamente e giuridicamente tali dinamiche negoziali e di mostrare come l'ordinamento romano, mediante l'attività di direzione e controllo del proprio apparato di governo, reagisse a fronte di alcune modalità di gestione finanziaria, con correlate implicazioni giuridiche, diffuse nelle città delle province orientali.⁸

2. EFESO, ARTEMIDE E IL SUO TEMPIO.

Il tempio di Artemide⁹ a Efeso era una delle meraviglie del mondo (*Antip.*, *A.P.* 9.58), rivestendo un ruolo centrale nella vita cittadina e richiedendo energie e risorse per il suo

⁴ Le disposizioni contenute nell'editto di Persico, in particolare quelle riguardanti i prestiti e i pegni, sono state oggetto di attenzione da parte di storici dell'economia delle città antiche, come Migeotte, Andreau, Schwarz e Chankowsky – in lavori che saranno, in seguito, presentati e discussi – ma, a quanto mi consta, non sono state *ex professo* approfondite nella prospettiva storico-giuridica.

⁵ Il tema della *mala gestio* dei notabili di città greche emerge anche dall'epistolario ciceroniano (*Att.* VI 2.4-5), dalle lettere di Plinio (10.17.3; 10.18.3) e da alcune orazioni di Dione Crisostomo (anzitutto *Or.* 31 e 35); sulla situazione finanziaria delle città della Bitinia, della Licia e di Efeso, sui meccanismi di amministrazione locale e sugli interventi romani, cfr. H. SCHWARZ, *Soll oder Haben? Die Finanzwirtschaft kleinasiatischer Städte in der Römischen Kaiserzeit am Beispiel von Bithynien, Lykien und Ephesos* (29 v. Chr. – 284 n. Chr.), Bonn 2001; G.P. BURTON, *The Roman Imperial State, Provincial Governors and the Public Finances of Provincial Cities, 27 B.C. – A.D. 235*, in *Hist.* 53, 2004, 311 ss.; G. SALMERI, *Central power intervention and the economy of the provinces in the Roman Empire. The case of Pontus and Bithynia*, in S. MITCHELL, C. KATSARI (a cura di), *Patterns in the Economy of Roman Asia Minor*, Swansea 2005, 187 ss.

⁶ Sul fatto che Efeso fosse una *civitas libera* o *stipendiaria* nell'età del principato, non si riscontra ancora un'opinione condivisa, cfr. E. GUERBER, *Cité libre ou stipendiaire? À propos du statut juridique d'Éphèse à l'époque du Haut-Empire romain*, in *REG* 108, 1995, 388 ss.; F. KIRBIHLER, *Des Grecs et des Italiens à Éphèse: histoire d'une intégration croisée, 133 a.C. – 48 p.C.*, Bordeaux 2016, 66 ss.

⁷ Cfr. L. MIGEOTTE, *Les finances des cités grecques aux périodes classique et hellénistique*, Paris 2014, 15; V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources d'époque impériale à la connaissance des finances des cités grecques*, in *TOIPI* 20, 2015, 101 ss.

⁸ Cfr. A.H.M. JONES, *The Greek City. From Alexander to Justinian*, Oxford 1940, 228 s., 242.

⁹ Gli scavi nell'area del tempio, guidati dall'Österreichisches Archäologisches Institut, sono presentati in M. KERSCHNER, W. PROCHASKA, *Die Tempel und Altäre der Artemis in Ephesos und ihre Baumaterialien*, in *JÖAI* 80, 2011, 73 ss.; J. FISHER, *Das Artemision von Ephesos. Ein antikes Pilgerziel im Spiegel der literarischen und epigraphischen Überlieferung*, in E. OLSHAUSEN, V. SAUER (a cura di), *Mobilität in den Kulturen der antiken Mittelmeerwelt. Stuttgarter Kolloquium zur Historischen Geographie des Altertums 11, 2011*, Stuttgart 2014, 171 ss.

mantenimento e per la celebrazione delle cerimonie e delle feste a esso collegate, tanto che Tacito (*Ann.* 4.55) scriveva: *Ephesii Milesiique, hi Apollinis, illi Dianae caerimonia occupavisse civitates visi*. Efeso appare, dunque, consacrata al culto di Artemide – dea di cui si considerava τροφός (*IEph.* Ia, 24B, ll. 22-23)¹⁰ – con un legame tra città, tempio e divinità che rende quest'ultima «an example 'par excellence' of a civic deity»,¹¹ una relazione così stretta¹² che si parla non solo di culti pubblici, ma di una 'polis religion', con ciò indicando il complesso di strutture e istituzioni collegato alla dea, che compenetra e informa la vita e l'identità cittadina.¹³ Non solo Artemide è chiamata Efesia, ma nell'iconografia numismatica è frequente l'immagine di una donna, simbolo e nume tutelare della città, con un tempio sulle mani o con il capo incoronato con una cinta muraria o con un tempio.¹⁴

Il rapporto tra Efeso e Artemide emerge in numerose iscrizioni,¹⁵ ove è espresso anzitutto dal ricorso all'appellativo νεώκορος,¹⁶ che appare per la prima volta su una moneta

¹⁰ Cfr. R.E. OSTER, *Holy days in honour of Artemis*, in G.H.R. HORSLEY (a cura di), *New Documents Illustrating Early Christianity*, IV, Sydney 1987, 78; ID., *Ephesus as a Religious Center under the Principate, I. Paganism before Constantine*, in ANRW II.18.3, Berlin-New York 1990, 1701 s.; H. ENGELMANN, *Inschriften und Heiligtum*, in U. MUSS (a cura di), *Der Kosmos der Artemis von Ephesos*, Wien 2001, 33; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians and Artemis. The Cult of the Great Goddess of Ephesus as the Epistle's Context*, Tübingen 2017, 145.

¹¹ Cfr. B. DIGNAS, *Economy of the Sacred in Hellenistic and Roman Asia Minor*, Oxford 2002, 141.

¹² La compenetrazione non va intesa in senso assoluto: P. DEBORD, *Aspects sociaux et économiques de la vie religieuse dans l'Anatolie gréco-romaine*, Leiden 1982, e B. DIGNAS, *Economy* cit., dimostrano che non vi è ovunque e sempre un'osmosi tra la città e il santuario, in particolare tra i due patrimoni e le autorità che ne sovrintendono la gestione, come si coglierà anche nel prosieguo di questo lavoro.

¹³ Cfr. C. SOURVINOU-INWOOD, *What is Polis Religion?*, in O. MURRAY, S.R.F. PRICE (a cura di), *The Greek City. From Homer to Alexander*, Oxford 1990, 295 ss., che riprende intuizioni già di N.-D. FUSTEL DE COULANGES, *La cité antique*, Paris 1864. La definizione è comunque problematica; cfr. S.B. ALESHIRE, *Towards a Definition of 'State Cult' for Ancient Athens*, in R. HÄGG (a cura di), *Ancient Greek Cult Practice from the Epigraphical Evidence. Proceedings of the Second International Seminar on Ancient Greek Cult, Athens, 22-24 November 1991*, Stockholm 1988, 9 e ss.; N. DE PAIVA BONDIOLI, *Roman Religion in the Time of Augustus*, in *Numen* 64, 2017, 49 ss.

¹⁴ Cfr. BMC *Ionía*, n. 251; SNG *Ionien* nn. 1840, 1852; 1886-8; R. SCHWINDT, *Das Weltbild des Epheserbriefes. Eine religionsgeschichtlich-exegetische Studie*, Tübingen 2002, 116; S. MORRIS, *Zur Vorgeschichte der Artemis Ephesia*, in U. MUSS (a cura di), *Die Archäologie der ephesischen Artemis. Gestalt und Ritual eines Heiligtums*, Wien 2008, 57. R. FLEISCHER, *Artemis von Ephesos und verwandte Kultstatuen aus Anatolien und Syrien*, Leiden 1973, 51 ss., vede il tempio, gravante come una corona sul capo della dea, come sviluppo del più antico motivo della cinta muraria con le torri merlate e non una nuova creazione. Cfr. T. WOHLERS-SCHARF, *Die Forschungsgeschichte von Ephesos. Entdeckungen, Grabungen und Persönlichkeiten*², Frankfurt a. M. 1996, 293; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 147-148.152.

¹⁵ Cfr. R.E. OSTER, *Holy days* cit., 74 ss.; P.R. TREBILCO, *The Early Christians in Ephesus: From Paul to Ignatius*, Tübingen 2004, 27 ss.; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 162 nt. 344.

¹⁶ Su νεώκορος (che ha il significato primario di 'guardiano'), cfr. S.R.F. PRICE, *Rituals and Powers. The Roman Imperial Cult in Asia Minor*, Cambridge 1984, 66 s.; S.J. FRIESEN, *Twice Neokoros. Ephesus, Asia and the Cult of the Flavian Imperial Family*, Leiden 1993, 50 ss. Costano due usi fondamentali di tale designazione: il primo indica soggetti con ruoli nell'amministrazione di un tempio complementari e subordinati a quelli dei sacerdoti, come i sacrestani; il secondo qualifica la relazione di una città con un culto particolare e manifesta prestigio e, talvolta, elezione divina. Sono frequenti i conflitti tra città per l'identificazione della νεώκορος di una divinità o del culto imperiale; Tac., *Ann.* 3.61, racconta come Efeso difendesse la propria superiorità, in quanto luogo di nascita di Artemide. Sul tema della ricerca di distinzione onorarie, nella provincia d'Asia, cfr. E. COLLAS-HEDELAND, *Le culte impérial dans la compéti-*

efesina del regno di Nerone. È certo che inizialmente il neocorato non si riferisse al culto imperiale, ma al tempio di Artemide;¹⁷ due monete datate al principato di Domiziano hanno la designazione ΔΙΣ ΝΕΩΚΟΡΩΝ: Efeso aveva già il neocorato di Artemide, quando ricevette quello imperiale.¹⁸ Essendo abitanti della città νεωκόρος di Artemide, gli efesini sono responsabili della cura delle strutture sacre e della degna celebrazione del culto in onore della dea.¹⁹ Il tempio è un simbolo per la città, ma è anche un segno dell'unità politica e culturale dell'Asia, essendo il santuario centrale della provincia.²⁰ Nel tempo l'influenza di Artemide, il cui culto presentava carature 'missionarie',²¹ si è estesa in Asia Minore e in molte zone dell'impero:²² nelle menzioni di Efeso in fonti letterarie non cristiane dal I sec. a.C. al IV sec. d.C., in un terzo dei casi si fa riferimento alla dea, al suo tempio o al suo culto.²³

L'iscrizione più dettagliata, che getta luce sulla relazione tra la città e la dea e sui convincimenti ideologici e religiosi degli efesini, è la già citata *IEph.* Ia, 24B (= *CIG* 2954; *Syll.*³ 867): alla l. 8, Artemide è chiamata la 'nostra dea', che protegge Efeso, 'patria di Artemide', che è venerata oltre i confini della città (l. 9);²⁴ alle ll. 10, 22 occorre, in riferimento alla stretta relazione tra Efeso e la dea, il termine ἴδιος, che appalesa un rapporto di compenetrazione tra la πόλις e Artemide.²⁵ La presenza della divinità e la cura del suo

tion des titres sous le Haut-Empire. Une lettre d'Antonin aux Éphésiens, in *REG* 108, 1995, 410 ss.; V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli 2000, 186 s.; A. HELLER, "Les bêtises des Grecs". *Conflits et rivalités entre cités d'Asie et de Bithynie à l'époque romaine (129 a.C. – 235 p.C.)*, Bordeaux 2006, 241 ss.

¹⁷ Cfr. J. KEIL, *Die erste Kaiserneokorie von Ephesos*, in *NZ* 52, 1919, 115 ss.; S. KARWIESE, *Ephesos. C. Numismatischer Teil*, in *PWRE Suppl.* 12, Stuttgart 1970, 330 ss.

¹⁸ S.J. FRIESEN, *Twice Neokoros* cit., 56 ss., dimostra che il termine νεωκόρος non fu usato in alcun titolo di città, per indicare la presenza di un santuario imperiale, fino all'inizio del culto dei *Sebastoi* a Efeso e che proprio da lì sia iniziata la proliferazione dei titoli onorari delle città d'Asia nel II sec. d.C. A questa interpretazione, ormai consolidata, si oppone D. SVIATOSLAV, *The neokorai of Ephesus and city rivalry in Roman Asia Minor*, in J.H. RICHARDSON, F. SANTANGELO (a cura di), *Priests and State in the Roman World*, Stuttgart 2011, 529 ss., che ritiene che il primo neocorato non fosse quello di Artemide, bensì quello di un culto locale, ma con riverbero provinciale, in onore di Giulio Cesare divinizzato, considerando la diversa attestazione di una fonte di I sec. d.C., come *Act. Ap.* 19,35, semplicemente atecnica; le argomentazioni di Sviatoslav meriterebbero attenta valutazione, ma in questa sede si può già dire che pare troppo sottovalutata la centralità dell'*Artemision* per la città e per la provincia, che rende ben spiegabile l'attribuzione di questo titolo come dovuta alla custodia del tempio; su *Act. Ap.* 19,35, cfr. C.S. KEENER, *Acts. An Exegetical Commentary*, III, Grand Rapids, 2014, 2929 s., ove altra letteratura.

¹⁹ Cfr. S.J. FRIESEN, *Twice Neokoros* cit., 52; P.R. TREBILCO, *The Early Christians* cit., 29; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 162.

²⁰ Cfr. A. RÜGLER, *Die Columnae Caelatae des jüngeren Artemisions von Ephesos*, Tübingen 1988, 5.

²¹ Di *missionary religion*, alla luce di *IEph.* Ia, 24B, parla G.H.R. HORSLEY, *The Inscriptions of Ephesos and the New Testament*, in *NovTest* 34, 1992, 155, seguito da M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 394 s.

²² R. FLEISCHER, *Artemis* cit., mappa II, indica oltre cinquanta città anatoliche, ove si sono ritrovate monete con l'immagine di Artemide Efesia.

²³ Cfr. C.M. THOMAS, *At Home in the City of Artemis: Religion in Ephesos in the Literary Imagination of the Roman Period*, in H. KOESTER (a cura di), *Ephesos. Metropolis of Asia. An Interdisciplinary Approach to its Archaeology, Religion and Culture*, Valley Forge, 1995, 85.

²⁴ Cfr. E.L. HICKS, C.T. NEWTON, *Collection of Ancient Greek inscriptions in the British Museum*, III. *Priene, Iasos and Ephesos*, Oxford 1890, 144; R.E. OSTER, *Acts 19,23-41 and an Ephesian Inscription*, in *HThR* 77, 1984, 233 ss.

²⁵ Cfr. R.E. OSTER, *Ephesus* cit., 1702; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 163.

culto ha reso Efeso una città meravigliosa fra tutte (ll. 9-11), 'celebre' (ἐνδοξον), poiché 'nutrice' (τροφός) della dea; fin tanto e in quanto rispetterà la divinità – cioè si occuperà del tempio e del culto ivi celebrato – Efeso resterà splendida e felice (ll. 32-34).²⁶ Inoltre, copiosi ritrovamenti numismatici manifestano lo stretto legame fra la dea, il suo tempio e la città.²⁷ Fin dal VII sec. a.C., infatti, l'*Artemision* funziona anche come zecca²⁸ e dalla metà del II sec. a.C. constano rappresentazioni di Artemide sulle monete; tale presenza continua anche nel periodo imperiale, quando inizia a comparire l'effigie del *princeps*, ma senza che scompaia quella della dea.²⁹ Durante il principato di Claudio – tempo in cui si colloca l'editto di Persico – per la prima volta si trova l'immagine del frontone del tempio, mentre sotto Nerone appare una moneta con il termine ΝΕΩΚΟΡΩΝ, in riferimento al culto della dea; lungo i secoli, è proprio l'immagine di Artemide il tema iconografico costante nelle monete, in una palese e costante compenetrazione identitaria tra la città e la sua divinità.³⁰

3. LE RICCHEZZE DEL TEMPIO.

Nel 1974 Oster, che sarebbe diventato uno dei maggiori studiosi anglofoni della città di Efeso e della sua storia,³¹ nella sua dissertazione dottorale, scriveva che la funzione dell'*Artemision* più trascurata dagli studiosi, benché la più importante, fosse quella economica:³²

²⁶ R.E. OSTER, *Ephesus* cit., 1700 nt. 300, rileva il rapporto di mutualità di benefici, in una compenetrazione di interessi e di identità tra tempio e città. R. STRELAN, *Paul, Artemis and the Jews in Ephesus*, Berlin 1996, 46, scrive: «For the Ephesians, their Artemis was not merely the god whose cult happened to be at Ephesus. Their Artemis was Ἐφεσία». R.E. OSTER, *Ephesus* cit., 1728, scrive: «There was no other Graeco-Roman metropolis in the Empire whose 'body, soul, and spirit' could so belong to a particular deity as did Ephesus' to her patron goddess Artemis».

²⁷ Sull'iconografia del tempio nelle monete efesine, cfr. R. FLEISCHER, *Artemis* cit., 251 ss.; M.J. PRICE, B.L. TRELL, *Coins and Their Cities. Architecture on the Ancient Coins of Greece, Rome and Palestine*, London 1977, 127 ss. Sulla produzione di monete a Efeso, cfr. S. KARWIESE, *Die Münzprägung von Ephesos*, I. *Die Anfänge. Die ältesten Prägungen und der Beginn der Münzprägung überhaupt*, Wien-Köln-Weimar 1995; ID., *Die Münzprägung von Ephesos*, 5.1 *Katalog und Aufbau der römerzeitlichen Stadtprägung mit allen erfassbaren Stempelnachweisen*, I. *Katalog*; 5.2. *Corpus und Aufbau der römerzeitlichen Stadtprägung*, II. *Statistiken, Metrologie und Kommentare*, Wien 2012, 2016.

²⁸ La zecca era localizzata entro l'area del tempio, ma il sito non è stato ancora individuato; cfr. S. KARWIESE, *Groß ist die Artemis von Ephesos. Die Geschichte einer der grossen Städte der Antike*, Wien 1995, 124.

²⁹ Un esempio è la moneta, con Artemide sul retro, coniata per il matrimonio di Claudio e Agrippina nel 49 d.C.; cfr. H. ENGELMANN, *Zu Inschriften aus Ephesos*, in *ZPE* 26, 1977, 154 ss.; S. KARWIESE, *Groß ist die Artemis* cit., 86. In monete più risalenti simboli di animali o immagini floreali richiamano comunque Artemide; cfr. R. FLEISCHER, *Artemis* cit., 39 ss.; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 142 s., ove letteratura.

³⁰ Cfr. J. KEIL, *Die erste Kaiserneokorie*, cit.; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 143 s. Anche un'attività commerciale ordinaria, come i giorni di mercato, era collegata ad Artemide; cfr. R. MACMULLEN, *Markttage im römischen Imperium*, in H. SCHNEIDER (a cura di), *Sozial- und Wirtschaftsgeschichte der römischen Kaiserzeit*, Darmstadt 1981, 285.

³¹ Sono molteplici gli articoli dedicati da Oster a Efeso, ma voglio ricordare, oltre al citato contributo sull'ANRW, la rassegna su Efeso da lui curata, ormai datata, ma pur sempre preziosa; cfr. R.E. OSTER, *A Bibliography of Ancient Ephesus*, Metuchen-London 1987.

³² Cfr. R.E. OSTER, *A Historical Commentary on the Missionary Success Stories in Acts 19:11-40*, Diss. Princeton 1974, 92. Già allora si davano studi sulla funzione economica dei templi: M. ROSTOVITZ, *Die griechische Welt*, Leipzig 1898, 112.

da allora, soprattutto grazie agli studi di Bogaert,³³ di Migeotte e di Andreau e a diverse indagini di archeologi ed epigrafisti, il panorama è molto cambiato.

La più antica attestazione epigrafica sulle ricchezze del tempio e sul suo tesoro è un piatto argenteo del VI sec. a.C., che elenca diverse 'entrate sacre',³⁴ sia introiti regolari, sia raccolte di fondi per scopi particolari, come la costruzione di luoghi sacri o il restauro del tempio stesso.³⁵ Le entrate dell'*Artemision* erano abbastanza sicure, giacché esso poteva contare sui proventi derivanti dai terreni compresi nel suo patrimonio,³⁶ ma anche sugli interessi generati dal prestito di denaro, come si vedrà meglio trattando dell'attività bancaria. Inoltre, vi erano le entrate, variabili ma probabilmente ingenti, dei doni votivi, che sono stati ritrovati in grande quantità: monete, gioielli, e molte figurine in terracotta, avorio o metallo, solitamente raffiguranti la dea.³⁷

Le ricchezze per il tempio provenivano non solo da abitanti della città, ma anche da stranieri, attratti dalla fama del luogo e del suo culto: questi devoti offrivano doni, come attesta Luciano (*Icaromenippus* 24), che presenta Zeus irato, perché i pellegrini si recano a Efeso per celebrare ecatombi e offrire molto oro, e tralasciano il suo culto, persuasi che il re degli dei sia sufficientemente onorato con i sacrifici quinquennali a Olimpia.³⁸ Anche le imposte e le sanzioni pecuniarie erano fonti di entrate: ad es. un decreto del δῆμος efesino

Notes on the Economic Policy of the Pergamene Kings, in W.H. BUCKLER, W.M. CALDER (a cura di), *Anatolian Studies Presented to W.M. Ramsay*, Manchester-London-New York 1923, 359 ss.; T.R.S. BROUGH-TON, *Roman Asia*, in T. FRANK (a cura di), *An Economic Survey of Ancient Rome*, IV, Baltimore 1938, 631, 804, 888 ss.; ID., *New Evidence on Temple Estates in Asia Minor*, in P.R. COLEMAN-NORTON (a cura di), *Studies in Roman Economic and Social History in Honor of A.C. Johnson*, Princeton 1951, 236 ss.; D. MAGIE, *Roman Rule in Asia Minor. To the End of the Third century after Christ*, I, Princeton 1959, 139 ss.

³³ Oster non citava le pagine sul tempio di Efeso (245 ss.) di R. BOGAERT, *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leiden 1968.

³⁴ Cfr. R. BOGAERT, *Les Origines antiques de la banque de dépôt. Une mise au point accompagnée d'une esquisse des opérations de banque en Mésopotamie*, Leiden 1966, 134 s.; ID., *Banques cit.*, 247 nt. 98; B. DIGNAS, *Economy cit.*, 142.

³⁵ *IEph. Ia*, 1 (= SEG 34 [1984], n. 1079); cfr. P. DEBORD, *Aspects cit.*, 209. H. Wankel, in *IEph. Ia* ipotizza (a p. 1) che tali lavori siano quelli per l'edificazione del cd. tempio di Cresco; così anche B. DIGNAS, *Economy cit.*, 143. È considerato un dato notevole che già in tempi antichi esistesse una valutazione e registrazione in termini monetari di tali proventi. Nell'iscrizione si trova la locuzione: ἐκ πόλεως ἡνεύχθησαν (con morfologia ionica; cfr. *LSJ*, 1922), che forse si riferisce a forme di tributi versati dalla città all'*Artemision*, ad es. per la produzione di oggetti devozionali a Efeso. Da ciò è sembrato possibile ipotizzare una distinzione tra il patrimonio del tempio e quello della città, già sussistente in età più risalente; cfr. C. PICARD, *Ephèse et Claros. Recherches sur les sanctuaires et les cultes de l'Ionie du Nord*, Paris 1922, 68 nt. 5.

³⁶ Anche nel caso del tempio di Zeus ad Aizanoi «le πρόσοδοι che confluivano nelle casse della comunità templare dovevano essere costituite dai canoni dei singoli locatari», secondo U. LAFFI, *I terreni del tempio di Zeus ad Aizanoi. Le iscrizioni sulla parete interna dell'anta destra del pronao*, in *Athenaeum* 49, 1971, 29, che ipotizza consistessero in una somma di denaro versata nella cassa del santuario. Un raro riferimento letterario alle 'terre sacre' si deve a Senofonte (*Anab.* 5.3.13) e riguarda proprio il culto di Artemide; cfr. B. DIGNAS, *Economy cit.*, 84.

³⁷ Cfr. D. HOGARTH (a cura di), *Excavations at Ephesus. The Archaic Artemisia*, London 1908, 140; R.E. OSTER, *Ephesus cit.*, 1718 s.; A. BAMMER, U. MUSS, *Das Artemision von Ephesos. Das Weltwunder Ioniens in archaischer und klassischer Zeit*, Mainz a. R. 1996, 79 ss.

³⁸ Cfr. B. DIGNAS, *Economy cit.*, 143, la quale, tuttavia, erra nel commentare il passo luciano, perché scrive che i sacrifici a Olimpia si tenevano ogni quattro anni, mentre il testo riporta: διὰ πέντε ἔτων.

del I sec. a.C., per sostenere il culto di Artemide, prevede imposte sulle nascite legittime e illegittime, per la concessione di onori, e per una serie di negozi, come locazioni, costituzione di pegni, istituzioni di erede.³⁹ Anche l'iscrizione di Salutaris (*IEph.* Ia, 27) testimonia un'altra fonte di entrate: egli donò alla città sculture raffiguranti Artemide, la coppia imperiale e le città di Roma ed Efeso (ll. 15-16 e 22-31); poi costituì una fondazione, conferendo alla città una somma di 20.000 *denarii* da mettere a frutto all'interesse annuale del 9%. Anche le sacerdotesse di Artemide e i cantori erano beneficiati dalla fondazione con erogazioni di denaro (ll. 399 s.; ll. 528 ss.). In modo indiretto anche una siffatta fondazione sosteneva il patrimonio del tempio.⁴⁰

Le entrate più significative, tuttavia, erano rappresentate probabilmente dai redditi fondiari derivanti dalla proprietà di ampi lotti di terra,⁴¹ come si evince dal ritrovamento di cippi di confine posti sotto Augusto, Domiziano e Traiano.⁴² La proprietà si estendeva verso Est, includendo la valle del Caistro, e sembra aver raggiunto l'estensione di 200-300 kmq sotto Traiano, con terreni adibiti alla coltivazione e al pascolo, oltre che vigneti in una fertile zona alluvionale.⁴³ I vigneti erano locati alla συνεργασία ἱεροῦ οἰνηροῦ γεύματος (*IEph.* VI, 2076):⁴⁴ il vino – noto anche a Strabone (14.1.15) e a Plinio (*N.H.* 14.75) –, chiamato 'santo', perché ottenuto dalle vigne di Artemide, veniva commercializzato in città⁴⁵ ed era un provento per il tempio.⁴⁶

Persico ricorda gli interventi augustei per ripristinare le entrate 'sacre', ma afferma che neppure essi si erano rivelati sufficienti a garantire un adeguato stato delle finanze del tem-

³⁹ Cfr. E. WEISS, *Zum Stadtrecht von Ephesos*, in *JÖAI* 18, 1915, Bleib. 286 ss.; F. SOKOŁOWSKI, *Fees and Taxes in the Greek Cults*, in *HTHR* 47, 1954, 162 s.; B. DIGNAS, *Economy* cit., 144. Inoltre, 'entrate sacre' scaturivano da sanzioni, ad es. per violazione di tombe, come si evince da una lapide trovata ai confini di un terreno di proprietà del santuario (*IEph.* VII 2, 3827, III sec. d.C.); cfr. D. KNIBBE, R. MERİÇ, R. MERKELBACH, *Der Grundbesitz der ephesischen Artemis im Kaystrostal*, in *ZPE* 33, 1979, 139 ss. Sulla diffusione di tali sanzioni, cfr. J.H.M. STRUBBE, *ΑΠΑΙ ΕΠΙΤΥΜΒΙΟΙ. Imprecations against Desecrations of the Grave in the Greek Epitaphs of Asia Minor*, Bonn 1997, 136 s., 236 ss.

⁴⁰ Cfr. G.M. ROGERS, *The Sacred Identity of Ephesos. Foundation Myths of a Roman City*, London 1991; B. DIGNAS, *Economy* cit., 145.

⁴¹ Le fonti antiche a proposito delle proprietà fondiarie di Artemide Efesia sono molto ricche di elementi: cfr. Pausanias, 7.2.6; 7.5.2.4; cfr. H.J. DREXHAGE, *Wirtschaft und Handel in den frühchristlichen Gemeinden (1.-3. Jh. n. Chr.)*, in *RQ* 76, 1981, 19 s.

⁴² Cfr. D. KNIBBE, R. MERİÇ, R. MERKELBACH, *Der Grundbesitz* cit., 139 ss.; H. ENGELMANN, *In-schriften und Heiligtum* cit., 40 s.; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 142. Iscrizioni significative: *IEph.* V, 1523-1525; VII.2, 3506-3513, 3516.

⁴³ La fertilità della piana alla foce del Caistro è cantata già da Homer., *Ilias* II 459-461.

⁴⁴ Un'altra denominazione della corporazione è συνεργασία ἱερῶ οἰνηρῶ γεύματι (SEG 35 [1985], n. 1109); su tali gruppi professionali, cfr. D. ROHDE, *Zwischen Individuum und Stadtgemeinde. Die Integration von collegia in Hafenstädten*, Berlin 2012, 285 s.

⁴⁵ Cfr. H. ENGELMANN, *Degustation von Götterwein (I.v.E. 2076)*, in *ZPE* 63, 1986, 107 s.; S. LADSTÄTTER, *Funde*, in M. STESKAL, M. LA TORRE, *Das Vedioisgymnasium in Ephesos. Archäologie und Baubefunde*, Wien 2008, 97ss. Cfr. anche D. KNIBBE, *Der Asiarch M. Fulvius Publicianus Nicephorus, die Ephesischen Handwerkerzünfte und die Stoa des Servilius*, in *JÖAI* 56 (1985) 71 ss.; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 142. L'*Artemision* concedeva anche licenze per pescare nelle lagune a nord della foce del fiume Caistro; cfr. Strabo 14.1.26.

⁴⁶ Persico non menziona esplicitamente le terre di Artemide, ma esse formavano la *magna pars* dei cespiti del tempio e perciò è legittimo supporre che a esse si riferisse quando richiama la ricchezza del tempio (*IEph.* Ia, 18b, ll. 0-4); cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 170.

pio, evidentemente per malversazioni e cattive gestioni.⁴⁷ Nell'editto sembra che si tratti del ripristino di esenzioni e/o agevolazioni tributarie, insieme alla restituzione di terreni o di beni mobili.⁴⁸ l'espressione *restitu[tio] bene[ficiorum]* copre poi ogni tipo di beneficio e privilegio, probabilmente anche i *beneficia* imperiali.⁴⁹ La restituzione⁵⁰ di sicuro riguardò i terreni del tempio nella valle del Caistro; infatti, sono state trovate pietre di confine che – oltre a dimostrare la notevole estensione di tali proprietà – forniscono prova dell'intervento di Augusto.⁵¹ Un'iscrizione bilingue di data incerta (*IEph.* V, 1500) da Büyük Kale, a sud della valle del Caistro, mostra il ricordo dell'azione di Augusto: *Imp. Caesar Augustus fines Dianae restituit*.⁵² Ancora più chiara un'altra iscrizione bilingue del 23-21 a.C. (*IEph.* II, 459 = SEG 41 [1991] n. 971): *[Beneficio Ca[esaris] | [A]ugusti ex rediti[bus] | agrorum sacroru[m], | quos is Dianae de[dit], via strata Sex(to) Appul[eio] | pro co(n)s(ule)]*.⁵³

Incidentalmente, è opportuno notare come tali testimonianze efesine si inseriscano nell'alveo di una coerente politica augustea: l'iscrizione di Kyme del 27 a.C. (*IKyme* 17),⁵⁴ in cui si dà prova della disposizione di Augusto e Agrippa, nell'ufficio di consoli, di ripristino di aree sacre, cadute in mani private, per i sacrifici pubblici, attesta che Augusto per-

⁴⁷ *IEph.* Ia, 18b, ll. 5-8: ... διὰ τὴν ἀφθονίαν τῶν ὑπὸ τοῦ | Σεβαστοῦ ἀποκατασταθεισῶν τῇ θεᾷ, στέρεται | τῶν ἰδίων χρημάτων, ἃ καὶ εἰς ἐπιμέλειαν καὶ εἰς | κόσμον τῶν ἀναθημάτων ἐξαρκεῖν ἐδύ<νατο>...; *IEph.* Ia, 19B b, ll. 4-7: ...*abundantiae vect[iga-]* | [*lium, quae a divo Augusto deo deae restitu[ta]* | [*sun]t, eget suis opibus nec sufficit restitu[tio]* | [*beneficiorum*...]

⁴⁸ Cfr. K.M.T. ATKINSON, *The constitutio of Vedius Pollio at Ephesus and its Analogies*, in RIDA 9, 1962, 284; B. DIGNAS, *Economy* cit., 171.

⁴⁹ Cfr. G. ALFÖLDI, *Epigraphische Notizen aus Kleinasien I. Ein beneficium des Augustus in Ephesos*, in ZPE 87, 1991, 160 s. Sui *beneficia* imperiali, cfr. V. SCARANO USSANI, *Le forme del privilegio. 'Beneficia' e 'privilegia' tra Cesare e gli Antonini*, Napoli 1992.

⁵⁰ Una restituzione di ἱερὰ χώρα occupata da privati è attestata nella dettagliata iscrizione bilingue, incisa su un cippo di marmo rinvenuto presso il tempio di Zeus ad Aizanoi nella Frigia Epiktetos e discussa ampiamente da U. LAFFI, *I terreni* cit., 3 ss. Il documento è datato al 128 d.C. e attesta la restituzione – *restitu[e]bam* (ll. 4-5 del testo latino), ἀποκατέστησα (ll. 6-7 del testo greco) – dei terreni assegnati al tempio e alla città dai sovrani Attalo I e Prusia I. Laffi sostiene che si tratti unicamente di fondi 'sacri' e che il riferimento alla città si spieghi per il fatto che la ἱερὰ χώρα, pur distinta dal territorio della πόλις, dovesse comunque sottostare alla giurisdizione dei magistrati cittadini, cui, infatti, il proconsole Avidio Quieto si rivolge nei documenti epigrafici formanti parte del *dossier* epigrafico da Laffi pubblicato. Così egli scrive (pp. 21 s.): «I terreni erano consacrati a Zeus, vale a dire al tempio, ma dei proventi beneficiava, quand'anche indirettamente, la città: in tutti i casi, le autorità cittadine erano cointeressate all'amministrazione di questi proventi»; tale profilo di cointeressenza rileva anche per meglio comprendere la situazione efesina. Sulle iscrizioni di Aizanoi, cfr. anche B. DIGNAS, *Economy* cit., 84 ss., 177 ss., ove altra letteratura.

⁵¹ *IEph.* VII.2, 3501-3502 si riferiscono al ripristino augusteo; cfr. anche *IEph.* VII.2, 3513, 3516 e SEG 39 (1989), n. 1175. Cfr. D. KNIBBE, R. MERİÇ, R. MERKELBACH, *Der Grundbesitz* cit., 139 ss.; D. KNIBBE, H. ENGELMANN, B. İPLİKÇIOĞLU, *Neue Inschriften aus Ephesus XI*, in JÖAI 59, 1989, Beibl., 223 ss.; B. DIGNAS, *Economy* cit., 172.

⁵² Il testo greco recita: Αὐτοκράτωρ Καῖσαρ Σεβαστὸς ὄρους Ἀρτέμιδι ἀποκαθέστησεν; cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 172-173.

⁵³ Così il testo greco: [τῇ] Καίσαρος τοῦ Σεβαστοῦ | [κρίσει] ἐκ τῶν ἱερῶν προσό[δων], | [ἃ]ς αὐτὸς τῇ θεᾷ | ἐχαρί[ισατο], | ὁδὸς ἐστρώθη ἐπ' ἀνθυπά[του] | Σέξτου Ἀπποληίου; cfr. G. ALFÖLDI, *Epigraphische Notizen I* cit., 157 ss.; B. DIGNAS, *Economy* cit., 173.

⁵⁴ La letteratura sull'iscrizione è vasta, poiché il provvedimento fa emergere il problema giuridico dell'*imperium* necessario per tale intervento nella provincia di Asia; da ultimo cfr. O. LICANDRO, *Augusto e la res publica imperiale. Studi epigrafici e papirologici*, Torino 2018, 58 ss.

seguì una politica religiosa che protesse e beneficiò i culti pubblici dell'Asia Minore.⁵⁵ Nel *Corpus Agrimensorum* si forniscono linee guida per i funzionari provinciali, che invitano al rispetto proprio di questi terreni di proprietà dei santuari.⁵⁶ Tali fonti indicano come il governo romano, subentrato ai potentati locali, come gli Attalidi in Asia Minore, assunse e mantenne un atteggiamento rispettoso delle proprietà e dei privilegi giuridici e amministrativi (ad es. esenzioni fiscali o diritti di asilo) dei templi, sia in Italia, sia nelle province:⁵⁷ è in questa cornice che si inquadra anche l'intervento di Persico.

Infine, il tempio è arricchito da lasciti ereditari:⁵⁸ se ne ha prova, ad esempio in *IEph.* III, 731, ll. 4-6; 678 ll. 11-12; 669; *IEph.* VII.1, 3076-78.⁵⁹ Tit. Ulp. 22.6⁶⁰ conferma la possibilità per il tempio di ricevere attribuzioni patrimoniali *mortis causa* e la capacità della dea di essere istituita erede.⁶¹ Il privilegio della *testamenti factio passi-*

⁵⁵ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 121 ss. Di tale politica si ha conferma nelle *Res gestae* (24.1) – ove Augusto afferma di aver ripristinato molti templi microasiatici –, in Plin. *N.H.* 34.8.38 e Strabo 13.1.30; 14.1.14. Cfr. U. LAFFI, *I terreni* cit., 45 ss., ove casi in cui l'autorità romana nella provincia d'Asia 'restituisce' beni fondiari a divinità. Quanto a Efeso, Strabone (14.1.26) racconta della restituzione delle paludi sacre ad Artemide da parte del governo romano; cfr. C. NICOLET, *L'ordre équestre à l'époque républicaine (312-43 av. J.-C.)*, I. *Définitions juridiques et structures sociales*, Paris 1966, 351. L'attenzione dell'autorità romana all'*Artemision* esprime un cambio di rapporti, se si considera che nel 104 a.C. Efeso aveva inviato in ambasceria a Roma il geografo Artemidoro per protestare contro le illegittime aggressioni dei *publicani* al patrimonio del tempio (Strabo 14.642); cfr. A. LOZANO, *Augusto y los templos minorasiáticos. El caso efesio*, in *Gerión* 28, 2010, 98.

⁵⁶ *Locorum autem sacrorum secundum legem populi romani magna religio et custodia haberi debet. Nihil enim magis in mandatis etiam legati provinciarum accipere solent, quam ut haec loca quae sacra sunt custodiantur. Hoc facilius in provinciis servatur.* (Agenn. Urb., *De contr. agr.* P. 87, Lachmann = p. 48 = Thulin, 48.4-12 – exc. *Front. Trib.*). La prescrizione di custodire e tutelare l'integrità apparteneva a un *caput* dei mandata impartiti ai *legati Augusti* al tempo – così parrebbe – di Sesto Frontino; cfr. V. MAROTTA, *Mandata principum*, Torino 1991, 151.

⁵⁷ Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *Roman Asia* cit., 510, 535; D. MAGIE, *Roman Rule*, I cit., 166, 235, 417-8, 432-33, 441-2; U. LAFFI, *I terreni* cit., 45 ss.

⁵⁸ Cfr. R.E. OSTER, *Ephesus* cit., 1718 s.; H. ENGELMANN, *Inscriptionen und Heiligtum* cit., 40; M. IM-MENDÖRFER, *Ephesians* cit., 141.

⁵⁹ Cfr. D. KNIBBE, B. İPLİKÇIOĞLU, *Neue Inscriptionen aus Ephesus VIII*, in *JÖAI* 53, 1981-1982, 125 n. 123; per altri casi in cui Artemide è designata come κληρονόμος, cfr. R.E. OSTER, *Ephesus* cit., 1718 nt. 451.

⁶⁰ Tit. Ulp. 22.6 (FIRA II, n. 285): *Deos heredes instituere non possumus praeter eos, quos senatus consulto constitutionibus principum instituere concessum est, sicuti Iovem Tarpeium, Apollinem Didymaeum Mileti, Martem in Gallia, Minervam Iliensem, Herculem Gaditanum, Dianam Ephesiam, Matrem Deorum Sipylensem, Nemesim quae Smyrnae colitur, et Caelestem Salinensem Carthaginis.*

⁶¹ Il frammento potrebbe rilevare nella prospettiva della datazione della redazione dei *Tituli ex corpore Ulpiani*, in quanto il riferimento a *Diana Ephesia* (e a *Minerva Iliensis*) tra le divinità che potevano essere istituite eredi, muoverebbe a datarne la redazione prima del 262 d.C., quando i Goti distrussero il tempio; così, da ultimo, F. MATTIOLI, *Un tentativo di messa a punto riguardo alla più recente dottrina sui Tituli ex corpore Ulpiani. Ipotesi e prospettive di ricerca*, in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA). Studi preparatori*, II. 'Auctores' – 'Negotia', Torino 2012, 115. Si può obiettare a tale lettura che anche dopo le incursioni dei Goti è proseguita un'attività cultuale nella città, che conservava un'importanza centrale in Asia; cfr. A. FILIPPINI, *Efeso, Ulpiano e il Senato. La contesa per il primato nella provincia 'Asia' nel III sec. d.C.*, Stuttgart 2019. Tale importanza era collegata anche alla presenza di una parte del tempio (almeno la cella), di cui constano tentativi di ricostruzione sotto Diocleziano; cfr. O. BENNDORF, *Zur Ortskunde und Stadtgeschichte von Ephesos* (Forschungen in Ephesos

va⁶² manifesta l'importanza dell'*Artemision* e l'interesse per la solidità del suo patrimonio, evidentemente ritenuto meritevole di tutela e promozione pubblica. Tit. Ulp. 22, infatti, elenca una serie di soggetti non istituibili eredi e conferma la carenza di *testamenti factio passiva* anche per gli dei in genere, probabilmente per la loro incapacità giuridica;⁶³ le eccezioni sono motivate dal rapporto con un tempio e, difatti, si accompagna il nome della divinità con la menzione del luogo di venerazione.⁶⁴ Tali eccezioni derivano dall'opportunità che i templi elencati, in ragione della loro rilevanza, possano godere di patrimoni autonomi e suscettibili anche di questo genere di accrescimenti, senza dover ricorrere a interposizioni di persona (come quelle che si riscontrano in D. 32.38.6 o D. 33.1.20.1) o all'inserimento di disposizioni modali nel testamento:⁶⁵ è un'ulteriore conferma dell'importanza del tempio di Efeso e dell'attenzione per lo stato del suo patrimonio.⁶⁶

4. L'ATTIVITÀ BANCARIA DEL TEMPIO.

Elio Aristide definisce l'*Artemision* ταμειῖον τῆς Ἀσίας, la 'tesoreria dell'Asia' (*Or.* 23.24), con ciò non intendendo esaltare la magnificenza architettonica del santuario, bensì riferirsi al suo ruolo di 'banca centrale dell'Asia',⁶⁷ tale anzitutto perché costituiva il primo luogo della provincia per i depositi. La fama della sicurezza del tempio era diffusa e la lista dei depositanti – come attesta Dione Crisostomo, *Or.* 31.54-56⁶⁸ – includeva sovrani, cittadini, città e 'persone giuridiche'.⁶⁹ Già Senofonte depositò denaro nel tempio prima di lasciare Efeso per la sua *anabasis* (*Anab.* 5.3.2) e molti scelsero l'*Artemision*, perché protetto da furti e altri rischi.⁷⁰

I), Wien 1905, 101 ss.; C. FOSS, *Ephesus after Antiquity. A late antique, Byzantine and Turkish City*, Cambridge 1979, 86. Il valore del riferimento a Efeso per la datazione si rivela, dunque, meno sicuro di quanto, *ictu oculi*, possa sembrare.

⁶² G.F. PUCHTA, *Cursus der Institutionen*, II. *System und Geschichte des römischen Privatrechts*⁸ (a cura di P. KRÜGER), Leipzig 1875, 254, parla di una personalità giuridica di tali dei, esercitata dal collegio dei sacerdoti che amministrava il tempio.

⁶³ Cfr. V. SCIALOJA, *Se gli dei potessero istituirsi eredi nel diritto classico romano*, in *Studi giuridici in onore di C. Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, II, Napoli 1906, 1 ss. (= ID., *Scritti giuridici*, II.2, Roma 1934, 241 ss.).

⁶⁴ Tranne il caso di Marte per il quale si fa generico riferimento alla Gallia.

⁶⁵ Cfr. G. IMPALLOMENI, *Sulla capacità degli esseri soprannaturali in diritto romano*, in *Studi in onore di E. Volterra*, III, Milano 1971, 56 ss.

⁶⁶ In *IEph.* III, 731 la città onora P.V. Papinianus Antoninus, perché istituì erede Artemide: emerge l'interesse civico per queste disposizioni, che fa apprezzare ancora il rapporto di cointeressenza – pur nella reciproca autonomia – tra città e tempio; cfr. B. DIGNAS, *Economy cit.*, 145.

⁶⁷ Cfr. R. MERKELBACH, *Der Rangstreit der Städte Asiens und die Rede des Aelius Aristides*, in *ZPE* 32, 1978, 292 ss.; R.E. OSTER, *Ephesus cit.*, 1719; M. IMMENDÖRFER, *Ephesians cit.*, 141. In generale, sulla funzione dei templi come banche, cfr. D. MAGIE, *Roman Rule in Asia Minor. To the End of the Third century after Christ*, II. *Notes*, Princeton, 1959, 1021 nt. 67; R. BOGAERT, *Banques cit.*, 279 ss.

⁶⁸ Dione afferma iperbolicamente che mai nessuno ha osato violare il tempio, ma deve considerarsi un eccesso retorico, dal momento che si ha prova del fatto che almeno Marco Antonio abbia saccheggiato anche l'*Artemision*, tra i molti templi oggetto delle sue razzie; cfr. Strabo 13.1.30; 14.1.26; *RGDA* 4.24; Plin., *N.H.* 34.58; cfr. R.E. OSTER, *Ephesus cit.*, 1718 nt. 443.

⁶⁹ Cfr. A. RÜGLER, *Die Columnae Caelatae cit.*, 7.

⁷⁰ Cfr. Diog. Laert. 2.6.7; Plaut., *Bacch.* 227-330 (spec. 306), Caes., *Bell. Civ.* 3.33; 3.105; Strabo

Le attestazioni sull'attività bancaria del tempio sono molteplici: Senofonte (*Anab.* 5.3.4-6), Dione Crisostomo (*Or.* 31.54) e Strabone (14.1.22), in tempi diversi, fanno a essa riferimento, con ciò comprovando la continuità di tale funzione, ricercata e apprezzata, che contribuiva in modo primario a rendere grande e prospera Efeso; era, infatti, il tempio, ancora più della favorevole collocazione geografica,⁷¹ a fornire abbondanti introiti alla città, in quanto principale centro economico della provincia.⁷² L'oratore di Prusa espone, nel passo appena citato, le modalità di gestione del denaro da parte del tempio ed enfatizza come, con il denaro depositato e accuratamente registrato, non si facessero operazioni o investimenti: in modo iperbolico Dione afferma che piuttosto che attingere da tali depositi si sarebbero utilizzati gli ornamenti della dea.⁷³

Queste parole potrebbero *prima facie* apparire in contrasto con quanto si ricava da altre fonti che attestano come l'*Artemision* prestasse con interessi (*IEph.* Ia, 8, ll. 28-40; 27, ll. 309-310). La prima delle epigrafi testé menzionate restituisce, infatti, il cd. decreto di Mitridate dell'86-85 a.C., che introduce misure di liberazione degli efesini dalle loro esposizioni debitorie verso l'*Artemision* per favorire la partecipazione dei cittadini alla guerra: è prova palese di come il tempio funzionasse da istituto di credito.⁷⁴ Per cogliere il senso delle parole dell'oratore, si è con ragionevolezza sostenuto che, nel loro tenore, implicino che tali prestiti fossero concessi esclusivamente attingendo dalle risorse della dea e non dai depositi, in forza di un sistema di contabilità separata⁷⁵ che deve di conseguenza ipotizzarsi.⁷⁶ Dione non nega, perciò, che il tempio funzioni da banca, bensì evidenzia il rispetto per i patrimoni ivi depositati per essere custoditi: è manifesta la distinzione tra i fondi della dea, cioè derivanti dai cespiti del tempio – ad es. dalle locazioni degli immobili e dal commercio dei prodotti agricoli⁷⁷ – e i depositi: solo i primi sono oggetto dell'attività creditizia del tempio.⁷⁸

5. L'EDITTO DI PAOLO FABIO PERSICO: RICOSTRUZIONE, DATAZIONE, FORME DELL'EMANAZIONE.

Il testo dell'editto del proconsole Paolo Fabio Persico è ricostruito grazie a quattro complessi epigrafici: due iscrizioni greche, l'una rinvenuta nel teatro (*IEph.* Ia, 17) e l'altra

14.1.22-23. Plutarco (*Demetr.* 30.1-2) racconta che Demetrio Poliorcete avrebbe potuto aggredire il tempio per riempire le sue casse, ma si astenne per rispetto alla dea.

⁷¹ Cfr. S. WITETSCHKE, *Ephesische Enthüllungen*, 1. *Frühe Christen in einer antiken Grossstadt. Zugleich ein Beitrag zur Frage nach den Kontexten der Johannesapokalypse*, Leuven 2008, 53.

⁷² Cfr. R.E. OSTER, *Ephesus* cit., 1719; D. KNIBBE, *Ephesus. Geschichte einer bedeutenden antiken Stadt und Portrait einer modernen Großgrabung im 102. Jahr der Wiederkehr des Beginnes österreichischer Forschungen (1895-1997)*, Frankfurt a. M.-New York 1998, 256.

⁷³ Cfr. S. KARWIESE, *Groß ist die Artemis* cit., 74 s., ove fonti su falliti tentativi di furto nel I sec. a.C.; B. DIGNAS, *Economy* cit., 146 s.

⁷⁴ Cfr. R.E. OSTER, *Ephesus* cit., 1718; B. DIGNAS, *Economy* cit., 149, ove altra letteratura.

⁷⁵ È suggestivo il confronto con la contabilità separata prevista per gli enti non commerciali dall'art. 144 del T.U.I.R. (n. 917 del 1986), che dispone l'obbligo di rilevare distintamente i fatti amministrativi relativi all'attività istituzionale e quelli relativi all'attività commerciale.

⁷⁶ Cfr. R. BOGAERT, *Banques* cit., 249; B. DIGNAS, *Economy* cit., 147.

⁷⁷ Cfr. T.R.S. BROUGHTON, *Roman Asia* cit., 889.

⁷⁸ Un'ulteriore funzione del tempio con riflessi economici è l'essere un luogo d'asilo; cfr. Strabo 4.1.23; Apoll. Ty., *Ep.* 64; cfr. S. WITETSCHKE, *Ephesische Enthüllungen*, 1 cit., 81 (ove un *excursus* sull'asilo nell'antichità greca); M. IMMENDÖRFER, *Ephesians* cit., 140 s.

(in quattro frammenti) nell'agorà (*IEph.* Ia, 18), e due corrispondenti copie latine, molto frammentarie, ritrovate nel teatro e nel mercato (*IEph.* Ia, 19a-19b). I reperti furono radunati, fotografati e commentati, per la prima volta, nel 1912 da Heberdey,⁷⁹ e, successivamente, Dörner – a seguito della pubblicazione, nel 1926, di alcuni altri frammenti da parte di Keil⁸⁰ – presentò, nel 1935, una ricostruzione del testo, emendandolo e integrandolo con congetture in alcuni casi molto incisive;⁸¹ l'attuale edizione principale è dovuta a Wankel e spesso dipende dalle proposte di Dörner.⁸²

Nonostante l'ampiezza del provvedimento, non sembra possa considerarsi un editto appartenente al cd. *genus* provinciale; rappresenta piuttosto un 'editto speciale' di carattere amministrativo,⁸³ che comprende il testo più completo, del periodo del principato, contenente regole su un tempio provinciale.⁸⁴

La datazione dell'editto approssimativamente al 44 d.C. è oggi condivisa dagli studiosi, benché non siano mancate le incertezze.⁸⁵ Persico fu *consul ordinarius* nel 34 d.C. e proba-

⁷⁹ Cfr. R. HEBERDEY, *Erlässe von Kaisern und Statthaltern*, in R. HEBERDEY, G. NIEMANN, W. WILBERG (a cura di), *Das Theater in Ephesos* (Forschungen in Ephesos II), Wien 1912, 112 ss. (n. 21).

⁸⁰ Cfr. J. KEIL, *XII. Vorläufiger Bericht über die Ausgrabungen in Ephesos*, in JOAI 23, 1926, Beibl., 281 ss. (= SEG 4 [1930], n. 516).

⁸¹ Cfr. F.K. DÖRNER, *Der Erlaß des Statthalters von Asia Paullus Fabius Persicus*, Greifswald 1935.

⁸² Cfr. H. WANKEL, *Die Inschriften von Ephesos*, Ia (IK 11.1), Bonn 1979, 91 ss. (nn. 17-19). Per l'indicazione delle iscrizioni e delle linee seguì la numerazione di Wankel, non quella di Dörner; ove non è possibile incorrere in equivoci, ometto *IEph* nella menzione delle epigrafi.

⁸³ Cfr. R. MARTINI, *Ricerche in tema di editto provinciale*, Milano 1969, 52, che riprende l'asserzione lievemente più dubitativa di G.I. LUZZATTO, *Procedura Civile Romana*, III. *La genesi del processo formulare*, Bologna s.d. (ma 1950), 99 nt. 2. Segue Martini, W. ORTH, *Demos-freundliche Tendenzen in der Zeit des Kaisers Claudius*, in H.-J. DREXHAGE, J. SÜNSKES (a cura di), *Migratio et Commutatio. Studien zur alten Geschichte und deren Nachleben. Festschrift T. Pekáry zum 60. Geburtstag*, St. Katharinen 1989, 51 nt. 6. L'editto speciale non è quello promulgato dal governatore al momento della sua entrata in funzione, ma si tratta di un provvedimento assunto nel corso dell'ufficio, per disciplinare questioni specifiche; tali editti sono noti soprattutto per via epigrafica e papiracea: per l'Egitto, cfr. P. BURETH, *Documents papyrologiques relatifs aux préfets d'Égypte (Essai de classement méthodique)*, in RHDFE 46, 1968, 248 ss.; O. MONTEVECCHI, *La papirologia*, Milano 1998, 129 ss.; per altri editti speciali, cfr. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV.2, Napoli 1975, 821 nt. 53; E. MEYER-ZWIFFELHOFER, *Πολιτικῶς ἄρχειν. Zum Regierungsstil der senatorischen Statthalter in den kaiserzeitlichen griechischen Provinzen*, Stuttgart 2002, 119 ss. A. BÉRENGER, *Le métier de gouverneur dans l'empire romain*, Paris 2014, 75, suggerisce che in D. 48.3.6.1 (Marc., 2 iud. pub.) il riferimento all'editto di Antonino Pio, allora proconsole d'Asia, sugli irenarchi rappresenti una testimonianza giuridica di tale 'editto speciale'. L'opinione può essere ammessa, ma si deve anche riconoscere la possibilità che si trattasse di una misura contenuta nell'editto emanato al momento dell'ingresso in provincia; sul passo, cfr. V. MAROTTA, *Multa de iure sanxit. Aspetti della politica del diritto di Antonino Pio*, Milano 1988, 292 ss., che parla di un editto promulgato durante il proconsolato; analogamente, C. BRÉLAZ, *La sécurité publique en Asie Mineure sous le Principat (I^{er}-III^{es} s. ap. J.-C.)*. *Institutions municipales et institutions impériales dans l'Orient romain*, Basel 2005, 105 ss.

⁸⁴ Per l'Egitto esistono alcune direttive di disciplina dei templi e del clero, e in generale di diritto sacrale, preservate in alcune sezioni del *gnomon* di un *Idioslogos* di metà del II sec. d.C.; cfr. S. RICCOBONO JR., *Il gnomon dell'Idios Logos*, Palermo 1950, 58 ss.; 223 ss.; A.C. JOHNSON, P.R. COLEMAN-NORTON, F.C. BOURNE (a cura di), *Ancient Roman Statutes*, Austin 1961, 141 (n. 171).

⁸⁵ L. MIGEOTTE, *L'emprunt public dans les cités grecques. Recueil des documents et analyse critique*, Paris-Québec 1984, 290, colloca il provvedimento tra il 51 e il 54, riprendendo PIR III², 107, sulla scorta di D. MAGIE, *Roman Rule* II cit., 1403 nt. 16, di R. HANSLIK, s.v. *Fabius*, in Kl.Pauly II, Stuttgart 1967, 497 e

bilmente divenne governatore una decina di anni dopo, come conferma Vogel-Weidemann, la quale, studiando le fonti prosopografiche e comparandole con i dati epigrafici, conclude collocando il proconsolato di Persico tra il 43 e il 44 d.C.⁸⁶

L'editto è pubblicato a fine marzo (*IEph.* Ia, 18a, ll. 3-4 e 19A II, l. 3): Dörner considera tale datazione di difficile spiegazione,⁸⁷ giacché, se corretta, si tratterebbe di un provvedimento assunto nell'ultimo scorcio del mandato di Persico, iniziato plausibilmente alla fine della primavera dell'anno precedente.⁸⁸ Tuttavia, questa collocazione temporale non è irragionevole: l'atto può essere la risposta a una crisi da fronteggiare senza dilazioni,⁸⁹ nella consapevolezza della 'copertura' da parte di Claudio, di cui il proconsole era amico⁹⁰ e che probabilmente era stato informato. La precisione delle misure assunte dimostra la dettagliata conoscenza di Persico della situazione,⁹¹ in forza di un'indagine approfondita

di M. CEBELLAC-GERVASONI, *Les Questores Principis et Candidati aux Ier et IIème siècles de l'Empire*, Milano 1972, 35. Ma già AE, 1936, n. 141 proponeva 43-44 o 44-45; simile la data (41-45) suggerita da G.I. LUZZATTO in V. ARANGIO-RUIZ (a cura di), *Epigrafia greca e romana*, in SDHI 5, 1939, 632, e così F. DE MARTINO, *Storia della costituzione*², IV.2 cit., 821 nt. 53. H. WANKEL, *Die Inschriften von Ephesos* Ia cit., 91, data l'editto al 44 ca., ed è seguito dai più; cfr. alcune edizioni: A.C. JOHNSON, P.R. COLEMAN-NORTON, F.C. BOURNE (a cura di), *Ancient Roman Statutes* cit., 141 (n. 171); N. LEWIS, *The Roman Principate: 27 b.C. – 285 A.D.*, Toronto 1974, 130 (n. 39); H. FREIS, *Historische Inschriften zur römischen Kaiserzeit. Von Augustus bis Konstantin*, Darmstadt 1984, 55 (n. 32).

⁸⁶ Cfr. U. VOGEL-WEIDEMANN, *Die Statthalter von Africa und Asia in den Jahren 14-68 n. Chr. Eine Untersuchung zum Verhältnis Princeps und Senat*, Bonn 1982, 334 s. Persico è attestato anche in *Ins. Magn.* 157a e in una lista di *curatores alvei Tiberis* (CIL VI, 31545).

⁸⁷ Cfr. F.K. DÖRNER, *Der Erlaß des Statthalters* cit., 55.

⁸⁸ Cassio Dione menziona una misura di Tiberio, che nel 15 d.C. fissò come regola che i proconsoli dovessero lasciare Roma per assumere le proprie funzioni in provincia prima del 1° giugno (57.14.5), e due misure di Claudio, che nel 42 aveva anticipato tale termine al 1° aprile (60.11.6) e nel 43 lo spostò a metà aprile (60.17.3); cfr. A. BÉRENGER, *Le métier* cit., 17 s.

⁸⁹ Cfr. M. STAHL, *Imperiale Herrschaft und provinzielle Stadt. Strukturprobleme der römischen Reichsorganisation im 1.-3. Jh. der Kaiserzeit*, Göttingen 1978, 87 s.; B. DIGNAS, *Economy* cit., 201.

⁹⁰ L'imperatore nell'*Oratio de iure honorum Gallis dando* del 48 d.C., lo chiama *nobilissimus vir* e *amicus meus*; cfr. CIL XIII, 11668, ll. 24-25 (= ILS 212, ll. 24-25). B. DIGNAS, *Economy* cit., 201 nt. 427, osserva come Syme, senza appoggi nelle fonti, individui ragioni di ironia in queste parole di Claudio; cfr. R. SYME, *The Roman Revolution*, Oxford 1939, 511 nt. 4; ID., *Obituaries in Tacitus*, in *AJPh* 79, 1958, 26. Sul significato dell'aggettivo *amicus* nei documenti ufficiali del *princeps*, cfr. C. BRUUN, *Adlectus Amicus Consiliarius and a Freedman Proc. Metallorum et Praediorum: News on Roman Imperial Administration*, in *Phoen.* 55, 2001, 343 ss., ove bibliografia.

⁹¹ Probabilmente il proconsole è stato informato da collaboratori o da cittadini illustri, o da responsabili di associazioni collegate al tempio, forse per le proteste di un gruppo interno all'*Artemision*; cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 204. Si hanno, infatti, testimonianze di rimostranze simili: un'iscrizione efesina, del periodo dei Flavii, attesta la petizione di un cittadino, perché non si investivano sufficienti risorse per il culto di Demetra (*IEph.* II, 213); un'iscrizione da Mileto, di data anteriore al 42 a.C. (o forse al 70 a.C.), presenta la risposta del proconsole romano alla richiesta di un sacerdote di Cabiroidi, che lamenta la violazione dei propri diritti: il governatore dà mandato ai magistrati di Mileto, per il ripristino dei diritti del clero (*IMilet.* VI.1, 360); cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 217 s. La conoscenza dettagliata della situazione, di cui Persico dà prova, era favorita dal fatto che Efeso fosse sede del proconsole; cfr. C. BRÉLAZ, *Motifs et circonstances de l'ingérence des autorités romaines dans les cités grecques sous le Principat*, in A. BARONI (a cura di), *Amministrare un impero. Roma e le sue province*, Trento 2007, 109 ss. Un esempio di triangolazione tempio – città – autorità romana, in un caso di difficoltà economica del tempio, si trova in un'iscrizione di Sardi del 188 d.C.; cfr. H. MALAY, *Researches in Lydia, Mysia, and Aiolis*, Wien 1999, n. 131; B. DIGNAS, *Economy* cit., 139 s.

(ἐπίγνωσις: Ia, 18b, l. 18); la necessità del tempo per indagare, valutare e informare il *princeps* fornisce sufficiente ragione dell'emanazione dell'editto nell'ultima parte del mandato. La precisione e la puntualità delle misure sono un aspetto del carattere 'autoritario' dell'intervento, che non lascia alle istanze amministrative locali spazi di autoregolamentazione della situazione:⁹² è indubbiamente un segno della gravità della contingenza cui far fronte e ciò si spiega anche per il fatto che tali misure non fossero le prime a essere assunte. Più volte,⁹³ infatti, il proconsole richiama un precedente intervento (una διάταξις il cui inquadramento giuridico è dibattuto in dottrina)⁹⁴ di Publio Vedio Pollione⁹⁵ – da darsi subito dopo la battaglia di Azio, tra il 31 e il 27 a.C.⁹⁶ – sulle finanze cittadine, intervento che – come si deduce dalla 'motivazione *in facto*' dell'editto di Persico – non aveva prodotto i risultati auspicati.

⁹² Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 202.

⁹³ *IEph.* Ia, 17, ll. 46-48; 18c, ll. 10-11; 18d, l. 4; 19A VI, ll. 6-8.

⁹⁴ Per un atto di natura privatistica – la costituzione di una fondazione simile a quella di Salutaris (di cui a *IEph.* Ia, 27) – si esprime K.M.T. ATKINSON, *The constitutio* cit., 261 ss., seguita da R. BOGAERT, *Banques* cit., 248 nt. 104; ella, interpretando alcune linee assai oscure dell'editto di Persico, assume che Pollione avesse fornito il denaro per il costo aggiuntivo dell'1% imposto per l'acquisto del sacerdozio, e che questo importo fosse quindi del tutto indipendente dai fondi della città o del tempio. Seguono Atkinson, C.P. JONES, *A Deed of Foundation from the Territory of Ephesos*, in JRS 73, 1983, 124 e M. WÖRRLE, *Stadt und Fest im kaiserzeitlichen Kleinasien. Studien zu einer agonistischen Stiftung aus Oinoanda*, Munich 1988, 25 nt. 19, 178. *Contra*: R. SYME, *Who Was Vedius Pollio?*, in JRS 51, 1961, 23 ss. (= *Roman Papers*, II [a cura di A. R. BIRLEY], Oxford 1979, 518 ss.); F. MILLAR, *The Emperor, the Senate and the Provinces*, in JRS 56, 1966, 163 nt. 88; P. HERRMANN, *Kaiserliche Garantie für private Stiftungen. Ein Beitrag zum Thema 'Kaiser und städtische Finanzen'*, in W. ECK, H. GALSTERER, H. WOLFF (a cura di), *Studien zur antiken Sozialgeschichte. Festschrift F. Vittinghoff*, Köln 1980, 347; S.R.F. PRICE, *Rituals* cit., 69; W. ORTH, *Demos-freundliche* cit., 51 nt. 5; B. DIGNAS, *Economy* cit., 152, la quale persuasivamente rileva come il fatto stesso che Persico si appoggi su tale atto di Pollione faccia propendere per la sua natura pubblicistica. Inoltre, risultano poco cogenti gli argomenti di Atkinson (alle pp. 265 ss.) a suffragio della sua ipotesi secondo la quale la διάταξις, corrispondente al latino *constitutio*, genererebbe una situazione giuridica equivalente a quella protetta dall'*actio de pecunia constituta*: non vedo come un atto di fondazione potrebbe ricondursi a un *constitutum debiti*; per i profili giuridici della *pecunia constituta* e dei requisiti di esperibilità dell'azione a sua tutela, cfr. P. COSTA, *Pecunia constituta: ipotesi interpretative*, in SDHI 77, 2011, 129 ss.; J. PLATSCHEK, *Das Edikt De pecunia constituta. Die römische Erfüllungszusage und ihre Einbettung in den hellenistischen Kreditverkehr*, München 2013, 1 ss. Inoltre, constano iscrizioni efesine del I sec. d.C. (ad es. *Syll.*³ 818, l. 6 = *IEph.* II, 412, l. 6, dell'epoca di Tito) in cui διατάττειν significa 'disporre' e non 'costituire una fondazione'. Questi ultimi rilievi sono segnalati in particolare da Orth, che sottolinea anche come Atkinson non abbia tenuto in adeguata considerazione la locuzione contenuta nell'editto di Persico [κα]τ[ὰ] τὴν Οὐνδίου[υ] | [Π]ω[λλίωνος] διάταξιν ἐνηφι[σθ]η[ι] (*IEph.* Ia, 17, ll. 47-48) ricostruita sulla base del corrispondente latino *Vedi Pollionis constitutio[n]e con[cessum est]* (*IEph.* Ia, 19A VI, l. 8), che pare incompatibile con un atto di natura privatistica.

⁹⁵ Su Pollione, da ultimo, cfr. A. DALLA ROSA, *Note sui primi procuratori della provincia d'Asia sotto Augusto*, in Index 46, 2018, 505 ss.

⁹⁶ Cfr. P. SCHERRER, *Augustus, die Mission des Vedius Pollio und die Artemis Ephesia*, in JÖAI 60, 1990, 87 ss.; A. LOZANO, *Augusto* cit., 99; F. KIRBIHLER, *Les problèmes d'une mission publique entre République et Empire: P. Vedius Pollio en Asie*, in L. CAVALIER, M.-C. FERRIÈS, F. DELRIEUX (a cura di), *Auguste et l'Asie mineure*, Bordeaux 2017, 133 ss.; A. DALLA ROSA, *Note sui primi procuratori* cit., 506. Nei contributi di Lozano e di Kirbihler si discutono anche i problemi di identificazione della potestà con cui agiva Pollione.

L'ἐπίκριμα⁹⁷ (Ia, 18a, l. 2) si pone sotto l'egida di Claudio (18a, ll. 0-2; 11-17), precisazione che ben fa cogliere l'entità della cattiva gestione di Efeso e la gravità della situazione. Dörner ritiene che si tratti di un ordine imperiale,⁹⁸ ma sembra più convincente seguire la lettura di Dignas che parla di una sollecitazione, giacché in Ia, 18a, ll. 18-19, dopo aver elencato alcuni motivi dell'intervento, il proconsole si assume la paternità diretta del provvedimento, con il verbo alla prima persona singolare.⁹⁹

Si può ritenere che, riferendosi a Claudio, il governatore intendesse porre in rilievo la sollecitudine del *princeps* per le province e i santuari locali;¹⁰⁰ in questo ambito 'religiosa-

⁹⁷ Per il senso di ἐπίκριμα come provvedimento generale, assimilabile a *edictum* (in greco solitamente reso con διάταγμα) e non a *decretum* cui normalmente corrisponde, cfr. M. WÖRRLE, *Zwei neu griechische Inschriften aus Myra zur Verwaltung Lykiens in der Kaiserzeit*, in J. BORCHARDT (a cura di), *Myra. Eine lykische Metropole in antiker und byzantinischer Zeit*, Berlin 1975, 257 s. (ove esempi e letteratura); con il significato di *edictum* e non di *decretum* ricorre anche nell'augusteo editto di Cirene (4.69); cfr. H.J. MASON, *Greek terms for Roman institutions*, Toronto 1974, 46, 126 ss. È anzitutto la caratteristica della generalità, che distingue l'*edictum* (compreso quello cd. *repentinum*) dal *decretum*: il provvedimento può essere occasionato nel momento genetico da un caso particolare, ma non si rivolge a soggetti specifici, bensì ha portata generale; cfr. A. GUARINO, *La formazione dell'editto perpetuo*, in ANRW II.13, Berlin-New York 1980, 69 nt. 32 (= *Pagine di Diritto romano*, IV, Napoli 1994, 305 nt. 32). F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World. 31 BC-AD 337*, London 1992, 448, erra ritenendolo un ἐπίκριμα di Claudio; si oppone W. ORTH, *Demos-freundliche* cit., 51 nt. 6. Dissento anche da B. DIGNAS, *Economy* cit., 204 nt. 444, che – avendo presentato il provvedimento di Persico come risposta alle proteste di un gruppo dell'*Artemision* – cita la definizione di ἐπίκριμα che, in altro contesto, dà C. SEGRE, *Giulio Cesare e la χώρα pergamena*, in *Athenaeum* 16, 1938, 126 s.: «un decreto del magistrato intorno a una questione controversa»: non si tratta qui di un decreto che dirime un conflitto, ma di un editto che regola una situazione con profili pubblici. Dignas commette un'altra imprecisione a p. 156, laddove, incoerentemente, chiama il provvedimento «the imperial edict», mentre è un editto del proconsole. Anche G.I. LUZZATTO, in V. ARANGIO-RUIZ, *Epigrafia giuridica* cit., 625, 632 lo definisce 'editto'.

⁹⁸ Cfr. F.K. DÖRNER, *Der Erlaß* cit., 56, D. MAGIE, *Roman Rule*, I cit., 546; L. MIGEOTTE, *L'emprunt* cit., 291. Klaffenbach, nella sua recensione al lavoro di Dörner (in DLZ 56, 1935, 414 s.), sostiene che nella l. 2 del fr. C^{sa} II dell'edizione di Dörner (= *IEph*. Ia, 18a, l. 2) ἐπίκριμα sia oggetto di Κλαυδίου ... [πέμ]ψαντος. Questa lettura implica che ἐπίκριμα sia un provvedimento imperiale che il governatore deve rendere noto. Si oppongono a tale interpretazione stringenti ragioni sintattiche, che W. ORTH, *Demos-freundliche* cit., 51 nt. 6, opportunamente segnala. Su queste linee cfr. R. LAURENDI, *Profili costituzionali e orientamenti politici del principato di Claudio*, Reggio Calabria 2012, 20.

⁹⁹ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 201 nt. 426, ove richiama il verbo ἀνεδεξάμην, ma cita la l. 23 anziché la l. 18.

¹⁰⁰ Così A. MOMIGLIANO, *Claudius. The Emperor and his Achievement*, New York 1934, 72 s.; L. WENGER, *SUUM CUIQUE in antiken Urkunden*, in A. LANG, J. LECHNER, M. SCHMAUS (a cura di), *Aus der Geisteswelt des Mittelalters. Studien und Texte Martin Grabmann zur Vellendung des 60. Lebensjahres von Freunden und Schülern gewidmet*, II, Münster 1935, 1422; V.M. SCRAMUZZA, *The Emperor Claudius*, Cambridge 1940, 126; M. ROSTOVITZEFF, *The Social and Economic History of the Roman Empire*, II, Oxford 1957, 570; *contra* F.K. DÖRNER, *Der Erlaß* cit., 57; D. MAGIE, *Roman Rule*, II cit., 1403. A tal proposito, mi sembra condivisibile l'invito alla prudenza di W. ORTH, *Demos-freundliche* cit., 50 nt. 4, che sottolinea come si sia spesso dato per presupposto, in modo talvolta superficiale, che l'editto fosse il risultato di una decisione imperiale, e perciò un esempio di intervento del *princeps* in una provincia senatoria. È la presupposizione che si ritrova, infatti, pur con diverse sfumature, in F.K. DÖRNER, *Der Erlaß* cit., 56; WENGER, *SUUM CUIQUE* cit., 1421; D. MAGIE, *Roman Rule*, I cit., 546. Orth rileva opportunamente come la sola enfatica affermazione di Ia, 18a, ll. 11-17, ove Persico afferma di essere giunto alla decisione seguendo il modello di Claudio, non sia probante: dallo sforzo di Persico di dare l'impressione di conformità alla volontà imperiale, non si può *de plano* trarre la conclusione che un'iniziativa – e tanto meno un ordine – di Claudio abbia preceduto l'intervento del governatore.

mente connotato' Persico sottolinea di essere *pontifex*, membro dei *sodales Augustales* e dei *fratres Arvales*¹⁰¹ (Ia 17, ll. 2-3; 19B a, ll. 1-2): è eccezionale la partecipazione a più gruppi sacerdotali¹⁰² ed è enfatizzata, in posizione incipitaria nell'editto, forse per dimostrare la competenza a intervenire in materie religiose, e per temperare così il risentimento degli efesini.¹⁰³

L'editto di Persico è un richiamo stringente non solo per le autorità cittadine, ma anche per una parte della popolazione di Efeso, probabilmente quella formata dai maggiorenti e dai notabili,¹⁰⁴ che, attraverso anni di acquiescenza, era divenuta, per così dire, complice del sistema sul quale il proconsole interviene.¹⁰⁵ Un segno dell'importanza del provvedimento si evince anche dalle modalità della sua pubblicazione, disposte dal governatore stesso. Normalmente erano incisi su materiale durevole testi funzionali a esprimere onori, benefici o privilegi per singoli o per la città, non provvedimenti che gettassero cattiva luce sulla comunità locale.¹⁰⁶ Di solito, provvedimenti di tal genere erano pubblicati su pannelli di legno imbiancati con la calce, esposti per circa trenta giorni, poi rimossi e spesso sbiancati per il riuso.¹⁰⁷ Persico, invece, ordinò che l'editto fosse inciso su una stele di pietra (ἐν στήλῃ; Ia, 18a, l. 4), non accontentandosi della durata di pubblicità di uno scritto su *tabula dealbata*, che sarebbe celermente scomparso dalla vista del pubblico. Inoltre, testi riconducibili all'editto sono stati rinvenuti a Efeso almeno in quattro siti secondo un fenomeno unico nel suo genere.¹⁰⁸

¹⁰¹ Per il testo del verbale di cooptazione di Persico nel collegio dei *Fratres Arvales*, cfr. AE, 1947, 52; cfr. J.-M. LASSÈRE, *Manuel d'épigraphie romaine*, II, Paris 2005, 885 s., ove colloca, senza argomentare, il proconsolato di Persico in Asia verso il 51-54 d.C.

¹⁰² Si ha conferma di questa informazione in Sen., *ben.* 4.30.2: *Quid nuper Fabium Persicum, cuius osculum etiam impediret viri vota boni, sacerdotem non in uno collegio fecit, nisi Verrucosi, et Allobrogici, et illi trecenti qui hostium incursionibus pro republica unam domum obiecerant!*

¹⁰³ Cfr. J. SCHEID, *Les Frères Arvales. Recrutement et origine sociale sous les empereurs julio-claudiens*, Paris 1975, 112.

¹⁰⁴ W. ORTH, *Demos-freundliche* cit., 55, sottolinea come l'editto denunci le prioritarie responsabilità degli ἄρχοντες e della βουλή nell'aver generato il dissesto finanziario, non avendo coinvolto l'assemblea del popolo nelle decisioni. Nel provvedimento si riconoscerebbe una connotazione di *favor* – emergente anzitutto da *IEph.* Ia, 18c, ll. 1-3 – verso il δῆμος e la sua ἐκκλησία, che dovrebbe, nella volontà del proconsole, riacquisire un ruolo di centralità nella città, in forza del principio *cuique suum*, che secondo le parole di Persico (Ia, 18a, ll. 16-17) connota la paradigmatica politica del *princeps*. B. DIGNAS, *Economy* cit., 204, esprime perplessità sull'affermazione di tale *Tendenz* di Persico – per giustificare la quale, in effetti, il conforto documentale pare piuttosto carente –, ma concorda sull'uso 'politico' dell'*Artemision*: l'assunzione in carico, da parte del governatore, della difesa del benessere del tempio mirerebbe anche a conquistare il consenso popolare.

¹⁰⁵ Questo aspetto di 'denuncia civile' con una funzione che si potrebbe definire 'generalpreventiva' del provvedimento è messo in luce da A. WEIR, *Der Aufruhr der Silberschmiede (Apg 19,23-40) und das Edikt des Paullus Fabius Persicus (I. Ephesos 17-19)*, in *BiZ* 53, 2009, 69 ss., che fa ricorso allo studio dell'editto per illuminare il *Sitz im Leben*, del cd. "tumulto degli argentieri" raccontato in *Act.Ap.* 19,23-40.

¹⁰⁶ Cfr. C. BRÉLAZ, *Motifs et circonstances* cit., 110 s., ove letteratura precedente.

¹⁰⁷ Cfr. W. ECK, *Administrative Dokumente. Publikation und Mittel der Selbstdarstellung*, in ID., *Die Verwaltung des Römischen Reiches in der Hohen Kaiserzeit. Ausgewählte und erweiterte Beiträge*, II, Basel 1998, 359 ss.; ID., *Inchriften auf Holz. Ein unterschätztes Phänomen der epigraphischen Kultur Roms*, in P. KNEISSL, V. LOSEMAN (a cura di), *Imperium Romanum. Studien zu Geschichte und Rezeption. Festschrift für K. Christ zum 75. Geburtstag*, Stuttgart 1998, 203 ss.

¹⁰⁸ Cfr. A. WEIR, *Der Aufruhr der Silberschmiede* cit., 78.

6. LE DISPOSIZIONI DELL'EDITTO: UNA SINTESI.

Persico afferma che, a differenza di altri templi, colpiti da eventi imprevedibili, come incendi o calamità naturali, le difficoltà finanziarie dell'*Artemision* derivano dalla condotta negligente e opaca dei responsabili del tempio e della città. Le parole del governatore inducono la percezione della gravità della situazione e attestano la portata dell'intervento: «Perfino il tempio di Artemide, il gioiello di tutta la provincia d'Asia, per la magnificenza dell'edificio, per l'antichità del culto, e per l'abbondanza delle entrate che sono state ripristinate per la dea da Augusto, è privato delle proprie ricchezze, che erano sufficienti per il mantenimento del culto e per il decoro delle offerte votive, perché servono a soddisfare i desideri ingiusti di coloro che guidano la comunità per servirsene a proprio vantaggio» (Ia, 18b ll. 1-11; 19A IV, ll. 1-5; 19 B, b, ll. 0-8).¹⁰⁹

Il proconsole interviene indicando, nello specifico, diverse fonti di spesa, a partire dal reclutamento e dal sostentamento dei sacerdoti e del personale del santuario; *prima facie* potrebbe apparire incongrua la collocazione della compravendita delle cariche sacerdotali (Ia 18b, ll. 11-20; 18c, ll. 0-13; 19a IV, ll. 5-10) tra le voci di spesa, giacché ci si potrebbe aspettare che essa sia piuttosto una voce attiva, costituendo un incasso.¹¹⁰ Tuttavia, il danno scaturiva dall'applicazione 'disinvolta' del principio *do ut des*. In cambio di un prezzo di acquisto il più alto possibile, che confluiva nella cassa cittadina, era concesso agli acquirenti un proporzionale (o forse superiore)¹¹¹ reddito che proveniva dal patrimonio dell'*Artemision*. Tali uffici sacerdotali erano aggiudicati dai magistrati cittadini con procedure d'asta,¹¹² senza una valutazione delle qualità del candidato: si favoriva con ciò la partecipazione di soggetti che mirassero ad arricchirsi attingendo dal patrimonio del tempio;¹¹³ tutto ciò comportava un aumento del costo delle cariche e probabilmente un iniziale miglioramento delle finanze della città, ma una diminuzione di quelle del

¹⁰⁹ Per un commento a questo passo, cfr. H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 153 s.; B. DIGNAS, *Economy* cit., 141 ss. Non si intende presentare qui un'analisi dettagliata delle molteplici e specifiche misure assunte dal provvedimento, ma soltanto accennare alle principali aree di intervento, così da poter meglio collocare le disposizioni sui prestiti e sui pegni; v. *infra* § 7-11.

¹¹⁰ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 150. Per una presentazione del fenomeno della compravendita degli uffici sacerdotali nel mondo antico greco-romano, cfr. D. MAGIE, *Roman Rule*, II cit., 1403 nt. 17, e B. DIGNAS, *Economy* cit., 251 ss., ove riferimenti alle fonti e alla letteratura.

¹¹¹ *IEph.* Ia, 18b, ll. 18-20: προσόδους | [τε ὅρ]ι ζουσιν τοῖς ἱερωμένοις, ὅσας ἂν οἱ λαμβάνον | [τε]ς θε]λήσωσιν, ἵνα ὡς πλεῖστον αὐτοὶ νοσφίζωνται. La prassi, di non immediata intelligibilità, è così spiegata da B. DIGNAS, *Economy* cit., 152: «The magistrates offered a maximum share of revenues to the candidates, almost as much as the wanted, in order to guarantee the highest possible price for the priesthood».

¹¹² N. LEWIS, *The Roman Principate* cit., 131, interpreta così la procedura: i magistrati, che amministravano i fondi del tempio e decidevano sulla partecipazione dei sacerdoti a questo patrimonio, avrebbero fissato al minimo che sarebbe stato accettato la partecipazione a tali fondi (cioè lo 'stipendio' dei sacerdoti da lì prelevato), cosicché essi potessero aggredire la quota restante per i propri interessi. A ragione B. DIGNAS, *Economy* cit., 152, rileva l'implausibilità di tale lettura. Infatti, sarebbe andata probabilmente deserta un'asta guidata secondo questi criteri o avrebbe attirato solo candidati con scopi idealistici, invece il governatore si lamenta del contrario. Inoltre, sarebbe stato difficile per i magistrati accantonare per sé denaro isolato dal patrimonio del tempio, senza incorrere in tensioni con sacerdoti che godessero di un basso stipendio: evidentemente deve congetturarsi un meccanismo differente fondato su pratiche che permettessero una condivisione di interessi.

¹¹³ Cfr. D. MAGIE, *Roman Rule*, I cit., 545; H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 154 s.

tempio.¹¹⁴ In ogni caso, il proconsole denuncia che gli unici a essersi arricchiti sarebbero i sacerdoti scelti in tal modo, distraendo fondi e depauperando il patrimonio del tempio a proprio vantaggio (*IEph.* Ia, 18b, l. 12, l. 20).¹¹⁵

Il governatore rileva un'eccessiva tensione sui fondi dell'*Artemision*¹¹⁶ e assume misure per interrompere tale prassi patologica che avrebbe rischiato di portare al dissesto. A causa di un'ampia lacuna, non si comprende se Persico abbia condannato e abolito in generale questa pratica o solo agito contro particolari e contingenti situazioni di abuso. Egli dispone che i sacerdoti così istituiti siano rimossi dall'ufficio e sia restituito loro l'1% del prezzo di acquisto della carica (Ia, 18c, ll. 8-11).¹¹⁷ Il proconsole si riferisce, come fondamento della curiosa disposizione, alla *διάταξις* di Pollione. Sembra che il simbolico rimborso miri a impedire ulteriori pretese verso la città da parte dei sacerdoti destituiti; infatti, il governatore conclude affermando che nulla possano pretendere i sacerdoti dalla *βουλή* né viceversa (Ia, 18c, ll. 11-13).¹¹⁸

Il proconsole dispone poi che il lavoro degli schiavi pubblici debba sostituire quello dei liberi per evitare spese eccessive (Ia, 18c, ll. 13-18); il mantenimento e l'alloggio dei *δημόσιοι δοῦλοι* – il cui *status* sociale poteva raggiungere quello dell'*élite* socio-politica urbana¹¹⁹ – rappresentavano probabilmente un onere che la città doveva in ogni caso fronteggiare e si sarebbe così potuto risparmiare lo stipendio di personale libero.¹²⁰ Inoltre, il proconsole denuncia una pratica posta in essere dagli schiavi pubblici: acquistavano a buon mercato fanciulli di condizione servile e li dedicavano ad Artemide per alcuni anni, durante i quali costoro prestavano servizi religiosi adatti alla loro giovane età, così i *servi publici* potevano servirsene, senza l'impegno del loro mantenimento (Ia, 18c, ll. 18-22).¹²¹ Persico impedisce questa 'cunning manoeuvre',¹²² prevedendo che i *δημόσιοι δοῦλοι* dovessero provvedere *ex sese* al loro sostentamento. La specifica direttiva del governatore induce a ritenere che fossero numerosi i fanciulli mantenuti in tal modo a spese del tempio.¹²³

¹¹⁴ Da questa pratica si evince, in modo chiaro, la separazione tra il patrimonio della città e quello del tempio.

¹¹⁵ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 152.

¹¹⁶ Tale tensione finanziaria potrebbe motivare in astratto la necessità di prestiti anche a favore del tempio, ma questi aspetti complessi di dinamiche debito/credito saranno affrontati a breve.

¹¹⁷ Cfr. H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 155. La difficoltà di comprensione della disposizione causa interpretazioni infondate come quella di M. SARTRE, *L'orient romain. Provinces et sociétés provinciales en Méditerranée orientale d'Auguste aux Sévères (31 avant J.-C. – 235 après J.-C.)*, Paris 1991, 133: «Ephèse a vendu les sacerdoce pour survivre et payer les intérêts de ses dettes». Commenta opportunamente H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 151 nt. 12: «offensichtlich hat Sartre die Bezüge und sachlichen Implikationen der Inschrift nicht verstanden».

¹¹⁸ B. DIGNAS, *Economy* cit., 152, afferma che il governatore concluderebbe questa disposizione in modo difficilmente spiegabile, ma a me pare che si possa invece riconoscere la volontà di Persico di dichiarare chiusa la situazione in esame, impedendo ulteriori reciproche pretese.

¹¹⁹ Cfr. A. WEIß, *Sklave der Stadt. Untersuchungen zur öffentlichen Sklaverei in den Städten des Römischen Reiches*, Stuttgart 2004, 163 ss.

¹²⁰ Cfr. F.K. DÖRNER, *Der Erlaß* cit., 46; B. DIGNAS, *Economy* cit., 153.

¹²¹ Cfr. C. PICARD, *Ephèse* cit., 134; B. DIGNAS, *Economy* cit., 153; J.R. HARRISON, *An Epigraphic Portrait of Ephesus and Its Villages*, in J.R. HARRISON, L.L. WELBORN (a cura di), *The First Urban Churches*, 3. *Ephesus*, Atlanta 2018, 38 ss., ove altra letteratura.

¹²² B. DIGNAS, *Economy* cit., 153.

¹²³ Persico si occupa anche di altri soggetti collegati al tempio: i vincitori dei giochi sacri (*ιερονίκα*) e

Tra le diverse misure, l'editto prevede anche che il denaro lasciato in eredità alla città o a un'associazione sia utilizzato esclusivamente per gli scopi ai quali era stato destinato, e non in modo inappropriato (Ia, 17, ll. 51-53; 18d, ll. 1-2). Si tratta probabilmente di fondazioni private con un patrimonio per fini preassegnati, i cui beni debbono tutelarsi rispetto a indebite aggressioni.¹²⁴ Gli abusi sembrano essere molto comuni, dato il tono con cui Persico rivolge i propri rimproveri; ciò indica anche come alcuni fondi, benché assegnati per scopi religiosi, non fossero amministrati da personale del tempio e fossero oggetto di gestioni improprie.¹²⁵

7. LE NORME SU PRESTITI E PEGNI (IEPH. Ia, 17, LL. 48-50): PROBLEMI DI RICOSTRUZIONE DEL TESTO.

Dignas, nella monografia più volte citata, presenta come prima misura assunta da Persico il suo intervento su prestiti e pegni: evidentemente si tratta di un ganglio vitale nel dinamismo della vita finanziaria cittadina. Ciò è conforme all'importanza del sistema dei prestiti riguardanti il 'bilancio' pubblico che Migeotte, in plurimi studi sul tema,¹²⁶ dimostra essere operativo nelle città greche di età classica, ellenistica e imperiale.

Ci si concentrerà anzitutto sulle linee dell'epigrafe, ove si incontra la disciplina dei prestiti e delle garanzie che rafforzano l'aspettativa della loro restituzione. Il testo, nell'edizione di Wankel (p. 95), si presenta così:

IEph. Ia, 17, ll. 48-50

[... ὁμοίως μηδένα τῶν τῆς Ἀρτέμιδος ἱερέων ἢ τῶν ἐτησίων
ἀρχόν]τω[ν ὑπὲρ τοῦ δημοσίου ἀρέσκει] |
χρήματα δανεί[ζεσθαι, εἰ] μὴ ὅσα ἐκ τῆς προσ[όδου] το[ῦ] ἔ[τους]

i coristi (ὑμνωδοί) (Ia, 18, ll. 20-22; 19 A VI, ll. 6-8). Nel 32 a.C. era stato, infatti, istituito il sinodo degli ἱερωνῖκαι καὶ στεφανῖται, per garantire i privilegi di questi due gruppi, principalmente l'esenzione da tasse e da altri contributi; cfr. J. KEIL, *Der Synodos der ökumenischen Hieroniken und Stephaniten*, in JÖAI 14, 1911, Beibl., 123 ss. Cass. Dio, 41.1.2, attesta che i vincitori dei giochi sacri godevano di pasti gratuiti nel *prytaneion* e sembra che a Efeso non solo gli schiavi sacri, ma anche alcuni di questi vincitori avessero nell'*Artemision* privilegi simili (Ia, 17, ll. 46-47). In ragione del loro numero, il sostentamento di tali soggetti rappresentava un ragguardevole impegno di spesa per il tempio; cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 154. Persico dispone che i vincitori ricevano solo quanto stabilito da Pollione (Ia, 17, ll. 47-48) e che gli ὑμνωδοί siano sostituiti dagli ἐφηβοί, che avrebbero prestato il loro servizio senza retribuzione. Un'eccezione era prevista per i coristi, che inneggiavano al divo Augusto a Pergamo e per quelli che cantavano in onore di Giulia Augusta, di recente divinizzata da Claudio (Ia, 17, ll. 64-65; 18d, ll. 9-13).

¹²⁴ Cfr. F.K. DÖRNER, *Der Erlass* cit., 48; B. DIGNAS, *Economy* cit., 155 nt. 218. La fondazione di Salaris attesta questa dinamica: all'atto della sua costituzione sono previste penali per scoraggiare la violazione degli scopi della fondazione e indicazioni precise su come debba essere investito il denaro (*IEph.* Ia, 27, ll. 106-107); cfr. B. LAUM, *Stiftungen in der griechisch-römischen Antike. Ein Beitrag zur antiken Kulturgeschichte*, I. *Darstellung*. II. *Urkunden*, Leipzig-Berlin 1914, ove fonti con previsioni di sanzioni per gli abusi perpetrati rispetto agli scopi delle fondazioni.

¹²⁵ Persico fissa anche un limite di spesa di 4500 *denarii* per i giochi penteterici (*IEph.* Ia, 18d, ll. 2-4); cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 155.

¹²⁶ Cfr. L. MIGEOTTE, *L'emprunt* cit.; ID., *Les souscriptions publiques dans les cités grecques*, Genève-Droz-Québec 1992; ID., *Économie et finances publiques des cités grecques*, I. *Choix d'articles publiés de 1976 à 2001*, Lyon 2010; ID., *Les finances* cit.; ID., *Économie et finances publiques des cités grecques* II. *Choix d'articles publiés de 2002 à 2014*, Lyon 2015.

τούτ]ου ἀποδοῦνα[ι δύναται·] ἐὰν δέ τι[ς] τὴν τοῦ [ἐπ]ιό[ντ]ος
ἐ[νιαυ]- |
τοῦ πρόσδοδον ὑπο[θήτ]αι, τὴν τοῦ δ<ι>δομένου χ[ρ]ήματος πράξιν
δίδοσθαι τῷ δανιστῇ [ἀρέσκει.]

Si tratta, pressoché *in toto*, del testo integrato e ricostruito da Dörner (p. 39). Una prima *crux*¹²⁷ è rappresentata dall'emendazione finale: l'edizione di Dörner, seguita anche da Smallwood,¹²⁸ integra con [ἐξ αὐτοῦ], mentre l'*editio princeps* di Heberdey (n. 21) e quella di Wankel con [ἀρέσκει]. Migeotte¹²⁹ propone, invece, [ἐκ τῶν ἰδίων]. Quest'ultima soluzione mi pare non si possa accogliere¹³⁰ in ragione di un elemento di comparazione che, a quanto consta dai ritrovamenti a oggi disponibili, sembra l'unico utilizzabile, cioè la conformità alla versione latina che, nella ricostruzione di Dörner condivisa da Wankel, così recita:

IEph. Ia, 19 A, ll. 8-10

... item
Dianae sacerdotes aut annuos magistratus non placet] |
publi[co] nomine pecu[niam mutu]ari ni[si] quam ex eius anni
reditibus exsolvere potuerunt. si quis sequentis an-
ni reditus pigno-] |
[ri ded]erit, eius pecuni[ae] cīv[i]lem actionem dari
creditori.]

Il testo è frammentario e perciò congetturalmente integrato, ma alla l. 10 (in una parte sana) si legge: *eius pecuni*. Se si considera *eius* un aggettivo riferito a *pecunia* ('di quel denaro'), allora corrisponderebbe a τοῦ δ<ι>δομένου χ[ρ]ήματος e perciò sarebbe possibile sia l'integrazione [ἀρέσκει], che farebbe riconoscere la presenza di un predicato verbale nella frase, sia quella [ἐξ αὐτοῦ], che però rende sintatticamente più debole il *ductus* del periodo. Se, invece, si considera *eius* un pronome, l'ipotesi di Dörner appare godere di maggiore ragionevolezza. A proposito della ricostruzione del testo latino, si deve ricordare la molto accorta supposizione che Luzzatto menzionava come pervenutagli per lettera privata da Juncker, alla luce dell'edizione di Heberdey: «le tracce convergono meglio a *ex[actionem]* che a *civ[ilem]*» e «*exactio* corrisponde meglio a *πρᾶξις*».¹³¹

La complessità interpretativa del testo si arguisce già dalla semplice valutazione delle sue diverse traduzioni.¹³² Infatti, non si trova una convergente interpretazione a proposito

¹²⁷ Wankel annota *ad locum* (p. 95): «danach endet diese Zeile», donde si coglie implicitamente – e quasi sconsolatamente – l'assenza di appigli cui appuntare la congettura.

¹²⁸ Cfr. E.M. SMALLWOOD, *Documents Illustrating the Principates of Gaius, Claudius and Nero*, Cambridge 1967, 107 (n.380).

¹²⁹ Cfr. L. MIGEOTTE, *L'emprunt* cit., 290 (n.90); Migeotte ritiene anche che, nell'integrazione della l. 48, in luogo di ὑπὲρ τοῦ δημοσίου, potrebbe aversi anche ὑπὲρ τῆς πόλεως.

¹³⁰ Anche V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources* cit., 105 nt. 11, condivide l'obiezione di Migeotte a Dörner, che parla di un'esecuzione sulla persona (su cui *infra*), ma non reputa di dover perciò rifiutare l'integrazione [ἀρέσκει] di Wankel.

¹³¹ Cfr. G.I. LUZZATTO, in V. ARANGIO-RUIZ (a cura di), *Epigrafia giuridica greca e romana* cit., 625.

¹³² Prima di discutere queste linee dell'epigrafe, presento un ulteriore problema editoriale. *IEph. V*,

dell'attività negoziale espressa dalla locuzione χρήματα δανεί[ζεσθαι] della l. 49: nelle versioni degli *Ancient Roman Statutes*, di Lewis, di Migeotte, di Braund e di Dignas¹³³ i soggetti (i sacerdoti e i magistrati annuali secondo il testo ricostruito da Dörner, da tutti accolto) prendono in prestito, invece in quelle di Wankel e di Freis¹³⁴ sono costoro a prestare.

Il verbo δανείζω alla voce media permette sia la traduzione 'prestare' sia quella 'prendere in prestito',¹³⁵ ma mi pare soccorra una ragione contestuale per scegliere la seconda possibilità. Infatti, immediatamente di seguito, si pone un limite al *quantum* oggetto del prestito (le entrate dell'anno in corso) e sembra più ragionevole ritenere che ci si stia riferendo a colui che riceve l'ammontare prestato e che può valutare il profitto previsto per l'anno corrente. Se il disposto si fermasse qui si potrebbe ben opporre alla mia osservazione il rilievo che anche chi dà in prestito potrebbe avere interesse a non esporsi eccessivamente e perciò a porre in essere tale valutazione; tuttavia, nell'editto si prosegue subito con il caso di chi abbia costituito in garanzia per il prestito i proventi dell'anno successivo: evidentemente ci si colloca ancora dal lato del debitore oppignorante e, poiché l'angolatura prospettica non è mutata rispetto a quanto precede, mi sembra si possa trovare nel contesto una sufficiente ragione per difendere la traduzione 'prendere in prestito', che è anche confermata dalla, quantunque assai ricostruita, versione latina: *pecu[niam mutu]ari*.¹³⁶ La resa di Wankel, che pure ha molta diffusione, accompagnando l'*editio maior*, non può quindi essere accettata.¹³⁷

1687 (17) riporta un frammento assai simile al nostro passo. Tale iscrizione, rinvenuta nella pavimentazione del ginnasio del teatro, come annota Heberdey al n. 539 del suo *Skizzenbuch*, è così edita da Börker e Merkelbach, i quali non forniscono alcuna descrizione materiale del frammento: | .. [], ι δ. [| την του ἐπιόντος ἐνιαυτου πρόσοδον [| χρήματος πᾶξιν δι. |]. ἰωσος Αὐρ [|]η[|. Heberdey attribuiva il frammento a un elenco di sottoscrizioni a favore della città: questi gli appunti dal suo *Skizzenbuch* (n.539): «Zu den Listen-Steinen Brit.Mus. + Hafensumpf + Moschee + Straßenpflaster». Perciò gli editori lo hanno collocato insieme ad altre iscrizioni di tale specie, ma giustamente L. MIGEOTTE, *Les souscriptions* cit., 224 nt. 101 (n.70), rileva che la natura del testo, pur ridotto in frustoli, pare altra rispetto all'attestazione di una sottoscrizione, ma non lo collega all'editto di Persico. A me pare che il rapporto sia evidente e ipotizzo che ι δ. della prima linea corrisponda a ἀποδοῦνα[ι δύναται.] della l. 49 di *IEph. Ia*, 17 e che ἰωσος Αὐρ possa essere altrimenti emendato se corrisponde, come sembra possibile, a ὁμοίως δσα χρήματα della l. 51, benché l'indisponibilità della fotografia del frammento renda ovviamente fragile la cogenza di tale suggestione. Anche la lettera]η[potrebbe corrispondere a una η di τῇ πόλει ἥ della l. 50. Tutto ciò collima con la supposizione dell'appartenenza del frammento a una versione del nostro ἐπίκριμα. Se la mia ipotesi si rivelasse degna di considerazione, si dovrebbe concludere che fosse in circolazione un'altra copia dell'editto di Persico, o almeno di questa sezione, benché non sia possibile, a oggi, proporre la localizzazione, dato che il frammento appartiene verisimilmente a materiale di recupero. Sarebbe, in ogni caso, un'altra prova dell'importanza del provvedimento del proconsole.

¹³³ Cfr. A.C. JOHNSON, P.R. COLEMAN-NORTON, F.C. BOURNE (a cura di), *Ancient Roman Statutes* cit., 142 (n.171); N. LEWIS, *The Roman Principate* cit., 131 (n.39); L. MIGEOTTE, *L'emprunt* cit., 290 (n.90); D.C. BRAUND, *Augustus to Nero: A Sourcebook on Roman History. 31 BC – AD 68*, London-Sydney 1985, 214 (n. 586); B. DIGNAS, *Economy* cit., 147 s.

¹³⁴ Cfr. H. WANKEL, *Die Inschriften von Ephesos*, Ia, 121 (n.17); H. FREIS, *Historische Inschriften*, 56 s. (n.32).

¹³⁵ Cfr. *LSJ*, 369. È discusso il valore del passivo del verbo nel passaggio successivo al nostro (*Ia*, 17, l. 51), ove si menziona il malcostume per cui le ricchezze lasciate in eredità alla città o a un'associazione non siano usate nei termini disposti, ma impropriamente; in particolare non è chiaro se si parli anche qui della possibilità di dare a mutuo tali risorse o di un loro uso generico; cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 154 s.

¹³⁶ Si può considerare in armonia con questa lettura anche la presentazione della norma proposta da R. BOGAERT, *Banques* cit., 247 s.

¹³⁷ L. MIGEOTTE, *Rec. a H. SCHWARZ, Soll oder Haben?* cit., in *Gnomon* 76, 2004, 343, segnala pro-

Poste queste premesse, si giustifica la traduzione (volutamente letterale) dal testo greco che qui si propone:

[Parimenti non piace che qualcuno dei sacerdoti di Artemide o dei magistrati annuali, a titolo pubblico,] prenda in prestito denaro¹³⁸ [se] non nella misura in cui [possa] restituirlo dall'entrata dell'anno [corrente]. Qualora qualcuno abbia costituito in pegno l'entrata dell'anno [successivo], [piace] che sia concessa un'azione al creditore per l'importo del denaro dato.

Commentando il testo greco riportato da Wankel (appena tradotto), Dignas afferma che sarebbero possibili due interpretazioni.¹³⁹ Secondo una prima lettura, si può ritenere che sia i sacerdoti sia i magistrati annuali avessero la possibilità di prendere in prestito denaro dal patrimonio del tempio, nei casi in cui la città avesse bisogno di risorse. L'*Artemision* sarebbe stato il creditore, cui Persico attribuirebbe ora il diritto di esigere il dovuto, se la città non avesse ottemperato al proprio debito; gli importi in gioco sarebbero stati corrispondenti, al più, alle entrate cittadine per l'anno corrente e per l'anno successivo. La seconda lettura vede il tempio come debitore anziché creditore: i sacerdoti e i magistrati annuali avrebbero ricevuto denaro in prestito da cittadini e/o stranieri per farlo oggetto di ulteriore prestito al tempio per le sue necessità di manutenzione e di culto; il tempio lo avrebbe rimborsato attraverso le 'entrate sacre', cui si farebbe riferimento laddove si richiamano le entrate dell'anno in corso e del successivo. In questo caso, il dissesto dell'*Artemision* sarebbe stato cagionato dall'eccessiva esposizione debitoria e dall'insufficienza delle entrate rispetto ai prestiti ricevuti.

La prima interpretazione appare già *prima facie* poco ragionevole, laddove prevede che i sacerdoti prendano in prestito a favore della città, ma – a parti invertite – si può rilevare la medesima tensione nella seconda che vede i magistrati assumere prestiti a favore del tempio. In entrambi i casi la compresenza dei due soggetti nella l. 48, come integrata da Dörner, è problematica. La seconda lettura proposta ha anche un altro limite: le fonti non restituiscono casi in cui l'*Artemision* sia mutuatario, ma lo presentano sempre come creditore.¹⁴⁰

Tra coloro che si possono ascrivere alla seconda linea interpretativa si riconoscono i curatori di *Ancient Roman Statutes*,¹⁴¹ che ritengono che i sacerdoti o altri funzionari potesse-

prio come l'imprecisione di Wankel nella resa di alcuni termini importanti gli abbia impedito di cogliere qui l'allusione a prestiti pubblici: «H. Wankel, traduisant de manière inexacte plusieurs termes clés, n'a pas vu l'allusion à des emprunts publics que le proconsul voulait modérer, sans les intedire». Migeotte contesta a Schwarz di aver fatto ricorso a questa traduzione e così di essersi imbattuta in errori interpretativi; ma su questo aspetto si ritornerà a breve.

¹³⁸ Rendo χρήματα con 'denari', pur nella consapevolezza del fatto che si potrebbe tradurre anche con 'ricchezze', se si volesse far riferimento alla possibilità che oggetto del prestito fossero altri beni fungibili.

¹³⁹ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 148, ove, inopportuno, non menziona gli autori precedenti a sostegno delle due interpretazioni.

¹⁴⁰ Il ruolo del tempio come creditore ricorre nelle fonti (Nic. Damasc. *FGrH* II 90.65; Ael. Arist., *Or.* 23.24; Ach. Tat. 7.13.4; 8.8.9). Il decreto di Mitridate del 86-85 a.C. (*IEph.* 1a, 8) introduce misure per favorire la partecipazione degli efesini alla guerra, liberandoli dai loro debiti verso il tempio. Secondo B. DIGNAS, *Economy* cit., 149, l'*Artemision* funzionava da istituto di credito, che riceveva interessi sui mutui, che contribuivano al suo benessere; tali prestiti sarebbero stati frequenti, anche per una prassi indulgente quanto all'esazione di tali crediti.

¹⁴¹ Cfr. A.C. JOHNSON, P.R. COLEMAN-NORTON, F.C. BOURNE (a cura di), *Ancient Roman Statutes* cit., 142 nt. 7 (n.171).

ro dare in pegno le entrate del tempio in avanzo per garantire i prestiti che il tempio riceveva. L'intervento di Persico avrebbe comportato la responsabilità di tali soggetti rispetto ai mutuanti. Debord e Magie si limitano a notare come i mutui non dovessero superare il capitale dell'anno corrente, e se i magistrati o sacerdoti avessero preso in prestito, costituendo un pegno sui redditi dell'anno successivo, sarebbero stati personalmente responsabili, ma non precisano la natura del coinvolgimento del tempio.¹⁴² Migeotte presenta la misura assunta da Persico e attestata da queste linee dell'epigrafe come «un des rares témoignages de l'époque impériale sur les emprunts des cités grecque»; Efeso avrebbe fatto abitualmente ricorso a tali prestiti, costituendo in garanzia i proventi dell'anno successivo, secondo una procedura sostenibile in condizioni normali, ma di cui i magistrati avrebbero abusato, impegnando le entrate in modo irragionevole; «en tout cas, ajouté aux autres actes de gaspillage, l'endettement de la cité dépassait les bornes». A fronte di tali eccessi, il proconsole non vietò la possibilità per la città di ricorrere ai prestiti, essendo una pratica diffusa e considerata essenziale, ma impose di agire con prudenza «en ne contractant que des dettes remboursables dans l'année, donc à très court terme et de faible montant».¹⁴³

L'efficacia della misura del governatore è assicurata dall'aver imposto la responsabilità personale di colui che ha costituito in garanzia i proventi dell'anno successivo. A questo proposito Migeotte, come già accennato, si oppone all'integrazione [ἐξ αὐτοῦ] di Dörner proponendo un poco motivato [ἐκ τῶν ἰδίων], ma, al di là della fragilità di tale proposta, è del tutto condivisibile la critica mossa a Dörner. Infatti, quest'ultimo riteneva che il proconsole avesse attribuito al creditore insoddisfatto la facoltà di procedere a un'esecuzione di tipo personale: «so haftet er persönlich dem Gläubiger gegenüber mit seinem Vermögen».¹⁴⁴ Migeotte, a ragione, rileva la confusione in cui incorre Dörner tra l'esecuzione sulla persona e quella sui beni, in quanto la prima, comune nell'epoca arcaica,¹⁴⁵ era molto meno diffusa, benché non scomparsa, nell'età del principato.¹⁴⁶

Migeotte è ritornato a occuparsi dell'editto di Persico nella sua recensione al già citato lavoro di Schwarz. La studiosa dimostra come le πόλεις oggetto della sua ricerca (Efeso e le città della Bitinia e della Licia) non abbiano sperimentato una crisi finanziaria generale nei primi due secoli del principato, benché sia assai diffusa l'opinione della fragilità delle finanze pubbliche di tali città. Le fonti attestano, piuttosto, una fisiologia finanziaria segnata

¹⁴² Cfr. P. DEBORD, *Aspects* cit., 212; D. MAGIE, *Roman Rule*, I cit., 546.

¹⁴³ L. MIGEOTTE, *L'emprunt* cit., 291 (n.90).

¹⁴⁴ Cfr. F.K. DÖRNER, *Der Erlaß* cit., 23s., 47.

¹⁴⁵ Per il contesto greco, cfr. E. WEIß, *Griechisches Privatrecht auf rechtsvergleichender Grundlage*, I. *Allgemeine Lehren*, Leipzig 1923, 451 ss.; ID., s.v. *Execution*, in PWRE, Suppl. 6, Stuttgart 1935, 56 ss.; G. GERACI, *Garanti debitori: spunti papirologici ed epigrafici*, in IAH 1, 2009, 29 ss. Per il contesto romano, cfr. L. PEPPE, *Studi sull'esecuzione personale*, I. *Debiti e debitori nei primi due secoli della Repubblica romana*, Milano, 1981; G. PURPURA, *La pubblica rappresentazione dell'insolvenza. Procedure esecutive personali e patrimoniali al tempo di Cicerone*, in *Studi in onore di L. Labruna* VI, Napoli 2007, 4541 ss.; R. SANTORO, *Per la storia dell'obligatio. Il iudicatum facere oportere nella prospettiva dell'esecuzione personale*, in IAH 1, 2009, 61 ss. (= *Scritti minori*, II, Torino 2009, 655 ss.); L. PEPPE, *Riflessioni intorno all'esecuzione personale in diritto romano*, in AUPA 53, 2009, 115 ss.

¹⁴⁶ L'esecuzione personale non era scomparsa nella prassi greca di età ellenistica; cfr. H.J. WOOLF, s.v. *Recht*, I. *Griechisches Recht*, in LAW, Zürich 1965, 2521 (trad. di A. MAFFI, *Diritto greco. Diritto tolemaico*, in *Dike* 16, 2003, 105). Studi recenti sottolineano la permanenza di forme di esecuzione personale anche nel tardo antico; cfr. V. CARRO, *Autorità pubblica e garanzie nel processo esecutivo romano*, Torino 2018.

da taluni episodi patologici di difficoltà, gestioni inefficienti e non trasparenti, unite a corrotte. A proposito del passo sui prestiti e i pegni, Migeotte¹⁴⁷ contesta, condivisibilmente, a Schwarz di essersi fondata, per la sua interpretazione, sulla traduzione di Wankel, che, rendendo in modo inesatto alcuni termini chiave, non riesce a cogliere, nelle linee in esame, la presenza di un prestito pubblico; in particolare, l'errore di interpretazione rileva perché il testo mostra come il ricorso a tale forma di prestito fosse rimasto di uso corrente a Efeso, benché Schwarz più volte lo consideri non attestato dalle fonti del periodo del principato.

Come si preciserà meglio, un'importanza centrale dell'editto di Persico sembra anche a me quella di attestare uno strutturato sistema di prestiti pubblici nella relazione tra tempio e città, ma prima di approfondire tale profilo, si deve far cenno a un'altra considerazione di Schwarz. Ella, a ragione, evidenzia la notevole misura delle integrazioni e ricostruzioni di Dörner, riprese da Wankel, sottolinea la difficoltà di determinare a chi si rivolga, in queste linee, l'editto,¹⁴⁸ e, nello specifico, revoca in dubbio la possibilità che siano i sacerdoti o i magistrati ad avere la capacità di prestare/prendere in prestito fondi, dato che l'operazione doveva essere deliberata mediante atti di competenza della ἐκκλησία o della βουλή.¹⁴⁹ Migeotte, che non si era soffermato su questa osservazione nella recensione appena citata, afferma, nel 2014, di aderire all'appunto di Schwarz: «mieux vaut laisser les mots χρήματα δανείζεσθαι sans sujet».¹⁵⁰ Queste osservazioni sono condivisibili, perché permettono di uscire dall'evidente *impasse*, che si genera, affidandosi alla ricostruzione di Dörner, nella quale non risultano chiaramente le relazioni tra i sacerdoti e i magistrati, in particolare se entrambi potessero prestare per conto del tempio, o entrambi per conto della città, o se non si parli perfino di rapporti reciproci.

Una corretta esegesi delle fonti suggerisce di valutare testimonianze affidabili. In questo senso, la verifica della consistenza dei frammenti pubblicati da Heberdey nell'*editio princeps* mette in evidenza un testo che ha subito un palese congetturale ampliamento da parte di Dörner. Per trarre considerazioni maggiormente fondate sul piano giuridico e su quello finanziario, conviene limitarsi a commentare le espressioni ben decifrabili e quelle con emendazioni più sicure. Per questa ragione, presento i frammenti, non eccessivamente ricostruiti, editi per prima volta da Heberdey; anzitutto il fr. VI. 50-51 del testo greco:

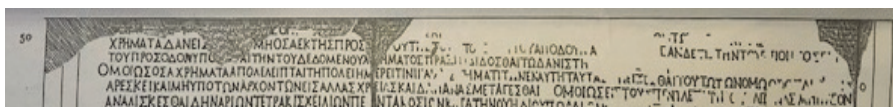
χρήματα δανεί[ζεσθαι, εἰ] μὴ ὅσα ἐκ τῆς προσ[όδου] το[ῦ] ἔ[πι]το[υ]ς
 τούτου ἀποδοῦναι[ι].
 ἐὰν δέ τις] τὴν τοῦ ἐπ[ι]το[υ]ς
 ἐ[ν]ιαυ]- |
 τοῦ πρόσδοτον ὑπο[θήτ]αι, τὴν τοῦ δ<|>δομένου χρ[ρ]ήματος πράξιν
 δίδοσθαι τῷ δανιστῇ [ἀρέσκει.]

¹⁴⁷ Cfr. L. MIGEOTTE, Rec. a H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 343.

¹⁴⁸ Così scrive H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 156: «Die entscheidende Passage ist allerdings ergänzt, so daß nicht mit Sicherheit ausgemacht werden kann, an wen sich das Verbot richtete».

¹⁴⁹ Cfr. H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 156.

¹⁵⁰ Cfr. L. MIGEOTTE, *Les finances* cit., 334 nt. 908; egli è ritornato sul tema, con argomenti analoghi, anche nel *Post-scriptum* aggiunto al suo articolo *La dette publique dans l'histoire* pubblicato originariamente in J. ANDREAU, G. BÉAUR, J.-Y. GRENIER (a cura di), *La Dette publique dans l'histoire*, Paris 2006, 115 ss. e riedito in L. MIGEOTTE, *Économie et finances* II cit., 281 ss. (il *Post-scriptum* a p. 293); V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources* cit., 105 nt. 11, menziona la presa di posizione di Migeotte, in modo implicitamente adesivo.



R. HEBERDEY, in *Forschungen in Ephesos*, II (Wien 1912) 114 (VI, i, k)

Questi i lacerti, per noi rilevanti, del testo latino (III d, p. 117 e 118 di Heberdey):

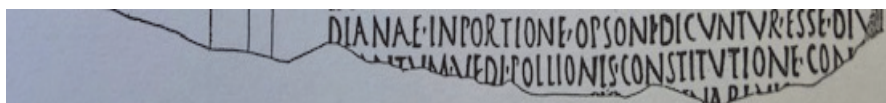
----- p]ubl[ico] nomine pecu[-----]
-----] erit, eius pecuni[am] na[-----]



R. HEBERDEY, in *Forschungen in Ephesos*, II (Wien 1912) 117 (III, d)

Dörner – con una congettura plausibile – considera appartenere allo stesso contesto anche l'ultima linea, assai mutila, del frammento latino VI di Heberdey ove si legge solo:

-----]na[ri] n[isi?]



R. HEBERDEY, in *Forschungen in Ephesos*, II (Wien 1912) 117 (VI, f)

Questo, dunque, è il materiale effettivamente suscettibile di una valutazione storico-giuridica.

8. INQUADRAMENTO STORICO DELLA FATTISPECIE.

Nella difficoltà di determinare con sicurezza quali siano i soggetti che prendono denaro a mutuo, il contesto dell'editto mi muove a ritenere che, anche in queste linee, il proconsole stia intervenendo per tutelare il patrimonio dell'*Artemision* rispetto a 'manovre' degli amministratori della città. L'intervento di Persico rappresenta attuazione del suo *officium*: D. 1.16.7 pr.-1 (Ulp. 2 *off. proc.*)¹⁵¹ richiama il precipuo dovere del governatore di garantire il regolare svolgimento delle feste in onore degli dei e il mantenimento in buon ordine degli edifici sacri (oltre che di quelli pubblici): ciò implica il compito di verificare e monitorare l'equilibrio finanziario dei templi e di intervenire di conseguenza.¹⁵² Dal complesso

¹⁵¹ Sull'*officium* del proconsole come presentato da Ulpiano, in generale, cfr. 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 ss.; Sul passo, da ultimo, cfr. V. MAROTTA, *Modelli di comportamento dei governatori e ideologie della regalità*, in E. DOVERE (a cura di), *Signa amicitiae. Scritti offerti a Giovanni de Bonfils*, Bari 2018, 116 ss.; cfr. anche D. NÖRR, *Imperium und polis in der hohen Prinzipatszeit*, München 1966, 49 nt. 36.

¹⁵² Per il contesto specifico dell'Asia Minore, cfr. E. WINTER, *Staatliche Baupolitik und Bauaufsorge in den römischen Provinzen des kaiserzeitlichen Kleinasien*, Bonn 1996, 149 ss.; sul passo ulpiano, cfr. anche V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, I, Napoli 2000, 186 s.; L. MAGANZANI, *Loca sacra e terminatio agrorum*

del provvedimento, infatti, si coglie come il governatore intenda tutelare i 'fondi sacri', perché assicurino le necessità del culto (in onore di Artemide ma anche dell'imperatore), e perché costituiscano sicura riserva per le necessità straordinarie della città.¹⁵³ Dunque, si può ipotizzare che nelle ll. 48-50 si abbia riguardo al comportamento degli amministratori cittadini, quanto alla richiesta di prestiti 'pubblici' al tempio: è nei confronti di costoro, molto più che nei confronti dei sacerdoti che gestivano i fondi dell'*Artemision*, che la vigilanza del governatore poteva essere incisiva e diretta.

Pertanto, l'interpretazione complessiva, che Migeotte proponeva nel 1984, è ancora convincente: si tratta probabilmente di un *emprunt public*, cioè di un prestito che Efeso richiede alla cassa del tempio.

L'esigenza di fondi per la città si può spiegare con una contingenza finora non collegata all'editto di Persico, ma che mi pare contribuisca a chiarire le circostanze di fatto in cui si colloca. Si possono trarre elementi utili per la ricostruzione del *Sitz im Leben* dell'editto da una lunga lista di sottoscrittori di prestiti alla città di Efeso, ricomposta a partire da diversi frammenti, editi da Börker e Merkelbach (*IEph.* V, 1687),¹⁵⁴ che attesta elenchi di nomi posti in colonna e seguiti da una cifra: le caratteristiche del marmo, delle abbreviazioni, della scrittura e del contenuto inducono ad ascriverli allo stesso contesto epigrafico:¹⁵⁵ si tratta probabilmente di un elemento in muratura appartenente al muro di cinta dell'*Artemision*,¹⁵⁶ che conteneva una lista di sottoscrittori, cioè di finanziatori di un'opera pubblica. Migeotte, seguendo le considerazioni paleografiche di Hicks e quelle prosopografiche di Knibbe e İplikçioğlu, propone una datazione al 32-30 a.C. Il finanziamento si collega verisimilmente al tempio, per la collocazione dei frammenti e perché la maggior parte dei sottoscrittori è nominata come nucleo familiare¹⁵⁷ e alcuni nomi sono accompagnati da titoli riferibili al tempio.¹⁵⁸

Già Hicks, nella prima parziale pubblicazione (*GIBM*, n. 687) sostenne che le liste ricordassero elenchi di *neopoioi* e tale ipotesi è stata suffragata, con ulteriori argomenti, da Mayer, che collega *IEph.* V, 1687 alla lista di *neopoioi* di *IEph.* V, 1578A.¹⁵⁹ Migeotte ipotizzò che la sottoscrizione si spiegasse con l'urgenza di lavori di restauro nel tempio, imprevisti e onerosi, in rapporto all'entità del (probabilmente parziale) finanziamento.¹⁶⁰

nel mondo romano: profili giuridici, in G. WATAGHIN CANTINO (a cura di), *'Finem dare'. Il confine, tra sacro, profano e immaginario. A margine della stele bilingue di Vercelli*, Vercelli 2011, 118; A. BÉRENGER, *Le métier* cit., 301 ss.

¹⁵³ Cfr. V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources* cit., 111 s.

¹⁵⁴ A tali frammenti se ne aggiunge un altro; cfr. D. KNIBBE, B. İPLIKÇIOĞLU, *Neue Inschriften VIII* cit., 129 s. (n.136) (SEG 33 [1983], n. 941).

¹⁵⁵ Cfr. L. MIGEOTTE, *Les souscriptions* cit., 224 (n.70), ove altra letteratura.

¹⁵⁶ Per tale attribuzione cfr. E.L. HICKS, *GIBM* 520, che, individuata la presenza su un frammento di un'iscrizione più antica, la pone in rapporto con l'*asylia* dell'*Artemision* (*IEph.* V, 1520). J. KEIL, in *Die Marienkirche* (Forschungen in Ephesos IV.1), Wien 1932, 84 s. (n.4) seguito da Börker e Merkelbach (*IEph.* V, 1687), rapporta l'iscrizione allo stipite di una porta e l'insieme dei frammenti alla cinta del tempio.

¹⁵⁷ Secondo stilemi considerati da Migeotte tipici delle elargizioni a favore di strutture religiose o religiosamente connotate.

¹⁵⁸ Cfr. L. MIGEOTTE, *Les souscriptions* cit., 224 s. (n.70), ove riporta gli esempi e altra letteratura.

¹⁵⁹ Cfr. C. MAYER, *Ephesos: Die Schrift der 'Großen Spenderliste' aus der Zeit des Tiberius* (IvE V 1687), in *Tyche* 18, 2003, 77 ss.

¹⁶⁰ Cfr. L. MIGEOTTE, *Les souscriptions* cit., 226 (n.70).

Mayer, sulla base di studi paleografici e comparando gli stili di scrittura di altri documenti appartenenti alla stessa mano e databili in modo più sicuro, corregge la datazione di Migeotte, collocando il documento nella prima metà del I sec. d.C.: in forza dell'identica misura dei blocchi, della stessa forma delle lettere e di somiglianze nel contenuto, ritiene che anche *IEph.* IV, 1383 appartenga allo stesso insieme, e che perciò la lista fosse preceduta da un decreto approvato dal δῆμος, il che conferirebbe una caratura di ufficialità all'atto. Inoltre, Mayer ipotizza che questa *Große Spenderliste* si riferisca a lavori di ricostruzione di importanti edifici pubblici a Efeso, dopo un terremoto accaduto durante il principato di Tiberio. Mayer non riporta le fonti antiche su questo evento, la cui datazione presenta alcune difficoltà. Lo studio più completo sull'attività sismica nel Mediterraneo in età antica, elaborato dall'Istituto nazionale di geofisica italiano, riporta due terremoti nella provincia d'Asia¹⁶¹ durante il regno di Tiberio: il primo nel 17 d.C., il secondo nel 23 d.C.¹⁶² La descrizione più dettagliata del primo evento è restituita da Tacito (*Ann.* 2.47.1-4),¹⁶³ che riferisce, con toni vivaci e drammatici,¹⁶⁴ che i danni maggiori furono subiti da Sardi, seguita da Magnesia sul Monte Sipilo:¹⁶⁵ Tacito, tuttavia, non menziona Efeso. In un frammento di Apollonio

¹⁶¹ Strabone definisce la valle del Meandro εὐσειστός, per la sua elevata esposizione sismica (2.8.17; v. anche 12.8.16-18; 13.4.10; Tac., *Ann.* 4.55); cfr. G. TRAINA, *Terremoti e misure amministrative nella provincia d'Asia (I a.C.-II d.C.)*, in *MediterrAnt* 5, 2002, 749.

¹⁶² Cfr. E. GUIDOBONI (a cura di), *Catalogue of Ancient Earthquakes in the Mediterranean Area up to the 10th Century*, Roma 1994, 180 ss.

¹⁶³ Tac., *Ann.* 2.47: *Eodem anno duodecim celebres Asiae urbes conlapsae nocturno motu terrae, quo inprovisior graviorque pestis fuit. neque solitum in tali casu effugium subveniebat in aperta prorumpendi, quia diductis terris hauriebantur. sedisse immensos montis, visa in arduo quae plana fuerint, effulsisse inter ruinam ignis memorant. asperrima in Sardianos lues plurimum in eosdem misericordiae traxit: nam centies sestertium pollicitus Caesar, et quantum aerario aut fisco pendebant in quinquennium remisit. Magnetes a Sipylo proximi damno ac remedio habiti. Temnios, Philadelphenos, Aegeatas, Apollonidenses, quique Mosteni aut Macedones Hyrcani vocantur, et Hierocaesariam, Myrinam, Cymen, Tmolium levare idem in tempus tributis mittique ex senatu placuit, qui praesentia spectaret refoveretque. delectus est M. Ateius e praetoriis, ne consulari obtinente Asiam aemulatio inter pares et ex eo impedimentum oreretur.*

¹⁶⁴ Cfr. E. KEITEL, *The Art of Losing: Tacitus and the Disaster Narrative*, in C.S. KRAUS, J. MARINCOLLA, C. PELLING (a cura di), *Ancient Historiography and its Contexts. Studies in Honour of A. J. Woodman*, Oxford 2010, 335. Sul piano letterario, in questo vivace passo tacitano, appare chiaro il ricorso all'ἐνάργεια, figura retorica cd. di 'pensiero' che corrisponde all'*evidentia* latina; cfr. Quintil., *Inst.* 6.2.32; Theon, *Prog.* 119.32 (ed. M. PATILLON); ps.-Hermog., *Prog.* 10.24 (ed. H. RABE). Cfr. A. ZANGARA, *Voir l'histoire. Théories anciennes du récit historique. II^e siècle avant J.-C. – II^e siècle après J.-C.*, Paris 2007, 55 ss., 233 ss.; N. OTTO, *Enargeia. Untersuchung zur Charakteristik alexandrinischer Dichtung*, Stuttgart 2009; R. WEBB, *Ekphrasis, Imagination and Persuasion in Ancient Rhetorical Theory and Practice*, Farnham 2009, 87 ss.; F. BERARDI, *La dottrina dell'evidenza nella tradizione retorica greca e latina*, Perugia 2012.

¹⁶⁵ Altre fonti: Strabo 12.1.18; 13.3.5; 13.4.8; Plin., *N.H.* 2.200; Sen., *N.Q.* 6.1.13; *ad Luc.* 14.91.9; Suet., *Tib.* 48; Cas. Dio, 57.17.7; Bian., *Apud Anthol. Pal.* 9.423. Il *princeps* promise dieci milioni di sesterzi agli abitanti di Sardi, esentandoli anche per un lustro da quanto dovuto all'erario e al fisco; fu deciso di rimettere i tributi per cinque anni a favore degli abitanti di Magnesia, Temno, Filadelfia, Egea, Apollonia Ierocesarea, Mirina, Cime, Tmolo e a favore dei Mosteni o Ircani di Macedonia e fu inviato un rappresentante del senato per verificare la situazione e portare conforto. Cfr. L. ROBERT, *Documents d'Asie Mineure*, in BCH 102, 1978, 395 ss. In D. MAGIE, *Roman Rule*, II cit., 1358 nt. 23, una lista di fonti numismatiche ed epigrafiche che attestano diffuse dimostrazioni di gratitudine per l'aiuto ricevuto da Tiberio, da parte delle città dell'Asia colpite dal sisma. Già Augusto aveva posto in essere tale genere di interventi (Suet., *Aug.* 47.2; Id. *Tib.* 8.1; *RGDA* app. 4; Strab., 12.8.18; Cassius Dio., 14.23.7-8; 14.30.3). Su modalità ed entità degli aiuti imperiali in caso di terremoto, cfr. S. MITCHELL, *Imperial*

Grammatico (I sec. d.C.), noto attraverso Flegonte di Tralle (*FrGrHist* 257 F 36 [XIII]), si cita il sisma verificatosi nell'età di Tiberio, la distruzione di molte città dell'Asia, la loro ricostruzione a spese dell'imperatore¹⁶⁶ e il fatto che tali città dedicarono a lui, in gratitudine, una statua colossale vicino al tempio di Venere nel foro romano.¹⁶⁷

Nel 1693 fu ritrovata a Pozzuoli la base di un monumento in onore del *princeps*,¹⁶⁸ che può datarsi al 30 d.C (CIL 10.1624 = ILS I 156 *add.*). L'elenco delle città permette un collegamento con il passo tacitano,¹⁶⁹ ma problematica è la menzione di Efeso e Cibira, non contenute nell'elenco delle dodici città. Quanto alla seconda, la difficoltà si supera, considerando il resoconto che Tacito dà di un terremoto colà occorso nel 23 d.C. (*Ann.* 4.13.1);¹⁷⁰ a proposito di Efeso,¹⁷¹ Guidoboni suggerisce tre possibili soluzioni:

1. Efeso fu colpita dal sisma del 23 d.C.: tale ipotesi non spiega l'assenza di menzione di una città importante nel resoconto tacitano, come nota Mommsen (CIL 10.1624), il quale suggerisce, ma senza prove, che un terremoto a Efeso si sarebbe verificato in un tempo precedente l'iscrizione, tra il 28 e il 30 d.C..¹⁷²

Building in the Eastern Roman Provinces, in HSCP 91, 1987, 345 ss.; A. PALUMBO, *Orientamenti di risposta ai terremoti nel mondo antico*, in E. GUIDOBONI (a cura di), *I terremoti prima del mille in Italia e nell'area mediterranea*, Bologna 1989, 124 ss.; F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World* cit., 422 ss.; G. TRAINA, *Terremoti* cit., 754 ss.; A. BÉRENGER-BADEL, *Les séismes dans la documentation épigraphique et numismatique sous le Haut-Empire: entre élaboration de la mémoire et reconstruction de l'événement*, in R. FAVIER, A.-M. GRANET-ABISSET (a cura di), *Récits et représentations des catastrophes depuis l'Antiquité*, Grenoble 2005, 141 ss.

¹⁶⁶ La generosità di Tiberio fu commemorata da una serie di sesterzi; cfr. British Museum London, K 90535 D-36 D.

¹⁶⁷ Si tratta probabilmente del tempio di *Venus Genitrix*, nel foro di Cesare; cfr. O. JAHN, *Über die puteolanische Basis*, in BVSGW.PH 3, 1851, 123; A. BÉRENGER-BADEL, *Les séismes* cit., 151 nt. 7; F. COARELLI, *Roma*⁶, Roma-Bari 2008, 129.

¹⁶⁸ La collocazione a Pozzuoli potrebbe esprimere una rassicurazione per gli abitanti della città, situata in zona sismica, quanto al fatto che l'imperatore si sarebbe fatto carico della risposta a tal genere di disgrazie, intervenendo in aiuto; cfr. A. PALUMBO, *Orientamenti* cit., 126. C. VERMEULE, *The Basis from Puteoli: cities of Asia Minor in Julio-Claudian Italy*, in L. CASSON, M. PRICE (a cura di), *Coins, Culture and History in the Ancient World. Numismatic and other Studies in honor of B.L. Trell*, Detroit 1981, 88, rileva che la base richiama i legami commerciali tra le città microasiatiche e Pozzuoli, che sarebbe perciò interessata alla loro rapida ricostruzione.

¹⁶⁹ Questo il testo: *Ti(berio) Caesari divi | Augusti filio) divi | Iuli n(epoti) Augusto | pontif(ici) maximo, co(n)s(uli) IIII, | imp(eratori) VIII, trib(unicia) potest(ate) XXXII, | Augustales; | res publica | restituit. | [---]*ihenias Sa[rde]s *ulloron, [Magnes]ia | Philadelpheia, Tmolus, Cyme | Temnos, Cibyra, Myrina, Ephesos, Apollonidea, Hyrcania | Mostene, [Aeg]ae, [Hieroc]aesarea*. Dessau, pubblicando il testo in ILS, suggerisce che il monumento fosse un'imitazione in scala minore della summenzionata statua dedicata a Tiberio a Roma presso il tempio di Venere. Sui quattro lati della base (oggi in stato di deterioramento) si trovano rappresentazioni, in forma femminile, delle quattordici città nominate nell'iscrizione; cfr. C. LEGA, *Catalogo delle epigrafi latine riguardanti terremoti*, in E. GUIDOBONI (a cura di), *I terremoti prima del Mille* cit., 158 s. (n.1). Per la descrizione dei rilievi della base, cfr. O. JAHN, *Über die puteolanische Basis* cit., 119 ss.; C. VERMEULE, *The Basis* cit., 85 ss.

¹⁷⁰ Su questo sisma, cfr. E. GUIDOBONI (a cura di), *Catalogue* cit., 185 (n.80), ove altra letteratura.

¹⁷¹ Già Eusebio nell'*Hieronymi Chronicon* (ed. R. HELM, Berlin 1956, 172) e Giorgio Sincello nell'*Ecloga chronographica* (ed. A.A. MOSHAMMER, Leipzig 1984, 603) ricordavano Efeso tra le città distrutte da un terremoto al tempo di Tiberio. Niceforo Callisto Xanthopoulos (*Ecclesiasticae Historiae*, I 17) menziona le stesse quattordici città del monumento di Pozzuoli.

¹⁷² Così anche G. RUSHFORTH, *Latin Historical Inscriptions Illustrating the History of the Early Empe-*

2. Efeso e Cibira furono parzialmente danneggiate nel 17 d.C., e poi nel 23 si verificò un altro evento tellurico che le ridusse in uno stato tanto grave da rendere necessaria l'esenzione tributaria.¹⁷³

3. Le due città furono debolmente colpite nel 17 d.C. e Tiberio non concesse immediatamente l'esenzione (perciò Tacito non le ricorda), ma poi ne fecero richiesta¹⁷⁴ e la ottennero probabilmente dopo il 23 d.C.¹⁷⁵

Dal complesso delle fonti si evince comunque l'entità dell'aiuto del *princeps* in Asia, se esso ha generato reiterate manifestazioni di ringraziamento; evidentemente notevoli erano anche state le dimensioni del sisma.

Questa breve rassegna delle testimonianze a proposito di un probabile terremoto a Efeso negli anni immediatamente precedenti all'editto di Persico mi sembra suffragare l'ipotesi che Mayer delinea a proposito della lista di sottoscrittori efesini e ci fornisca un quadro più chiaro della situazione della città, che probabilmente doveva far fronte anche a spese per la ricostruzione e perciò abbisognava di liquidità.¹⁷⁶ Il fatto che si fosse verificato da poco un terremoto può, dunque, rappresentare una ragionevole motivazione per il sopravvivere di ulteriori e imprevisi impegni di spesa della città;¹⁷⁷ comunque l'intervento del

*re*², Oxford 1930, 124, che considera la generosità imperiale verso Efeso ragione dell'erezione della statua e – come già O. JAHN, *Über die puteolanische Basis* cit., 122 – motiva il mancato riferimento tacitano alla città, con l'ipotesi che il racconto del sisma fosse contenuto nella parte perduta del libro V degli *Annales* sugli anni 29-30; M. ROSTOVITZ, *The Social and Economic History* cit., II, 563, menziona «the terrible earthquakes of AD 17, 23 and 29».

¹⁷³ È questa l'opinione anche di P. SHERRER, *The Historical Topography of Ephesus*, in D. PARRISH, (a cura di), *Urbanism in Western Asia Minor. New Studies on Aphrodisias, Ephesus, Hierapolis, Pergamon, Perga, and Xanthos*, Portsmouth, RI 2001, 73 s.

¹⁷⁴ Nelle province senatorie la richiesta di aiuto si sarebbe dovuta rivolgere al Senato, ma la tendenza era quella di adire il *princeps*; cfr. A. BÉRENGER-BADEL, *Les séismes* cit., 142 s. Proprio rispetto alle catastrofi naturali, consta una rara prova della generosità di Tiberio verso le città provinciali (Suet., *Tib.* 48.5); cfr. G. ALFÖLDY, *La politique provinciale de Tibère*, in Latomus 24, 1965, 831; G. CLEMENTONI, *Tiberio e il problema della protezione civile*, in M. SORDI (a cura di), *Fenomeni naturali e avvenimenti storici nell'antichità*, Milano 1989, 175 ss.

¹⁷⁵ Un'altra iscrizione dedicatoria del 31-37 d.C., ritrovata frammentaria nella città di Nemrud Kalesi (antica Aegae), attesta i terremoti nella zona e l'intervento di Tiberio, definito *conditor uno tem[pore XII civitatum t]errae motum vel[xatarum]* (CIL 3.7096). Il riferimento alle dodici città, qui congetturalmente inserito, trova conferma in un'iscrizione molto simile venuta alla luce nella città di Mostene (OGIS 471 = ILS 8785 = IGR 4.1351), che, commemorando la ricostruzione di Tiberio delle città microasiatiche devastate dal terremoto, le elenca in modo conforme al passo tacitano, e descrive l'imperatore come κτίστης ἐνὶ καὶ-ῥῶ δώδεκα πό-λεων; cfr. P. FOUART, *Exploration de la plaine de l'Hermos par M. Aristote Fontrier*, in BCH 11, 1887, 89 s. Inoltre, IGR 4.1514 (= *ISardis* VII, n. 9) ricorda che i rappresentanti delle dodici città distrutte dal terremoto si incontrarono, forse a Sardi, per discutere le modalità per esprimere la loro gratitudine a Tiberio.

¹⁷⁶ La costruzione, il mantenimento o il restauro degli edifici pubblici, costituiscono settori rispetto ai quali si sono rinvenute molteplici e diffuse attestazioni di munificenza privata e pubblica su larga scala, segno inequivoco delle necessità di fondi ingenti che essi richiedevano; cfr. S. MITCHELL, *Imperial* cit., 333 ss.; E. WINTER, *Staatliche* cit., 168 ss.; L. MIGEOTTE, *Les souscriptions* cit., 24 s. (n.13); 55 ss. (n.22); 70 ss. (n.27); 84 ss. (n.30); 112 ss. (nn.39-41); 182 ss. (n.61); 191 ss. (n.63); 207 ss. (n.67); 224 ss. (n.70); B. DIGNAS, *Economy* cit., 150.

¹⁷⁷ Un'ulteriore conferma delle attività edilizie e urbanistiche a Efeso, al tempo di Persico, si può ricavare dal *dossier* epigrafico che riguarda Lucius Cusinius, che ricoprì più volte in quegli anni l'ufficio di ἐπίσκοπος – probabilmente una sorta di *curator civitatis* – e che si occupò anche della ricostruzione dell'*agorà* (*Ieph.* III, 659B; III, 660B; III, 716; *RPC* I, 2623-262); cfr. F. KIRBIHLER, *L. Cusinius, épiscopus à Ephèse*, in JÖAI 74, 2005, 151 ss.; J. FOURNIER, F. KIRBIHLER, *L'épiscopus éphésien et l'épimélète*

proconsole, di tenore puntuale e rigoroso, fa congetturare una situazione più estesa e duratura nel tempo, non un'episodica difficoltà finanziaria, ma una consolidata esposizione debitoria che il sisma rende ancora più accentuata.

9. I SOGGETTI DEL PRESTITO.

L'ipotesi, a mio parere, più plausibile è che nel frammento in considerazione dell'editto di Persico si disciplinino prestiti del tempio alla città, che aveva bisogno di pronta e sicura liquidità anche per fronteggiare le spese della ricostruzione e della manutenzione a seguito di un terremoto. Bogaert elenca plurime attestazioni epigrafiche (alcune lunghe e ben conservate) di prestiti di denaro dai templi alle città, ma anche a privati e, per indicare l'operazione, spesso si usa proprio il verbo δανείζω: significativi i casi di Locri, Delo, Sardi, e Drymos.¹⁷⁸ Migeotte analizza esempi di 'prestiti interni' di carattere pubblico del periodo greco classico ed ellenistico ad Argo, Ceos, Cos, Priene, Delo e Locri.¹⁷⁹ Proprio le tavolette locresi¹⁸⁰ offrono copiose prove di rapporti di debito/credito tra il tempio e la πόλις: trentacinque su trentasette delle tavolette leggibili attestano prestiti contratti dalla città presso il tempio, e diciassette di queste comprovano finanziamenti ottenuti per effettuare investimenti in lavori pubblici o per acquistare beni pubblici; altre cinque, invece, testimoniano prestiti per il sostentamento dell'arconte re; la cassa del tempio fungeva, dunque, da seconda cassa civica da cui attingere per l'utilità comune, il che riconduce tali rapporti entro la tipologia di vere e proprie operazioni di 'tesoreria pubblica', benché configurati secondo lo schema privatistico del mutuo.¹⁸¹

La scelta di non prestare acritico affidamento alla ricostruzione di Dörner, accolta da Wankel, impone ora di domandarsi chi abbia richiesto la concessione del mutuo e chi lo abbia accordato. Rispetto alla ricostruzione che pone sullo stesso piano sacerdoti e/o magistrati come soggetti che prendono in prestito, mi pare ragionevole concordare con quanto afferma Schwarz: «Es scheint nicht plausibel, daß Priester Kredite aufnehmen, da ihnen weder die städtische Verwaltung obliegt noch größere öffentliche Ausgaben in ihrem Bereich anfallen».¹⁸² Non è il tempio, che non deve sostenere le spese pubbliche della città, a chiedere il prestito, bensì si può avanzare la supposizione che siano gli amministratori

athénien: deux relais du pouvoir romain?, in C. FEYEL, J. FOURNIER, L. GRASLIN-THOMÉ, F. KIRBIHLER (a cura di), *Communautés locales et pouvoir central dans l'Orient hellénistique et romain*, Nancy 2012, 517 ss. La presenza di un funzionario con questo incarico prova le difficoltà amministrative di Efeso in quegli anni.

¹⁷⁸ Cfr. R. BOGAERT, *Epigraphica*, III. *Texts on Bankers, Banking and Credit in the Greek World*, Leiden 1976, 47 s. (n. 32), 48 s. (n. 33), 50 ss. (n. 35), 53 ss. (n. 36), 56 ss. (n. 37), 67 ss. (n. 39).

¹⁷⁹ Cfr. R. BOGAERT, *Banques* cit., 197 s.; F. COSTABILE, *L'archivio finanziario di Locri Epizefiri ed il basileus*, in *Enigmi delle civiltà antiche dal Mediterraneo al Nilo. Atene, la Magna Grecia, l'impero di Roma*, I. *Dalla preistoria all'età ellenistica*, Reggio Calabria 2007, 251 ss.; L. MIGEOTTE, *Les finances* cit., 212 ss.

¹⁸⁰ Cfr. F. COSTABILE (a cura di), *Polis ed Olympieion a Locri Epizefiri. Costituzione, economia e finanze di una città della Magna Grecia. Editio altera e traduzione delle tavolette locresi*, Soveria Mannelli (CZ) 1992; ID., *L'archivio finanziario di Locri Epizefiri*, cit., 251 ss., ove propone una dettagliata rilettura (assai utile a fini comparativi) dei rapporti di credito tra il tempio e la città, come attestati dalle tavolette locresi.

¹⁸¹ Cfr. L. MIGEOTTE, *Le operazioni di credito fra il santuario e la città*, in F. COSTABILE (a cura di), *Polis ed Olympieion* cit., 151 ss.

¹⁸² H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 156.

cittadini a porsi come mutuatari in rappresentanza della comunità. Resta aperta la questione su chi siano i soggetti legittimati ad agire per concludere tale negozio.

Dal lato della città, le fonti attestano come le decisioni importanti, tra cui le richieste di prestiti, pertenessero all'assemblea dei cittadini;¹⁸³ ad es., in quasi tutte le tavole locresi si trova traccia del decreto della βουλή e spesso della ἐκκλησία del δῆμος;¹⁸⁴ se è vero – come si è a lungo insegnato –, che a seguito della conquista romana il ruolo delle assemblee popolari è diminuito, a vantaggio degli organi oligarchici, ciò non significa che esse non siano più intervenute soprattutto nelle questioni più rilevanti, come quelle sul bilancio della città.¹⁸⁵ Perciò, mi sembra si possa congetturare che la richiesta di mutuo fosse da deliberarsi in un'assemblea, della cui regolare convocazione a Efeso consta testimonianza epigrafica.¹⁸⁶ Dunque, i magistrati, con il mandato dell'assemblea o del consiglio, avrebbero proceduto alla richiesta del prestito dando garanzie.

Dal lato del tempio la questione è più complessa e impone di considerare ruoli e funzioni del personale dell'Artemision.¹⁸⁷ Dignas, accogliendo il testo integrato, non mette in luce il tema e afferma che dall'editto si inferisce che sia i sacerdoti di Artemide sia i magistrati annuali avessero la facoltà di prendere denaro in prestito nell'interesse pubblico; il proconsole giustapporrebbe, ma non contrapporrebbe i due gruppi, poiché il suo interesse sarebbe quello di concentrarsi sulla *mala gestio* di entrambi. Apparentemente i sacerdoti avrebbero mostrato la stessa disattenzione e superficialità dei magistrati¹⁸⁸ verso le proprietà del tempio: tale lettura deriva da un testo che si è visto essere troppo ricostruito e perciò insuscettibile di fornire una sufficiente base documentale per tali tentativi di ricostruzione in fatto e in diritto della fattispecie. È dunque necessario soffermarsi a riflettere sui soggetti competenti a intervenire nella gestione patrimoniale del tempio.

In primis, si deve cercare di apprezzare l'effettività dell'autonomia del personale del

¹⁸³ Cfr. L. MIGEOTTE, *L'emprunt* cit., 379 s., ove riferimenti alle fonti in tal senso significative.

¹⁸⁴ Cfr. L. MIGEOTTE, *Le operazioni di credito* cit., 159.

¹⁸⁵ Per questi profili, cfr. V. MAROTTA, *Conflitti politici* cit., 121 ss., ove la discussione delle diverse ipotesi a proposito dei mutamenti nelle costituzioni cittadine a seguito della conquista romana e la presentazione del quadro istituzionale delle città delle province orientali; cfr. anche P.J. RHODES, D. M. LEWIS, *The Decrees of the Greek States*, Oxford 1997 (ove esempi che dimostrano come le istituzioni partecipative cittadine siano rimaste una diffusa realtà, in area greca, almeno fino al III sec. d.C.); S. DMITRIEV, *City Government in Hellenistic and Roman Asia Minor*, Oxford 2005, 289 ss.; V. GRIEB, *Hellenistische Demokratie. Politische, Organisation und Struktur in freien griechischen Poleis nach Alexander dem Großen*, Stuttgart 2008 (che mostra la vitalità delle assemblee cittadine ad Atene [pp. 42 ss.], Cos [pp. 153 ss.], Mileto [pp. 276 ss.] e Rodi [pp. 276 ss.]; N. VUJČIĆ, *Greek Popular Assemblies in the Imperial Period and the Discourses of Dio of Prusa*, in EpAn 42, 2009, 157 ss.; W. ECK, *Ämter und Verwaltungsstrukturen in Selbstverwaltungseinheiten der frühen römischen Kaiserzeit*, in T. SCHMELLER, M. EBNER, R. HOPPE (a cura di), *Neutestamentliche Ämtermodelle im Kontext*, Freiburg 2010, 9 ss.

¹⁸⁶ Cfr. G.M. ROGERS, *The Assembly of Imperial Ephesos*, in ZPE 94, 1992, 224 ss.

¹⁸⁷ Cfr. C. PICARD, *Ephèse* cit., 162 ss., 277 ss.; W. BURKERT, *Die Artemis der Ephesos: Wirkungsmacht und Gestalt einer grossen Göttin*, in H. FRIESINGER, F. KRINZINGER (a cura di), *100 Jahre Österreichische Forschungen in Ephesos. Akten des Symposiums – Wien 1995*, Wien 1999, 59 ss.; B. DIGNAS, *Economy* cit., 188 ss. (la cui ricostruzione, in buona parte, seguirò); J.N. BREMMER, *Priestly Personnel of the Ephesian Artemision: Anatolian, Persian, Greek and Roman Aspects*, in B. DIGNAS, K. TRAMPEDACH, *Practitioners of the Divine: Greek Priests and Religious Officials from Homer to Heliodorus*, Washington-Cambridge 2008, 37 ss.

¹⁸⁸ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 198.

tempio rispetto alle ingerenze esterne, che emergono dall'editto di Persico: la descrizione delle modalità di affidamento degli incarichi che si evince dal provvedimento muove a pensare che le autorità civiche, il consiglio e l'assemblea, avessero qualche margine di incidenza, potendo decidere chi sarebbe diventato sacerdote.¹⁸⁹ In età più risalente (dal V sec. a.C.) un ruolo particolare nel tempio era rivestito dal *Megabyzos*, sommo sacerdote di Artemide, con un nome persiano¹⁹⁰ e con funzioni e conseguente responsabilità anche in materia finanziaria:¹⁹¹ si è a lungo ritenuto che egli avesse ancora incarichi al tempo di Strabone, che lo menziona (14.1.23); Li Donnici sostiene, invece, che abbia rappresentato un'istituzione di breve durata, le cui origini si individuerrebbero nel periodo delle relazioni tra Efeso e Sardi, nel passaggio dal controllo persiano a quello macedone, anche perché il titolo non compare in alcuna iscrizione efesina. Dignas considera tale ricostruzione troppo speculativa e conclude che, al di là del nome, forse mutato, sia stato sempre un sommo sacerdote, forse straniero, a guidare l'*Artemision* e che, dopo il periodo classico, il tempio sia stato amministrato da un gruppo sacerdotale.¹⁹²

Le disposizioni di Persico, con i riferimenti alle cariche sacerdotali (ad es., Ia 18b, ll. 11-20; 18c, ll. 0-13; 19a IV, ll. 5-10), confermano che, nel primo principato, esisteva un collegio eletto di sacerdoti, con incarichi non necessariamente annuali, legati al tempio più strettamente rispetto ai magistrati, il cui *munus* peraltro durava solo un anno;¹⁹³ le fonti attestano diversi uffici del tempio associati alla gestione e alla rendicontazione economica.¹⁹⁴ Quanto all'erogazione dei prestiti, soccorrono alcuni elementi del cd. decreto di Mitridate, che distingue tra *Artemision* e città, personale pubblico e religioso, proprietà sacre e pubbliche, processi concernenti materie del tempio o materie pubbliche (Ia, 8, ll. 31, 33-34, 42, 44, 47). Il provvedimento menziona una classe di personale del tempio, gli ἱεροὶ λογισταί, con l'incarico di amministrare i fondi sacri e la facoltà di concedere prestiti (Ia, 8, l. 28):¹⁹⁵ costoro potevano essere un corpo di personale del tempio, forse un piccolo comitato scelto dal collegio dei sacerdoti per concedere prestiti o per la gestione economica del culto.

Pur nella difficoltà di ricostruire la strutturazione del personale sacerdotale del tempio, si può rilevare la sussistenza di una distinzione tra ἱεροὶ di Artemide e altri ἱεροὶ, i primi applicati al servizio della dea, i secondi coinvolti anche in altre vicende del tempio; proprio tra questi ultimi si può supporre la presenza di incaricati agli affari finanziari.¹⁹⁶ La notata ingerenza di organi cittadini nel tempio va considerata con equilibrio: se da un lato non si

¹⁸⁹ Cfr. *IEph.* Ia, 18b, ll. 19-20; 18c, ll. 0-13; cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 189.

¹⁹⁰ Cfr. J.N. BREMMER, *The Spelling and Meaning of the Name Megabyxos*, in *ZPE* 147, 2004, 9 s.

¹⁹¹ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 189 s., ove fonti e letteratura.

¹⁹² Cfr. L. LI DONNICI, *The Ephesian Megabyzos Priesthood and Religious Diplomacy at the End of the Classical Period*, in *Religion* 29, 1999, 201 ss.; cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 190 s.; Ach. Tat. 7.12; 7.14.6, mostra come il sacerdote di Artemide sia capo del santuario, esegua la volontà di Artemide, agisca come garante rispetto alle decisioni cittadine e sia molto rispettato dal popolo.

¹⁹³ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 191, ove letteratura e fonti.

¹⁹⁴ Cfr. R.E. OSTER, *Ephesus* cit., 1718 nt. 446, che menziona lo ἱερὸν μισθωτήριον (*IEph.* VII.1, 3050, ll. 7-8), il τοῦ ἱερωτάτου συν[ε]δρίου τὸ μισθωτήριον (*IEph.* V, 1577a, ll. 2-4), lo ἱερὸς τῆς Ἀρτέμιδος ὁ ἐπὶ τῶν παραθηκῶν (*IEph.* Ia, 27B, ll. 201-202) e la γερονσία, che controllava l'equilibrio dei fondi e la correttezza nelle restituzioni dei prestiti; cfr. J.H. OLIVER, *The Sacred Gerusia*, Baltimore 1941.

¹⁹⁵ Cfr. D. ASHERI, *Leggi greche sul problema dei debiti*, in *SCO* 18, 1969, 114 ss.; R. BOGAERT, *Epigraphica*, III. cit., 83 ss. (n. 44).

¹⁹⁶ Cfr. B. DIGNAS, *Economy* cit., 194.

può ignorare, utilizzando retrospettivamente visuali moderne, la mancanza di chiari confini tra sacro e profano che connota Efeso in quel periodo, dall'altro non si può immaginare che l'*Artemision* fosse amministrato da magistrati cittadini e che i fondi del tempio fossero parte dei fondi pubblici a disposizione della città, perché le fonti non lo consentono. Molte iscrizioni contengono un duplice riferimento distinto – alla città e al tempio – per quanto riguarda sia le strutture amministrative sia il patrimonio.¹⁹⁷ Persico, che afferma di aver agito nell'interesse della città intera (Ia, 18a, ll. 18-19), dimostra comunque consapevolezza della distinzione tra amministrazione sacra e profana e il complesso del suo intervento la presuppone. Egli usa l'espressione τὰ ἴδια χρήματα (Ia, 18b, l. 7) per i redditi di Artemide, e ciò non solo indica che le finanze del tempio formavano una categoria distinta dalle finanze pubbliche, ma anche che l'amministrazione romana ne era informata. Il proconsole, nel denunciare alcuni soggetti – avidi e privi di integrità – come responsabili per l'impoverimento del tempio, chiama questo gruppo οἱ τοῦ κοινοῦ προϊστάμενοι (Ia, 18a, ll. 8-11): si tratta verisimilmente dell'amministrazione locale,¹⁹⁸ che può influire indirettamente sul patrimonio del tempio.

L'esempio di Delo fornisce utili indicazioni sulla dialettica tempio-città: quest'ultima riceveva prestiti dal tempio (stabilendo entità e scadenza) e gli interessi maturavano solo se il denaro non fosse stato restituito nel medesimo esercizio annuale;¹⁹⁹ il rapporto tra il patrimonio del tempio e quello della città era segnato da intersezioni tali che le due casse pare rappresentassero un'unica gestione contabile.²⁰⁰ La comunità di Delo portava però un rispetto religioso verso il tempio e le sue proprietà e il santuario riceveva poi un controllo da parte di soggetti esterni – ateniesi – chiamati οἱ καθεσταμένοι ἐπὶ τὴν φυλακὴν τῶν ἱερῶν χρημάτων καὶ τῶν ἄλλων προσόδων τοῦ θεοῦ:²⁰¹ il titolo indica una sorveglianza (φυλακή) sul patrimonio del tempio, evidentemente esposto alla possibilità di distrazioni o abusi. *Mutatis mutandis*, si colgono analogie con la fattispecie emergente dall'editto di Persico, sia per i rapporti di cointeressenza tra città e tempio, sia per la protezione accordata al santuario da un soggetto esterno, il proconsole.²⁰²

¹⁹⁷ Cfr. H. ENGELMANN, *Beiträge zur ephesischen Topographie*, in ZPE 89, 1991, 275 ss., che richiama soprattutto *IEph.* III, 663 e D. KNIBBE, H. ENGELMANN, B. IPLIKCIOĞLU, *Neue Inschriften aus Ephesus XII*, in JÖAI 62, 1993, n.18; B. DIGNAS, *Economy* cit., 194 ss.

¹⁹⁸ Così B. DIGNAS, *Economy* cit., 196; F.K. DÖRNER, *Der Erlass* cit., 44 resta vago: «Geschäftstüchtige haben die vielen Freiheiten und Privilegien des Artemisions zu ihrem eigenen Vorteil ausgenutzt»; ad es., N. LEWIS, *The Roman Principate* cit., 131 (n.39) scrive: «the officers of the municipality», A.C. JOHNSON, P.R. COLEMAN-NORTON, F.C. BOURNE (a cura di), *Ancient Roman Statutes* cit., 141 (n.171) traducono: «those persons who manage the common fund»; D.C. BRAUND, *Augustus to Nero* cit., 213 (n.586) rende così: «those who lead the league».

¹⁹⁹ Cfr. C. VIAL, *Délos indépendante (314-167 avant J.-C.). Étude d'une communauté civique et de ses institutions*, Paris 1984, 92 ss. 276 ss.

²⁰⁰ Cfr. V. CHANKOWSKI, *Nouvelles recherches sur les comptes des hiéropes de Délos: des archives de l'intendance sacrée au grand livre de comptabilité*, in CRAI 157, 2013, 917 ss., che mostra come le due contabilità confluissero in un bilancio 'consolidato'.

²⁰¹ Cfr. J. TREHEUX, *L'administration financière des ἐπὶ τὰ ἱερὰ à Délos: une théorie nouvelle*, in BCH 115, 1991, 349 ss. Si danno molteplici attestazioni di interventi di sovrani ellenistici a tutela dei beni dei templi a fronte dei tentativi delle città di prevaricare l'autonomia dei santuari, appropriandosi delle entrate sacre; cfr. L. MORETTI, *Finanze della polis*, in R. BIANCHI BANDINELLI (a cura di), *La società ellenistica. Economia, diritto, religione* (Storia e civiltà dei greci 8), Milano 1977, 344; B. DIGNAS, *Economy* cit., 59 e ss., ove altra letteratura.

²⁰² Si può ricordare come Dione Crisostomo (*Or.* 31.48.54) invochi rispetto per le ricchezze del tem-

10. LE CONDOTTE CENSURATE DAL PROCONSOLE E LE CONTROMISURE.

Nella sezione dell'editto oggetto della nostra analisi, le ll. 49-50 rappresentano, come detto, una parte meno ricostruita e integrata rispetto alla l. 48 immediatamente precedente; da tali linee si viene a conoscere quale fosse la pratica adottata per rafforzare l'adempimento dell'obbligazione assunta (probabilmente) dalla città verso il tempio,²⁰³ a seguito dell'ottenimento del mutuo richiesto: fare riferimento – si specificherà a breve in quale modo – alle entrate (probabilmente) della città per assicurare la restituzione.²⁰⁴ Il proconsole, in risposta, dispone che l'importo del mutuo non possa essere superiore rispetto a quanto è restituibile entro i limiti delle entrate dell'anno in corso, mentre se qualcuno avesse costituito in pegno/*hypotheca* le entrate stimate dell'anno successivo, questi sarebbe stato personalmente responsabile e passibile di azione giudiziaria.

Il primo caso – il riferimento alle entrate dell'anno in corso – mi pare si possa considerare non tanto una garanzia – e, infatti, non si fa ricorso al campo semantico dell'*hypotheca* – quanto un'operazione concernente il bilancio della città,²⁰⁵ cioè l'individuazione di una o più poste isolate per assicurare la restituzione di quanto ricevuto in prestito e forse indicate in uno ψήφισμα deliberato dall'ἐκκλησία che, nella configurazione costituzionale delle città greche, godeva della competenza di ripartire le entrate nei vari capitoli di bilancio per l'esercizio futuro.²⁰⁶ Questo 'meccanismo' non era un *unicum* efesino:²⁰⁷ nelle fonti si fa frequente riferimento – esplicito o implicito – alle entrate dell'anno in corso.²⁰⁸ Il secondo caso merita

pio, che nel contesto si identificano con la gloria della città, senza distinzione tra il patrimonio pubblico e quello sacro, ma si deve considerare il genere letterario dell'opera e l'*intentio auctoris*; un'orazione non è un testo giuridico e a Dione interessa definire i confini non tra tempio e città, ma tra privato e pubblico.

²⁰³ R. BOGAERT, *Il commercio internazionale e le banche*, in R. BIANCHI BANDINELLI (a cura di), *La società ellenistica. Economia, diritto* cit., 398, sottolinea come i templi non prestassero se non su ipoteca. Il *Gnomon* dell'*Idios Logos* al § 73 vieta la possibilità di concedere prestiti dalle entrate del tempio su seconda ipoteca (ἱεραιτικὸς προσόδο[υ]ς οὐκ ἔξδ' ἐπιδανείζειν): anche questa disposizione segnala evidentemente la cura e la protezione dello stato di salute delle finanze dei templi; cfr. S. RICCOBONO, *Il Gnomon* cit., 59, 225.

²⁰⁴ H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 156, individua un sottostante meccanismo di indebito arricchimento da parte degli amministratori cittadini: «Offensichtlich verstanden es manche Ephesier, ihr Amt so zu führen, daß sie sogar aus einem Finanzierungsedikt einen Vorteil erzielen konnten, während die Unkosten, also die Zinsen, von der öffentlichen Hand getragen wurden».

²⁰⁵ Circa l'esistenza di un vero e proprio bilancio della città, cfr. L. MIGEOTTE, *Les finances* cit., 444 ss. (per Atene), 672 ss. (per Delo).

²⁰⁶ Cfr. L. MORETTI, *Finanze della polis* cit., 344 e ss. Si noti che – come mostra Moretti – tra le voci fondamentali del bilancio erano sempre presenti τὰ ἱερά, cioè il finanziamento di cerimonie, feste, agoni, etc. Si è già notato come sia attestato il mantenimento dell'architettura costituzionale classica delle città greche almeno nella parte iniziale del principato; cfr. V. MAROTTA, *Conflitti politici* cit., 121 ss.

²⁰⁷ L. MIGEOTTE, *L'emprunt* cit., 389: «L'engagement des revenus publics est un exemple fréquent de sûretés réelles. On le trouve non seulement dans trois souscriptions (à Chios, à Téos, et à Halicarnasse), mais dans une dizaine d'autres documents, dont la plupart rapportent des emprunts à des particuliers».

²⁰⁸ Menziono tre casi, rinviando al testo di Migeotte per altri esempi (nn. 8, 44, 49, 50, 51, 54, 55, 65, 71, 73, 79A, 80, 83, 86, 87, 90, 103, 105, 106, 118): a Chios un prestito dai cittadini alla città (IV sec. a.C.) si configura come una sottoscrizione garantita dalle entrate pubbliche (cfr. Ps.-Aristot., *Oecon.*, II 2,12; 1347-b-1348-a; L. MIGEOTTE, *L'emprunt* cit., 228 s. [n.65]); a Teos è attestata una sottoscrizione pubblica (fine IV sec. a.C.), nella quale le entrate dell'anno in corso sono destinate al rimborso del prestito (cfr. *Syll.*³ 344, l. 118; L. MIGEOTTE, *op. cit.*, 278 ss. [n.86]); ad Alicarnasso è stato rinvenuto il frammento di un decreto del III sec. a.C., che testimonia una sottoscrizione pubblica

approfondimento; Persico utilizza il linguaggio della garanzia, ricorrendo al verbo ὑποτίθημι, e perciò è necessario porsi la domanda a riguardo della configurazione, del carattere e della natura di tale 'pegno'. Due fattispecie, con alcuni profili di contiguità nelle dinamiche funzionali dei prestiti e delle garanzie, possono essere di prodromico aiuto.

In un decreto del δῆμος di Olimos (SEG II [1925], n. 565; I sec. a. C.) si delibera l'acquisto di terreni, che sarebbero andati a integrare il patrimonio del tempio, e si richiede un mutuo di denaro, del quale è promessa la restituzione attraverso i proventi – previsti per gli anni successivi – dei canoni di locazione dei terreni oggetto della compravendita.²⁰⁹ In un decreto onorifico di Olbia²¹⁰ (III-II sec. a.C.) si incontra l'unico caso, in atti siffatti, in cui un soggetto presti denaro alla città, su garanzia delle entrate future della città stessa: πρόθεσιν ἐποιήσατο ἐπὶ ταῖς μελλούσαις | προσόδοις (Syll.³ 495, 41-42). La particolarità di questa fattispecie, emergente anche nel caso efesino, è che non sono costituite in garanzia fonti di reddito certo²¹¹ – il caso di Olimos mi pare sul crinale, perché si tratta comunque di un fondo non ancora entrato nel patrimonio del mutuatario, benché l'operazione sia volta a tale ingresso – ma aspettative di reddito basate su assunzioni ipotetiche.

Migeotte ritiene che le città 'impegnassero' di frequente le proprie entrate, dalle quali così attingevano per onorare i propri debiti; tuttavia, non constando sufficienti elementi documentali sulle modalità di tali 'impegni', alcuni autori – non spiegandosi come i creditori avrebbero potuto avere effettiva soddisfazione da queste previsioni – attenuano portata e valore di tali forme di garanzia dell'adempimento delle obbligazioni.²¹² Si tratterebbe semplicemente di un 'mécanisme budgétaire', con cui si isolano certe entrate, finalizzandole al rimborso di certi debiti, e non di un'effettiva garanzia che attribuisca al creditore la pretesa di procedere giudiziariamente contro la città nel caso di inadempimento. Migeotte mostra di seguire tale interpretazione e afferma che il creditore non sarebbe comunque rimasto senza tutela, perché – pur non potendo aggredire direttamente le entrate cittadine (πρόσοδοι) – avrebbe avuto titolo per rivalersi sulle fonti di queste (πόροι).

L'analisi di Migeotte consente di cogliere meglio le dinamiche delle operazioni finanziarie in questione, ma non considera che nell'editto di Persico si ricorre al linguaggio del pegno/*hypotheca*, con ciò richiamando, almeno per analogia, la disciplina giuridica di tale istituto; inoltre, questa lettura soffre il limite di non mostrare adeguatamente il rapporto di

per la costruzione di un portico e prevede una serie di garanzie sulle entrate pubbliche (cfr. OGIS 46; L. MIGEOTTE, *Ivi*, 322 ss. [n.103]).

²⁰⁹ Anche in questo caso non si usa il linguaggio dell'ipoteca; cfr. L. MIGEOTTE, *L'emprunt cit.*, 326 ss. (n.105).

²¹⁰ Per il testo e il commento al decreto, cfr. L. MIGEOTTE, *L'emprunt cit.*, 133 ss. (n.44).

²¹¹ Per la presentazione di casi di garanzie su beni pubblici individuati, cfr. L. MIGEOTTE, *Engagement et saisie de biens publics dans les cités grecques*, in *Mélanges d'études anciennes offerts à M. Lebel*, Québec 1980, 161 ss. (= ID., *Économie et finances*, I. cit., 49 ss.

²¹² Cfr. L. MIGEOTTE, *L'emprunt cit.*, 396; Migeotte menziona M.I. FINLEY, *Studies in Land and Credit in Ancient Athens, 500-200 B.C. The Horos-Inscriptions*, New Brunswick 1951, che, studiando la situazione di Atene in età classica, in ragione dell'assenza della menzione della città nelle pietre ipotecarie (ῥοι), si mostrava scettico quanto al fatto che Atene potesse atteggiarsi come debitore suscettibile di subire un pignoramento su beni pubblici, ritenendo fosse non una garanzia pubblica ma un isolamento di una posta di bilancio: «in reality a budgeting device whereby certain revenues are earmarked in advance, rather than a true illustration of legal security» (p. 279 nt. 18); così anche A.R.W. HARRISON, *The Law of Athens*, I. *The Family and Property*, Oxford 1968, 263. La posizione di Finley muove da una conoscenza allora poco sviluppata delle dinamiche del debito pubblico delle città greche, che poi sono state illuminate dagli studi di Migeotte e di Andreau.

tensione tra queste pratiche e la *mens* giuridica romana. Si cercherà a breve di mettere in rilievo questi due profili, dopo aver presentato la lettura recentemente proposta da Chankowski,²¹³ la quale, per chiarire meglio le disposizioni di Persico invoca l'esempio di una sottoscrizione pubblica attestata a Lindo nell'anno 22 a.C. (*ILind.* II 419). Tale sottoscrizione è disposta da un decreto, che prevede la costituzione di un deposito (*παρακαταθήκη*) presso il tempio, finanziato da contribuzioni e da altre fonti, per rappresentare una base sicura a sostegno delle attività cultuali in onore della patrona Atena, così da supplire a eventuali crisi di liquidità, che renderebbero arduo agli ἄρχοντες l'adempimento degli obblighi religiosi.

Il decreto, alla l. 5, individua nell'imprevisto ritardo nelle entrate dei lindiani la motivazione dell'insorgente bisogno di attingere da tale fondo di riserva. Chankowski ritiene sottostare a tale meccanismo una dinamica simile a quella che motiva l'intervento di Persico: la presenza di mutui del tempio a favore della città – garantiti 'impegnando' le entrate della città stessa – rispetto ai quali si soffre un ritardo nella restituzione. A me non sembra che le fonti documentali suffraghino l'affermazione di un rapporto di analogia tra le due fattispecie, giacché nel caso efesino non si fa cenno a costituzione di depositi con destinazioni di scopo, mentre si può concordare con Chankowski, laddove riconosce nell'intervento del proconsole il segno della volontà romana di limitare l'incertezza di un sistema di *deficit*, alimentato dalla previsione di garanzie su proventi futuri.

Con tale rilievo emerge un elemento forse decisivo per la comprensione dell'intervento di Persico sui pegni: Migeotte mostra la continuità dei principii e delle strutture dell'organizzazione finanziaria delle città greche dall'epoca ellenistica al primo principato, in un contesto di rispetto della diversificata situazione attestata nei diversi casi.²¹⁴ Dalle fonti coeve delle province orientali emerge come da un lato siano rispettate istituzioni e strutture di periodi precedenti, quando non era mancata creatività e competenza nell'organizzazione amministrativa e finanziaria; dall'altro lato l'intervento romano è penetrante, e guidato talvolta da principii differenti rispetto a quelli che informano le prassi greche.²¹⁵ Chankowski individua un segno di tale intervento, con motivazioni 'romane' e non 'greche', nelle disposizioni che vincolano poste di bilancio a finalità specifiche, secondo una *mens* giuridica che non era propria dell'amministrazione ellenistica. Un esempio si incontra anche nell'editto di Persico nelle linee immediatamente successive a quelle qui considerate, ove si dispone che i beni lasciati alla città o a un'associazione, con vincolo di destinazione, non siano altrimenti allocabili in forza di diversi impegni di spesa:²¹⁶ è evidente un'analogia di tendenza con l'affermazione del principio dell'inconvertibilità del *modus* che accede a un legato a favore di una *civitas*,²¹⁷ principio vigente già al tempo di Tiberio (Suet. *Tib.* 31) e riflesso in D. 50.8.1.²¹⁸

²¹³ Cfr. V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources* cit., 122 ss. Cfr. anche L. MIGEOTTE, *Les souscriptions* cit., 125 ss. (n.41), ove altra letteratura.

²¹⁴ Per una sintesi, cfr. L. MIGEOTTE, *Les finances* cit., 15. Si noti il significativo parallelismo tra la tendenziale continuità, più volte richiamata, delle strutture istituzionali e la – parimenti tendenziale – continuità di queste pratiche economico-finanziarie.

²¹⁵ Lo studio di questi due profili è l'oggetto dell'articolo di V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources* cit.

²¹⁶ Cfr. IEph. Ia, 17, ll. 51-52; per lo studio di questo e di altri casi, V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources* cit., 106 e ss.

²¹⁷ Per uno studio di un legato a favore di una *civitas*, con valutazione della relativa disciplina, cfr. F. COSTABILE, *Il legato testamentario di Cecilio Cilone ai municipes di Como e il iussus di adempimento agli eredi: nuova esegesi giuridica*, in MEP 19 (2016) 69 ss.

²¹⁸ D. 50.8.1 (Ulp. 10 disp.): *Quod ad certam speciem civitatis relinquitur, in alios usus convertere non licet*; cfr. F. MESSINA VITRANO, *La convertibilità del modo eretto su legato o fedecommesso nel diritto romano classico e*

Un ultimo rilievo: il debito pubblico era diffuso nelle città greche della fine dell'età ellenistica, come ha dimostrato Andreau nella sua più recente produzione scientifica,²¹⁹ ed era guardato con sospetto dall'autorità romana.²²⁰ A me pare che anche l'intervento di Persico sia il prodotto di questo incontro di diverse mentalità; se ne ha prova luegggiando alcuni tratti della disciplina della fattispecie giuridica maggiormente suscettibile di confronto con quella incontrata nell'editto: il pegno di cosa futura.

11. CONTATTI E RELAZIONI CON LA DISCIPLINA DEL PEGNO DI COSA FUTURA.

La disciplina del pegno di cosa futura emerge da fonti successive rispetto al contesto dell'editto di Persico, le quali però restituiscono principii giuridici consolidati nel tempo. Il punto di tensione con la *mens* 'greca' si coglie fin dall'assunto fondamentale che presiede alla possibilità di costituire alcunché in pegno: è costante l'assunto secondo il quale oggetto del pegno possa essere ogni cosa corporale purché *in bonis* (nel periodo postclassico in 'proprietà') dell'oppignorante al momento della costituzione del pegno (D. 20.1.15.1; D. 20.1.3 pr.), requisito che si riflette anche nella formula dell'*actio Serviana*.²²¹ Infatti, se l'oggetto fosse entrato *in bonis* successivamente alla costituzione, il creditore sarebbe stato tutelato da *actio (pigneraticia in rem) utilis*.²²² È il principio che soggiace alla disciplina del pegno di cosa futura (e di cosa altrui)²²³ e la informa:

D. 20.4.11.3 (Gai. *lib. sing. de form. hyp.*): *Si de futura re convenerit, ut hypothecae sit, sicuti est de partu, hoc quaeritur, an ancilla conventionis tempore in bonis fuit debitoris: et in fructibus, si convenit ut sint pignori, aequae quaeritur, an fundus vel ius utendi fruendi conventionis²²⁴ tempore fuerit debitoris.*²²⁵

giustiniano, in *Studi in onore di S. Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, III, Palermo 1936, 108; V. GIUFFRÉ, *L'utilizzazione degli atti giuridici mediante 'conversione' in diritto romano*, Napoli 1965, 351 ss.; D. JOHNSTON, *Munificence and Municipia: Bequests to Towns in Classical Roman Law*, in JRS 75, 1985, 105 e ss.

²¹⁹ Cfr. J. ANDREAU, *Existait-il une dette publique dans l'Antiquité romaine?*, in J. ANDREAU, G. BEAUR, J.-Y. GRENIER, *La Dette* cit., 101 ss. Si noti l'evoluzione del pensiero di Andreau rispetto alle sue posizioni precedenti in cui negava la sussistenza di un debito pubblico nelle città antiche; ad es. in *Banque et affaires dans le monde romain (IV^e siècle av. J.-C. – III^e siècle ap. J.-C.)*, Paris 2001, 205 ss.

²²⁰ V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources* cit., 121, ricorda i sottostanti presupposti culturali influenzati dallo stoicismo, che prediligono una più sicura autosussistenza delle città.

²²¹ Cfr. O. LENEL, *EP*⁸, 493 e ss. (§ 267); sulla formula dell'*actio Serviana* cfr., di recente, F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum. Le origini. L'interdictum Salvianum*, Torino 2017, 139 ss.; B. SIRKS, *Die Bedeutung von in bonis in der actio Serviana*, in ZSS 136, 2019, 84 ss.

²²² Cfr. D. 20.1.1 pr.; D. 13.7.41; D. 20.1.22; C. 8.15[16] 5; cfr. A. BURDESE, v. 'Pegno (dir. rom)', in *Enc. Dir.* 32, Milano 1982, 667. H. ANKUM, *Le droit romain classique a-t-il connu un droit de pignus relatif?*, in TR 53 (1985) 275 ss., nega con chiarezza, anche a fronte di diverse opinioni, la sufficienza, per la costituzione del pegno, del possesso o della detenzione di *res aliena*.

²²³ Cfr. E. VOLTERRA, *Osservazioni sul pegno di cosa altrui in diritto romano*, Roma 1930, 11 ss.; F.B.J. WUBBE, *Res aliena pignori data. De verpanding van andermans zaak in het klassieke romeinse recht*, Leiden 1960, 266; M. KASER, *In bonis esse*, in ZSS 78, 1961, 197 ss.; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni (Corso di diritto romano)*, II. *Le garanzie reali*, Padova 1963, 330 e ss.

²²⁴ Per l'uso gaiano di *conventio* cfr. G. ROMANO, *Conventio e consensus. (A proposito di Ulp. 4 ad ed. D.2.14.1.3)*, in AUPA 48, 2003, 257 s.

²²⁵ Su eventuali interventi manipolativi cfr. R. MENTXAKA, *La pignoracion de colectividades en el derecho romano clasico*, Bilbao 1986, 173 ss.

Il passo gaiano si colloca nel contesto ove è disciplinata la questione del grado dei pegni concorrenti (D. 20.4) e l'*in bonis esse* dell'oggetto principale al momento della *conventio* è qui determinante per le valutazioni riguardanti il concorso dei pegni. Da D. 20.4.11.3 si deduce che un pegno sorge, con un certo grado, se colui che lo ha costituito fosse stato proprietario o almeno usufruttuario²²⁶ (nel caso dei frutti, non in quello del parto) della *res fruttifera*²²⁷ al momento della *conventio*: se la costituzione in pegno di una cosa futura fosse stata efficace, la classificazione dei gradi si sarebbe basata sulla data della *conventio*.²²⁸ È legittimo chiedersi se la menzione del *partus* e dei *fructus* sia tassativa o esemplificativa: il tenore testuale (*'sicuti est de...'*) e il contesto del frammento (che non riguarda questo genere di cose fruttifere) mi muove a propendere per la seconda soluzione e a ritenere che si potessero ipotizzare altri casi di cose future costituite in pegno, purché derivanti da fonti sulle quali l'oppignorante avesse un diritto che giustificasse l'aspettativa sul bene futuro.

Nell'ultimo studio dedicato *ex professo* al tema,²²⁹ Löffelmann dimostra come anche un altro frammento, che sembrerebbe contenere una previsione meno rigida, vada interpretato al lume dello stesso principio:

D. 20.1.15 pr. (Gai. *lib. sing. de form. hyp.*): *Et quae nondum sunt, futura tamen sunt, hypothecae dari possunt, ut fructus pendentes, partus ancillae, fetus pecorum et ea quae nascuntur sint hypothecae obligata: idque servandum est, sive dominus fundi convenerit aut de usu fructu aut de his quae nascuntur sive is, qui usum fructum habet, sicut Iulianus scribit.*

Löffelmann interpreta il passo²³⁰ in modo piuttosto restrittivo: quando si ammette la costituzione di pegno su cosa futura, tale garanzia comunque sorge solo nel momento in

²²⁶ Si discute se *'ius utendi fruendi'* (locuzione contenuta in un inciso stentato sul piano sintattico) indichi solo l'usufrutto o anche il contratto di locazione, che attribuisce l'*uti frui licere*; per la seconda possibilità cfr. A. CARCATERRA, *Il pegno delle cose future* cit., 131; P. FREZZA, *Le garanzie* II cit., 154, R. MENTXAKA, *La pignoration* cit., 175 s. Nell'economia della disciplina del pegno di cosa futura mi pare che si accordi meglio limitare la possibilità al solo usufrutto, che dal linguaggio di Gaio sembra espressamente richiamato.

²²⁷ R. MENTXAKA, *La pignoration* cit., 175, indica una differenza: nel caso del *partus ancillae* sarebbe necessario che la schiava sia *in bonis* al momento della *conventio*, mentre nel caso dei frutti «los requisitos son diferentes; lógicamente no se exige al deudor que tuveria los frutos *in bonis* en el momento de la *conventio*, ya que los frutos no existían en el momento del acuerdo de prenda. En cambio, lo que sí existía era la cosa madre, el fundo. Por ello lo que se exigía era que el *fundus* perteneciera al deudor en el momento de la *conventio pignoris*». A me pare che quello che rileva sia che, in entrambi i casi, la cosa fruttifera debba essere presente nel patrimonio del debitore al momento dell'accordo. Non si può condividere l'opinione di S. ROMANO, *Appunti sul pegno dei frutti nel diritto romano*, Padova 1931, 11 s., secondo cui l'unico requisito per la validità del pegno sarebbe stato che il pignorante fosse proprietario al momento della separazione, incidendo la proprietà e l'usufrutto al momento della *conventio* solo per gli effetti del rapporto, e cioè per la determinazione della retroattività o meno del vincolo.

²²⁸ Cfr. A. LÖFFELMANN, *Pfandrecht* cit., 85 ss., 137 ss.

²²⁹ Su questo studio condivido un'annotazione di F. LAMBERTI, in A. GUARINO (a cura di), *Tagliacarte*, in Labeo 44, 1997, 306 s., la quale rileva una mancanza di sufficiente distinzione fra l'ipotesi di estensione del vincolo ai frutti e ai parti di una *res* fruttifera che fosse già oggetto di pegno (D. 20.1.2; Paul.Sent. 2.5.2 e C.I. 8.14[15].3) e quella di costituzione della garanzia reale indipendentemente dall'esistenza di un vincolo sulla cosa madre (D. 20.1.15 pr.; D. 20.4.11.3). Löffelmann mostra come la regola dell'inerenza del bene al patrimonio del debitore al momento della *conventio pignoris* si estenda anche alla seconda ipotesi; tale profilo avrebbe meritato maggiore approfondimento.

²³⁰ Per le possibili manipolazioni del frammento, cfr. R. MENTXAKA, *La pignoration* cit., 169 ss.

cui la *res* venga a esistenza ed entri effettivamente a far parte del patrimonio del debitore.²³¹ si tratta di una sorta di *condicio iuris* e, nel tempo che precede il verificarsi degli eventi in essa dedotti, il negozio è in condizione di pendenza.²³² Fino al momento dell'effettiva costituzione, infatti, il creditore non godrebbe neppure di un'aspettativa di diritto in ordine alla formazione stessa della garanzia reale. Tale accordo, prima della costituzione, sarebbe stato rilevante soltanto per regolare ipotesi di concorso fra creditori pignoratizi, quanto alla determinazione del loro grado.²³³

Questi due frammenti sono quelli più significativi per apprezzare la disciplina di una fattispecie vicina a quella che viene in rilievo nel caso efesino, giacché il pegno di frutti, di parti e di altre cose future si configura come convenzione autonoma, cioè non derivata dal pegno costituito sulla cosa madre. Il principio si riconosce anche in un frammento di Paolo sul *partus ancillae*, in cui la *conventio pignoris* non riguarda direttamente il *partus* futuro, ma la schiava, e la questione che si pone investe il destino giuridico del *partus* al momento della nascita:

D. 20.1.29.1 (Paul. 5 resp.): *Si mancipia in causam pignoris ceciderunt, ea quoque, quae ex his nata sunt, eodem iure habenda sunt. Quod tamen diximus etiam adgnata teneri, sive specialiter de his convenerit sive non, ita procedit, si dominium eorum ad eum pervenit qui obligavit vel heredem eius: ceterum si apud alium dominum pepererint, non erunt obligata.*

Frezza²³⁴ espunge 'sive specialiter de his convenerit sive non', considerandola un'intrusione glossematica e ritiene che la fattispecie riguardi una *conventio generalis* di pegno, per la quale richiama D. 20.1.1 pr.: il passo non tratterebbe un pegno speciale sui *mancipia*, bensì un vincolo generale su un complesso di cose; ciò spiegherebbe perché l'*ancilla* possa essere alienata e così sfuggire, in prospettiva insieme al suo *partus*, al vincolo pignoratizio. Di Iulius propone di considerare 'de his' riferentesi agli *adgnata*, supponendo che si rinvii alla convenzione di garanzia sul *partus* (come in D. 20.4.11.3) e non all'oppignoramento della madre.²³⁵ Tale soluzione mi sembra ragionevole e salva la lettera del testo di Paolo;²³⁶

²³¹ È l'opinione già di A. CARCATERRA, *Il pegno delle cose future* cit., 123 ss. e di R. MENTXAKA, *La pignoration* cit., 173.

²³² Cfr. G. LA PIRA, *La struttura classica della 'conventio pignoris'*, in *Studi Senesi* 47, 1933, 78 ss. (= *La fondazione romanistica. Scritti di storia e di diritto romano* [a cura di P. GIUNTI], Firenze 2019, 248 ss.).

²³³ Cfr. A. LÖFFELMANN, *Pfandrecht* cit., 90 ss., ove letteratura. A proposito dei due testi appena discussi, molto chiare erano già le osservazioni di Carcaterra: «Il pegno dei frutti futuri, sia pure nei confronti del *dominus* creditore, non è mai considerato dalle fonti come un pegno di cosa altrui, ma come un pegno di una cosa su cui il debitore ha una giuridica, legittima aspettativa, pegno tuttavia, che produrrà tutti i suoi effetti solo se i frutti, con la separazione, cadranno in proprietà dell'oppignorante»; cfr. CARCATERRA, *Il pegno delle cose future* cit., 139.

²³⁴ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II cit., 152 ss.

²³⁵ Cfr. F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum* cit., 220 s. nt. 181.

²³⁶ Di recente, V. DI NISIO, *Partus vel fructus. Aspetti giuridici della filiazione ex ancilla*, Napoli 2017, 94, afferma – sulla scia di M. KASER, *Partus ancillae*, in *ZSS* 88, 1958, 188 ss. – che il secondo periodo del frammento sia interpolato e che perciò sia da attribuire ai giustinianeî la modifica della disciplina dell'estensione del pegno al *partus*, con la previsione della necessità di un accordo, anche generico, tra le parti. Tuttavia, l'ipotesi di interpolazione si può considerare non necessaria suggerendo un altro sviluppo della disciplina, come si vedrà a breve. Nell'affrontare la disciplina del pegno del *partus ancillae*, Di Nisio non tratta comunque del suo rapporto con il pegno di cosa futura.

tuttavia, mi pare che si possa conservare anche l'ipotesi di *conventio generalis*, suggerita da Frezza, rispetto alla quale poteva esserci la possibilità di casi di accordi specifici sui parti, proprio in ragione dei dubbi sulla loro condizione giuridica.

Sono questi dubbi, che portano a precisare la disciplina: secondo Paolo, infatti, perché i nati dalla schiava oppignorata possano cadere in pegno non è sufficiente che ella sia *in bonis* del debitore al momento della *conventio* (probabilmente *generalis*), ma – come si evince dall'ultima frase – deve esserlo al momento della separazione, mentre, se avrà partorito sotto altro *dominus*, i nati non saranno vincolati in pegno. Ciò impone di ritenere che, prima della separazione, non solo non vi sia alcun pegno, ma neanche un'aspettativa di diritto alla costituzione del pegno medesimo. È nel momento in cui viene a esistere l'oggetto da oppignorarsi che debbono essere rispettati i requisiti necessari.²³⁷

Il fatto che le questioni sulla condizione giuridica di frutti e parti fossero controverse si coglie dalla necessità di intervenire che Alessandro Severo ravvisa, nello stesso periodo dell'attività di Paolo:²³⁸

C. 8.14 (15).3 (Alex. Sev., a. 223): *Quamvis fructus pignori datorum praediorum, etsi id aperte non sit expressum, et ipsi pignori credantur tacita pactione esse, praedia tamen, quae emuntur ex fructuum pretio, ad eandem causam venire nulli prudentium placuit.*

In forza del provvedimento imperiale, i frutti²³⁹ si intendono in ogni caso cadere nel vincolo pignoratizio *tacita pactione*.²⁴⁰ Secondo Frezza, tale regime è sconosciuto a Paolo e introdotto dai giustinianei:²⁴¹ a suffragio di ciò, lo studioso ricorda Paul. Sent. 2.5.2 (*Fetus vel partus eius rei quae pignori data est pignoris iure non tenetur, nisi hoc inter contrahentes convenerit*)²⁴² e l'analoga previsione di D. 20.1.1.2 (Pap. 11 *resp.*) nel caso dei frutti del

²³⁷ Cfr. A. LÖFFELMANN, *Pfandrecht* cit., 78 ss., 147, ove altra letteratura.

²³⁸ Per uno studio recente sulla biografia del giurista, cfr. I. PONTORIERO, *Una biografia 'enigmatica'*, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO (a cura di), *Iulius Paulus. Ad Edictum libri I-III*, Roma 2018, 3 ss.

²³⁹ J.J. BACHOFEN, *Das römische Pfandrecht*, Basel 1847, 146, intendeva con frutti solo i prodotti agricoli e non i nati degli animali, ma tale distinzione non appare giustificata, né ricavabile dalle fonti; cfr. S. ROMANO, *Appunti sul pegno* cit., 10; V. DI NISIO, *Partus vel fructus* cit., 89 s.

²⁴⁰ P. FREZZA, *Le garanzie*, II cit., 151, interpreta *tacita pactione* con il valore di «per una norma dell'ordinamento», ma si potrebbe anche ritenere che abbia il più immediato significato di «senza una *conventio specialis*».

²⁴¹ Cfr. P. FREZZA, *Le garanzie*, II cit., 151.

²⁴² Non condivido, in parte, quanto afferma V. DI NISIO, *Partus vel fructus* cit., 94 ss. Ella anzitutto ricorda l'ipotesi di S. ROMANO, *Appunti sul pegno* cit., 32, che sostiene che il testo si riferirebbe solo ai parti degli animali e che perciò '*vel partus*' si debba considerare una glossa, perché solo con Giustiniano la necessità di una convenzione specifica a proposito del *partus ancillae* sarebbe stata sostituita alla costituzione *ex lege* del pegno. Condivisibilmente Di Nisio non concorda con Romano su tale punto, tuttavia ella afferma che la previsione di Paul. Sent. 2.5.2 si collegherebbe con la *sententia Bruti* sul *partus ancillae* come distinto dai frutti. Di Nisio scrive: «Nel caso specifico mi sembra ovvio non attribuire al creditore ulteriori beni che moltiplicherebbero il valore di quanto vincolato dal pegno. Diversamente, in età giustinianea si sarebbe considerato, in senso ancora più vantaggioso per i *partus*, che questi ultimi non necessariamente dovessero seguire la condizione materna, ma potevano essere oggetto di vincolo pignoratizio solo previo accordo tra le parti». A mio parere, la necessità dell'accordo tra le parti è classica ed è quella che emerge da Paul. Sent. 2.5.2: segni dell'evoluzione verso una diversa disciplina, che preveda che i *partus* seguano la situazione giuri-

praedium: perché il vincolo si possa estendere ai frutti e ai parti occorre un'espressa *conventio*. Anche secondo il dettato di D. 20.4.11.3, come si è visto, il pegno dei frutti abbisogna di un accordo espresso per costituirsi, invece in base a D. 20.1.26.2 (Mod. 7 *diff.*)²⁴³ e D. 40.5.26.2 (Ulp. 5 *fideic.*) il nato dalla schiava costituita in pegno cade nella stessa condizione giuridica della madre.²⁴⁴

Quest'ultima è la disciplina che si trova in un altro passo di Paolo²⁴⁵ e in un'altra costituzione di Alessandro Severo (del 230 d.C.):

D. 13.7.18.2 (Paul 29 *ad ed.*): *Si fundus pigneratus venierit, manere causam pignoris, quia cum sua causa fundus transeat: sicut in partu ancillae, qui post venditionem natus sit.*

C. 8.24 (25).1 (Alex. Sev., a. 230): *Partus pigneratae ancillae in pari causa qua mater esse olim placuit.*

Come spiegare l'evoluzione? Mentxaka²⁴⁶ individua queste tappe: all'epoca di Gaio (D. 20.4.11.3) il pegno dei frutti si costituiva per accordo espresso, mentre Alessandro Severo dispone che, per l'estensione della garanzia ai frutti venuti in essere, l'accordo espresso non

dica della madre, mi sembra si possa riconoscere nelle costituzioni di Alessandro Severo, che a breve saranno menzionate. Inoltre, la *ratio* della necessaria pattuizione individuata nella motivazione, di ordine economico, di non attribuire al creditore un eccessivo aumento di valore del suo pegno non sembra del tutto convincente – come nota R. CARDILLI, *Partus vel fructus: economia, società e diritto*, in Index 46 (2018) 292 – in quanto non si spiega perché essa si applicherebbe nel caso dei *partus* e dei *fetus* e non dei *fructus*.

²⁴³ D. 20.1.26.2 (Mod 4 *resp.*): *Lucius Titius praedia et mancipia quae in praediis erant obligavit: heres eius praediis inter se divisus illis mancipiis defunctis alia substituerunt: creditor postea praedia cum mancipiis distraxit. Quaeritur, an ipsa mancipia, quae sunt modo in praediis constituta, hoc est in hypothecis, emptor vindicare recte possit. Modestinus respondit, si neque pignerata sunt ipsa mancipia neque ex pigneratis ancillis nata, minime creditoribus obligata esse.* Dunque, il pegno non si estende sugli schiavi che gli eredi del debitore pignoratorio (che aveva vincolato *praedia* e *mancipia*) abbiano sostituito, portandoli sui fondi oppignorati, a quelli morti, perciò colui che abbia acquistato i *praedia* dal creditore pignoratorio non può rivendicare anche gli schiavi destinati ai *praedia* in sostituzione dei precedenti, a meno che non siano stati espressamente costituiti in pegno; invece, il pegno si estende sui nati delle schiave oppignorate. Mi sembra un'ulteriore conferma del principio del rapporto tra il bene oppignorato o la *res* fruttifera e il patrimonio del debitore al momento della costituzione del pegno. V. DI NISIO, *Partus vel fructus* cit., 90, interpreta il caso dei nati da *ancillae* oppignorate come eccezione rispetto alla regola espressa da Modestino sui *mancipia* portati in sostituzione sui fondi; a parer mio, non si può propriamente parlare di eccezione, giacché si tratta di situazioni giuridiche differenti: la differenza si individua nel fatto che gli schiavi sostituiti non erano presenti sui *praedia* oppignorati al momento della costituzione in pegno e si possono considerare una 'cosa futura' senza legame con il bene oppignorato, mentre i *partus* nascono da *ancillae* già oppignorate.

²⁴⁴ Ulpiano (D. 40.5.26.2) presenta il caso di un fedecomesso di libertà a favore di una schiava oppignorata: a seguito dell'adempimento del debito al creditore, gli eredi del creditore non possono opporsi alla liberazione degli *infantes* nati dall'*ancilla* successivamente al pagamento; cfr. V. DI NISIO, *Partus vel fructus* cit., 91, ove altra letteratura; R. CARDILLI, *Partus vel fructus* cit., 291.

²⁴⁵ V. DI NISIO, *Partus vel fructus* cit., 92, considera la disciplina di D. 13.7.18.2 una sorta di 'garanzia per il creditore' alla luce dei rischi del parto: il creditore, in caso di morte della madre, avrebbe avuto comunque il pegno sul nato. La condivisibile osservazione si può precisare, affermando che più che di una 'garanzia' in sé, si tratti di un'estensione o rafforzamento della già esistente garanzia per il creditore, giacché essa già consiste nel pegno sull'*ancilla*.

²⁴⁶ Cfr. R. MENTXAKA, *La pignoracion* cit., 190

sia necessario. Kaser,²⁴⁷ invece, rileva un mutamento di opinioni di Paolo, passato da quanto sosteneva in D. 13.7.18.2²⁴⁸ a quanto afferma in D. 20.1.29.1. Anche Albanese²⁴⁹ suppone che l'evoluzione si sarebbe mossa dai postulati classici, per cui il *partus* è considerato alla stregua di un *fructus* (che perciò, data in pegno la schiava, sarebbe anch'esso oppignorato alla nascita), alla disciplina individuabile nelle Paul. Sent. e in D. 20.1.1.2, che richiedono un patto esplicito, e in D. 20.1.29.1, che limita l'estensibilità del pegno. Sanna e De Iuliis, sulla scia di Kaser, ravvisano la causa del mutato indirizzo paolino in ragioni socio-economiche: l'impovertimento diffuso dopo la *constitutio Antoniniana* avrebbe spinto a limitare la possibilità di un tacito oppignoramento dei frutti della cosa madre.²⁵⁰

A me pare che il percorso del pensiero di Paolo si possa in realtà considerare contrario e che il punto di partenza sia la disciplina più stringente, che limita i casi di estensione del pegno; tale disciplina è riflessa in D. 20.1.29, si trova nel frammento gaiano (D. 20.4.11.3) e soprattutto si coglie dalle *Pauli Sententiae*, che anche in questo caso, come in altri, mi sembra possano consegnarci elementi del pensiero originale del giurista.²⁵¹ È a seguito delle due costituzioni imperiali che, a mio sommosso parere, Paolo addivene, nel commento *ad edictum*, con parole peraltro assai scarse e senza una particolare argomentazione, a mostrare di aderire a quanto disposto autoritativamente da Alessandro Severo.²⁵² D. 20.1.29 e Paul. Sent. 2.5.2 sarebbero segno di una tradizione giuridica più antica rispetto a quella espressa nelle costituzioni imperiali e alla quale Paolo si dimostra fedele, secondo quell'approccio piuttosto 'conservatore' che sembra, in generale, connotarlo.²⁵³

Nella disciplina sancita dalle costituzioni di Alessandro Severo, parti e frutti seguono, quanto alla loro condizione giuridica, il destino della cosa fruttifera, e con ciò si conferma, in ogni caso, la già osservata necessità del particolare legame giuridico tra colui che costituisce in pegno e la cosa fruttifera. Si noti anche la differenza rispetto alle norme sull'usufrutto: mentre nel caso del pegno la disciplina per *fructus* e *partus* è la stessa, non è così nel caso dell'usufrutto, per il quale i giuristi si erano posti la domanda se i nati della schiava fossero considerati frutti, addivenendo – con la prevalenza dell'opinione di Giunio Bruto

²⁴⁷ Cfr. M. KASER, *Studien zum römisches Pfandrecht*, Napoli 1982, 46 ss., 152 nt. 85, 87.

²⁴⁸ Opportunamente R. CARDILLI, *Partus vel fructus* cit., 291, precisa che D. 13.7.18.2 si riferisce alla vendita da parte del debitore del bene oppignorato, che conserva – in ragione della natura *erga omnes* della garanzia – il vincolo pignoratizio anche presso il terzo acquirente.

²⁴⁹ Cfr. B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 164 nt. 728.

²⁵⁰ Cfr. M. KASER, *Partus ancillae* cit., 191 s.; M.V. SANNA, *Partus ancillae, Fetus pecudis e il principio del commodum*, in TSDP 5, 2012, 5s., 6 nt. 10; F. DE IULIIS, *Studi sul pignus conventum* cit., 220 s. nt. 181.

²⁵¹ Per un'interpretazione recente delle Paul. Sent. che non le considera un prodotto tardivo, ma una rilevante fonte in cui si riconosce la presenza di materiale paolino, cfr. I. RUGGIERO, *Ricerche sulle Pauli Sententiae*, Milano 2017, 47 ss., 124 ss., 441 ss. V. DI NISIO, *Partus vel fructus* cit., 95 s., sostiene (*contra* S. ROMANO, *Appunti sul pegno* cit., 29 ss.) la non diretta ascrivibilità del passo al pensiero di Paolo e reputa tale disciplina prodotto dell'evoluzione giustiniana: mi pare che gli argomenti qui presentati possano suffragare una differente ricostruzione.

²⁵² V. DI NISIO, *Partus vel fructus* cit., 92 nt. 82, ritiene che il tenore della costituzione, con l'uso di *olim* e del verbo al perfetto *placuit*, muova a pensare che Alessandro Severo abbia modificato il regime e che a ciò si facesse riferimento in una parte non conservata del provvedimento.

²⁵³ Per un primo approccio al tema della fedeltà di Paolo con la tradizione giuridica che lo precede, cfr. G. LUCHETTI, *Paolo e i commentari edituali di epoca severiana: il legame con il passato*, in G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO (a cura di), *Iulius Paulus* cit., 37 ss.

rispetto a quelle di P. Scevola e Manilio (Cic., *De fin.* I 4.12) – alla risposta negativa.²⁵⁴ Il maggiore grado di stabilità del vincolo pignoratizio, rispetto a quello dell'usufrutto, che emerge da questo confronto, può essere, a mio avviso, un'ulteriore ragione per motivare il più volte segnalato legame tra oppignorante e *res* fruttifera.

In questa prospettiva può essere utilmente richiamato un frammento sulla possibilità di un *pignus tabernae*:

D. 20.1.34 pr. (Scaev. 27 *dig.*): *Cum tabernam debitor creditori pignori dederit, quaesitum est, utrum eo facto nihil egerit an tabernae appellatione merces, quae in ea erant, obligasse videatur? Et si eas merces per tempora distraxerit et alias comparaverit easque in eam tabernam intulerit et decesserit, an omnia quae ibi deprehenduntur creditor hypothecaria actione petere possit, cum et mercium species mutatae sint et res aliae illatae? Respondit: ea, quae mortis tempore debitoris in taberna inventa sunt, pignori obligata esse videntur.*

Il punto per me rilevante di questo passo – rispetto al quale si danno interpretazioni assai dissimili quanto all'oggetto del pegno²⁵⁵ – è notare come il pegno si intenda tacitamente esteso anche alle cose future che vengono a far parte del complesso di beni destinati all'attività economica, probabilmente in ragione della particolare natura commerciale di essa e del continuo mutare dei beni pertinenti a tale complesso; in ogni caso non muta la *ratio*: la *taberna* deve ovviamente essere *in bonis* del debitore per poter essere costituita in pegno.²⁵⁶

Nella possibilità di costituzione di pegni di cosa futura emerge, dunque, un costante principio di evidente prudenza e di tutela dell'affidamento; esso riflette un più generale atteggiamento della cultura giuridica romana rispetto a ciò che riguarda il 'futuro'. Senn²⁵⁷ ha dimostrato la diffusione a Roma di diverse riflessioni filosofiche sul futuro, con i corrispondenti atteggiamenti pratici, quelle delle scuole di Platone, Aristotele ed Epicuro e quelle stoiche; proprio queste ultime connotano maggiormente il pensiero giuridico classico.²⁵⁸ Nell'universale determinatezza stoica delle cose, il *futurum* è certo e necessario, ma rispetto a esso sta l'*inscientia* degli uomini e, per le questioni giuridiche che investono l'avvenire, si deve considerare proprio tale ignoranza:

²⁵⁴ Cfr. D. 7.1.68 pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*); D. 5.3.27 pr. (Ulp. 15 *ad ed.*); D. 22.1.28.1 (Gai 2 *rer. cott.*); I. 2.1.37; cfr. G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino 1958, 201 ss.; V. DI NISIO, *Partus vel fructus* cit., 28 ss.

²⁵⁵ Il profilo critico consiste nella domanda se si debba intendere il pegno costituito sulla *taberna* intesa come *universitas* o sulle sue singole componenti; cfr. D. BARBERO, *Le universalità patrimoniali*, Milano 1936, 230 ss.; J.B. VALLET DE GOYTISOLO, *Pignus tabernae*, in *An.Der.Civ.* 6, 1953, 783 ss.; A. DELL'ORO, *Le cose collettive nel diritto romano*, Milano 1963, 138. Cfr. anche C. RASCÓN, *Notas en torno al 'pignus' de cosa colectiva*, in *RIDA* 24, 1977, 353 ss.; A. BISCARDI, *La dottrina romana dell'obligatio rei*, Milano 1991, 82 ss.; M. TALAMANCA, *I clienti di Q. Cervidius Scevola*, in *BIDR* 53-54, 2000-2001, 566 ss.; J.M. GOKEL, *Sprachliche Indizien für inneres System bei Q. Cervidius Scaevola*, Berlin 2014, 75 nt. 282, 149 nt. 675; P. SANTINI, *Pacuvio Labeone: il giurista 'detective'*, in *Index* 45, 2017, 177 ss.

²⁵⁶ Così A. LÖFFELMANN, *Pfandrecht* cit., 172 ss., ove altra letteratura.

²⁵⁷ Cfr. F. SENN, *La notion romaine d'avenir et ses applications dans le domaine du droit*, in *RHDFE* 33, 1956, 163 ss.

²⁵⁸ Esempi si trovano in molteplici luoghi del *De divinatione* di Cicerone; cfr. F. SENN, *La notion romaine* cit., 164 s.

D. 5.1.28.5 (Paul. 17 *ad Plaut.*): ... *nec rerum naturam intuendam, in qua omnia certa essent, cum futura utique fierent, sed nostram inscientiam aspici debere.*

È questo il principio che soggiace anche alla regola generale sull'oggetto della compravendita (D. 18.1.8 pr. [Pomp. 9 *ad Sab.*])²⁵⁹ e che motiva la norma in forza della quale colui che aliena una cosa futura, come il *partus ancillae*, è per ciò stesso tenuto alla garanzia per l'evizione (D. 21.2.8 [Iul. 13 *dig.*]); è ancora in forza di questo principio che si spiega la regola sulla *stipulatio* inerente cosa futura in D. 45.1.73 pr. (Paul. 24 *ad ed.*); di questo stesso principio la cd. *emptio spei* si configura come eccezione e proprio il riferimento alla *spes* nei suoi usi giuridici (*spes nascendi, spes libertatis, spes postliminii*...) rende manifesto come si tratti di casi particolari, in cui si coglie una specifica ragionevolezza giuridica nel dar rilievo a ogni aspettativa *pro futuro*.²⁶⁰

Quanto detto per la vendita vale naturalmente, a livello di principii, anche per il pegno secondo l'assunto dell'analogia tra i due istituti esplicitata in D. 20.1.9.1 (Gai. 9 *ad ed. prov.*): *Quod emptionem venditionemque recipit, etiam pignorationem recipere potest.* A mio parere, si incontra una prova del valore e dell'efficacia di tale principio in un'altra costituzione di Alessandro Severo, sempre in materia di pegno:

C. 8.16.5 (Alex. Sev., a. 233): *Spem eorum praemiorum, quae pro coronis athletis pensanda sunt, privata pactione pignere minime admittendum est: et ideo nec si generale pactum de omnibus bonis pignori obligandis intervenerit, tenet.*

Il provvedimento, che conferma l'interesse dell'imperatore a intervenire in materia di pegni, rende chiaro che, nonostante la propensione rilevata a estendere la oppignorabilità dei frutti e dei parti, il *princeps* conserva qui un postulato classico. È inammissibile la costituzione pattizia di pegno da parte dell'atleta su premi per vittorie ancora da ottenere, di cui si ha soltanto la *spes*. La disposizione ha vigore, anche nel caso di un *generale pactum* con cui fossero oppignorati tutti i beni, altrimenti l'elusione del divieto sarebbe stata agevole.²⁶¹ Non mi sembra convincente l'interpretazione di Wacke, seguito da Franciosi, che afferma che nella giurisprudenza classica si fosse estesa la possibilità di costituzione di pegno su beni futuri (animali o figli della schiava non ancora nati) e fosse ammessa l'*emptio spei* e perciò la *ratio* del provvedimento imperiale non sarebbe da ravvisarsi in una regola normativa, ormai non più univoca, ma in ragioni pratiche di contenimento dell'eccessivo indebitamento degli atleti, i quali, confidando eccessivamente nel buon esito delle proprie prestazioni sportive, si sarebbero troppo esposti alle speculazioni di finanziatori astuti.²⁶² Queste motivazioni di opportunità possono aver inciso nell'emanazione del provvedimento, ma quello che, a mio parere, è decisivo e significativo è il costante mantenimento di un princi-

²⁵⁹ Cfr. V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano* I², Napoli 1956, 117 ss.; W. FLUME, *Rechtsakt und Rechtsverhältnis. Römische Jurisprudenz und modernrechtliches Denken*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1990, 106 ss.; S. DI SALVO, *Adempimento fittizio della condizione e interesse al mancato avveramento*, in BIDR 105, 2011, 140 ss.

²⁶⁰ Per una presentazione approfondita del tema, cfr. M. BARTOŠEK, *La spes en droit romain*, in RIDA 2, 1949, 19 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *Note minime sulla speranza*, in SDHI 61, 1995, 863 ss.

²⁶¹ Sulla costituzione di Alessandro Severo, da ultimo, cfr. E. FRANCIOSI, *Gloriae et virtutis causa. Status sociale e giuridico degli atleti nel mondo romano*, in *Studi in onore di G. Nicosia*, III, Milano 2007, 462 s.

²⁶² Cfr. A. WACKE, *Athleten als Darlehensnehmer nach römischem Recht*, in SDHI 44, 1978, 450 ss.

pio generale di prudenza rispetto a tali negozi *de futuro* e di un principio specifico che vuole l'inerenza del bene da costituire in pegno, o almeno della cosa fruttifera, al patrimonio del debitore. Perciò la lettura di Wacke non è persuasiva: il paragone con i parti degli animali o della schiava non è proponibile rispetto ai *praemia* eventuali dell'atleta, che non possono in alcun modo considerarsi suoi frutti; anche dalla disciplina dell'*emptio spei* si coglie proprio come essa sia un'eccezione rispetto ai requisiti ordinari della compravendita che mantengono tutta la loro chiara validità.²⁶³

Poste tali premesse, si può ritornare a una lettura dell'editto di Persico alla luce di spunti di riflessione non ancora tenuti in considerazione in precedenti indagini. Mi pare evidente che la tensione non abbia solo contenuti pratici, ma investa la concezione stessa del regime giuridico delle cose future. Rispetto alla previsione di una garanzia generica su proventi futuri, verisimilmente utilizzata nella prassi delle città delle province greche e microasiatiche, il governatore manifesta una reazione finalizzata alla protezione del patrimonio del tempio, che non poteva essere esposto alle incertezze correlate all'affidamento su entrate dalla consistenza meramente eventuale, ma anche motivata dal fatto che operazioni finanziarie, come quelle attestate dall'editto, non fossero consentanee a una *mens* giuridica che imponeva requisiti di certezza nelle operazioni *de re futura*.

Si può certamente ipotizzare che il pegno riguardasse non i redditi, ma fonti di reddito,²⁶⁴ che pertenessero al patrimonio cittadino al momento dell'accordo, e invocare l'esempio delle fluttuazioni dei beni oppignorati nel caso del *pignus tabernae*: tutto ciò potrebbe permettere di non considerare del tutto tralignante dalle tradizioni giuridiche romane quanto posto in essere dai magistrati cittadini; tuttavia il punto centrale non mi sembra questo, bensì rilevare la prudenza del governatore indirizzata e informata da ben precisi orientamenti della riflessione giurisprudenziale, ma anche filosofica (in particolare stoica) romana: esplicitando una nozione sottesa al pensiero giuridico romano, si potrebbe dire che un *pignus spei* si configura come inaccettabile per Persico o per i suoi consiglieri; è inaccettabile cioè una garanzia che potrebbe vanificarsi per accadimenti aleatori e imprevedibili, esponendo al rischio dell'inadempimento dell'obbligazione.

La soluzione di Persico è semplice: non vietare i mutui in questione, ma porre un tetto all'ammontare delle somme prestabili dai 'sacri fondi', entro i più attendibili limiti delle entrate dell'anno corrente, e rendere i magistrati personalmente responsabili dei prestiti assistiti da garanzie sui proventi dell'anno successivo. Così si previene il rischio di collasso del patrimonio del tempio, che dovrebbe servire anche come riserva per la città, e le possibili malversazioni dei magistrati cittadini.²⁶⁵ Persico dispone la responsabilità personale in quanto la fisiologica imputazione alla città²⁶⁶ avrebbe rischiato di non produrre l'effetto de-

²⁶³ Cfr. U. BRASIELLO, v. *Emptio rei speratae ed emptio spei (Diritto romano)*, in NNDI 6, 1960, 518 s.

²⁶⁴ Cfr. L. MIGEOTTE, *L'emprunt cit.*, 396 (passo citato *supra*).

²⁶⁵ Cfr. B. DIGNAS, *Economy cit.*, 154; V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources cit.*, 105

²⁶⁶ Le *civitates* hanno una soggettività giuridica che le rende capaci di essere titolari di atti e di rapporti e anche di legittimazione processuale attiva e passiva. Cfr. P.W. DUFF, *Personality in Roman Private Law*, Cambridge 1938, 62 e ss.; B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 560 ss., ove la discussione delle fonti rilevanti (a p. 563 nt. 39 un copioso elenco di situazioni giuridiche attive e passive in capo alle città); A. BRICCHI, *Amministratori ed actores. La responsabilità nei confronti dei terzi per l'attività negoziale degli agenti municipali*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA, *Gli statuti municipali*, Pavia 2006, 335 ss.; F. PULITANÒ, *Quid enim municipes dolo facere possunt. Illecito del singolo e responsabilità collettiva nel diritto romano*, Milano 2018, 31 ss., ove fonti e letteratura. Cfr. D. 15.4.4; 43.16.4; 50.16.15, 16, 17pr. L'atto compiuto dai magistrati sarebbe stato fisiologicamente imputato alla città in forza della regola per cui *bona commu-*

siderato. Per meglio contestualizzare una simile situazione, sul piano storico-giuridico, soccorre un passo ulpiano:²⁶⁷

D. 12.1.27 (Ulp. 10 *ad ed.*): *Civitas mutui datione obligari potest, si ad utilitatem eius pecuniae versae sunt: alioquin ipsi soli qui contraxerunt, non civitas tenebuntur.*

La *civitas* è obbligata per un mutuo, solo se il denaro ottenuto sia stato utilizzato per la collettività, altrimenti la responsabilità ricadrebbe in capo a chi ha concluso il contratto;²⁶⁸ il frammento appartiene al commento ulpiano all'*edictum* '*Quod adversus municipes agatur*',²⁶⁹ ove il pretore propone le formule di azioni esperibili contro le comunità cittadine, e prova come non sempre l'attività negoziale dei suoi rappresentanti si presti a fondare la responsabilità della città: non è la *numeratio pecuniae* effettuata nei confronti dei magistrati a impegnare la *civitas*, ma il fenomeno economico-contabile della *cd. versio in rem*.²⁷⁰ Ciò per noi rileva, perché dimostra il peso di queste circostanze di fatto nella determinazione degli effetti giuridici imputabili al soggetto 'pubblico': è una dinamica molto simile a quella che soggiace alle misure assunte da Persico.

Il proconsole interviene disponendo che, nel caso di prestiti su pigni di proventi futuri, non siano suscettibili di aggressione i *bona publica*, ma siano responsabili coloro che hanno concluso il negozio, contro i quali probabilmente si sarebbe potuta esperire la *condictio certae creditae pecuniae*. È la situazione prevista da D. 12.1.27, per il caso in cui quanto prestato non sia stato impiegato *ad utilitatem civitatis*; mi sembra che, sul piano assiologico, un analogo stigma ricada sui funzionari censurati da Persico: con le loro manovre non hanno agito nell'interesse della città; non agire nell'interesse non significa soltanto distrarre fondi pubblici, ma anche gestirli in modo imprudente, ponendo in pericolo la solidità patrimoniale di Efeso e del suo tempio.

12. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

L'editto di Persico permette anzitutto di cogliere quanto ancora in età imperiale le città greche ricorressero al sistema della concessione di prestiti come prassi sistematica, struttura ordinaria e non straordinaria di gestione della finanza pubblica, secondo una procedura molto più frequente nelle province orientali di tradizione ellenistica rispetto alle pratiche

nia civitatum universitatis sunt, non singulorum (D. 1.8.6.1 Marcian. 3 *inst.*). D. 3.4.7 pr.-1 (Ulp. 10 *ad ed.*) e D. 3.4.8 (Iav. 15 *ex Cassio*) dimostrano come i creditori della città potessero soddisfarsi ordinariamente sui *bona publica*; cfr. D. MANTOVANI, *Il iudicium pecuniae communis. Per l'interpretazione dei capitoli 67-71 della lex Irnitana*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA, *Gli statuti cit.*, 308 ss.; F. PULITANÒ, *Quid enim municipes cit.*, 41 s.

²⁶⁷ J. ANDREAU, *Absence de la dette publique dans le monde gréco-romain*, in *Atti Reale Accademia Perioritana dei Pericolanti* 73, 1997, 56, sulla misura di Persico scrive: «Plusieurs fragments figurant au Digeste précisent en outre des cas où la responsabilité du remboursement ne revient pas à la cité dans son ensemble, mais seulement aux magistrats ou à l'ordre des décurions» e cita D. 3.4.7.1; 3.4.8; 12.1.27. *Rectius* solo il terzo frammento, come si vedrà immediatamente, contiene quanto da Andreau descritto. Su tali passi, cfr. R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, I, Torino 1968, 93, 183.

²⁶⁸ Cfr. R. SIRACUSA, *La nozione di universitas in diritto romano*, Milano 2016, 66 ss.

²⁶⁹ Cfr. O. LENEL, *EP*³, 99 ss. (§ 33).

²⁷⁰ Cfr. A. BRICCHI, *Amministratori cit.*, 354 ss., ove altra letteratura.

delle province occidentali e della città di Roma in particolare;²⁷¹ inoltre, il provvedimento rende evidente come ancora in quel periodo i templi eseguissero operazioni finanziarie significative.²⁷² La cassa del tempio era, infatti, un fondo appetibile per le necessità contingenti di liquidità nelle quali gli amministratori della città potevano imbattersi nel fronteggiare non preventivabili, impellenti e stringenti bisogni e impegni di spesa. Si è visto che, per ottenere prestiti da tale cassa, nel caso efesino, erano costituite in garanzia le entrate che si sarebbero plausibilmente verificate in un momento successivo dell'anno o nell'anno successivo, pratica rispetto alla quale il proconsole pone chiari limiti.²⁷³

Si è cercato di dimostrare come l'editto di Persico rappresenti un esempio evidente di reazione rispetto a operazioni incerte *de futuro*, che tralignano decisamente dalla *ratio* sottostante a negozi con profili ontologici comparabili (anzitutto il pegno di cosa futura), in una logica di rispetto per le consuetudini giuridiche ed economiche locali non così cedevole da portare a riconoscere pratiche eccessivamente imprudenti in senso sostanziale e devianti rispetto a principii consolidati del diritto romano. Il provvedimento di Persico è indizio di un cauto, ma efficace, intervento dell'amministrazione nel contesto degli ordinamenti provinciali, non solo in quelli espressamente istituzionali, ma anche in quelli che coinvolgono la gestione della finanza pubblica.

La presente ricerca conferma anche, limitatamente al caso efesino, la linea di lettura della situazione economica provinciale nel primo secolo del principato portata avanti da Migeotte e da Schwarz. Quest'ultima, infatti, precisa, anche per il periodo in considerazione, quanto il primo ha dimostrato per i secoli precedenti: lo stato di salute delle città greche era in genere buono, grazie al funzionamento di accurati e consolidati sistemi di amministrazione e rendicontazione della finanza pubblica; le situazioni critiche non erano normalmente il prodotto di cause macroeconomiche, ma di malversazioni, corruzioni, cattive gestioni da parte dei magistrati e dei funzionari cittadini. Anche l'ἐπίκριμα del proconsole d'Asia attesta le buone condizioni economiche e finanziarie della città, insieme alle difficoltà causate dalla *mala gestio* dei suoi rappresentanti e forse dagli effetti dannosi di un terremoto; l'editto prova anche un aspetto nuovo rispetto ai periodi precedenti, e peculiare dell'età del principato, vale a dire l'intervento del governatore romano a tutela della retta conduzione amministrativa del tempio e della città stessa. Persico vuole rafforzare i doveri degli amministratori cittadini e invitarli al rispetto della diligenza necessaria nell'apprezzare preventivamente i margini di rischio connessi alla gestione della finanza pubblica. L'intervento del governatore è un segno di prudenza, mediante il quale egli afferma, con la forza dell'approvazione imperiale, come sia necessario ricorrere il meno possibile al credito,²⁷⁴

²⁷¹ L. MIGEOTTE, Rec. a H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 343, ritiene tale aspetto non abbastanza considerato da Schwarz. Cfr. L. MIGEOTTE, *Les finances* cit., 332 s.; V. CHANKOWSKI, *L'apport des sources* cit., 121. Si deve anzitutto ad Andreau l'aver dimostrato, con un'evoluzione nel proprio pensiero, l'importanza del sistema del debito pubblico nelle città greche; cfr. J. ANDREAU, *Existait-il une dette publique?* cit., 101 ss.

²⁷² Ciò si oppone all'ipotesi di un declino delle operazioni bancarie dei templi in età ellenistica; cfr. R. BOGAERT, *Il commercio* cit., 399.

²⁷³ Cfr. H. SCHWARZ, *Soll oder Haben?* cit., 156.

²⁷⁴ Ad es., la *Lex Irnitana* al cap. 80, sembra prevedere un limite di 50.000 sesterzi, probabilmente all'anno, per i mutui che i *decuriones* e i *conscripti* possono concludere per conto del *municipium*; questa è l'interpretazione, tra i molti, di A. D'ORS, *La ley Flavia municipal. (Texto y comentario)*, Roma 1986, 166; J. GONZALES, *The Lex Irnitana: A New Copy of the Flavian Municipal Law*, in JRS 76, 1986, 226; F. JACQUES, *Les cités de l'Occident romain. Du I^{er} siècle avant J.-C. au VI^e siècle après J.-C.*, Paris 1990, 150;

ponendo in sicurezza le incerte fluttuazioni di entrate e uscite e prescrivendo la responsabilità personale dei funzionari. Proprio l'obiettivo di contenimento del debito pubblico – che si è visto diffuso nelle città greche – è affermato nell'amministrazione romana già a partire dal principato di Augusto, e rappresenta una delle finalità ricorrenti nella politica dei governatori provinciali:²⁷⁵ è tale pragmatico *mainstream* amministrativo che si riscontra anche nelle misure previste dall'editto di Paolo Fabio Persico.

Richiamando le ormai risalenti ricerche di Dörner,²⁷⁶ si può ritenere qui confermata, anche sul piano dell'applicazione dei principii del diritto romano, una sua considerazione, che appare ancora puntuale, convincente e opportunamente conclusiva: l'arma migliore di cui il proconsole disponeva per contrastare l'eccessivo indebitamento della città, causato dai comportamenti dei magistrati, non poteva che essere la previsione di renderli personalmente responsabili, con il loro patrimonio, dei rischi di esposizione debitoria che facevano correre all'intera comunità; la minaccia della 'sanzione' pecuniaria dispiegò probabilmente, anche in questo caso, una certa positiva efficacia generalpreventiva.

G.P. BURTON, *The Roman Imperial State* cit., 324. D'altra parte, F. LAMBERTI, *Tabulae Irnitanae. Municipalità e Ius Romanorum*, Napoli 1993, 114 ss., interpreta il *caput* come un caso di assunzione forzosa di denaro da parte dei *municipes* e considera anche D. 12.1.27 (con l'interpolazione della chiusa, da 'alioquin' alla fine) riguardante la stessa fattispecie. La lettura di Lamberti è criticata da X. D'ORS, *Las relaciones contractuales con la administración pública*, in *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*, Napoli 1997, 98 s. e non è accolta da BRICCHI, *Amministratori* cit., 356 nt. 62, che suggerisce che l'*Irnitana* risponderebbe a principii diversi, di minore protezione del patrimonio del *municipium*, rispetto a quelli di D. 12.1.27. Anche E. LO CASCIO, *La dimensione finanziaria*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA, *Gli statuti* cit., 681 s., non condivide l'ipotesi della Lamberti e ritiene che i 50.000 sesterzi rappresentino l'entità massima annua del debito che la comunità potrebbe contrarre con i *feneratores*: la misura piuttosto ridotta della somma, commisurata all'intero municipio, costituisce – secondo la condivisibile osservazione di Lo Cascio – «una forma di ulteriore salvaguardia perché venisse assicurata una sana gestione finanziaria dei fondi della comunità». Analogamente A. TORRENT, *Financiación externa de los municipia. Lex Irnitana cap. 80*, in RDR 10, 2010, 3 ss. Anche a me pare che la disposizione miri a evitare eccessive esposizioni debitorie della città e l'esempio efesino rende plausibile tale previsione limitativa dei mutui contratti dalla comunità e suffraga l'interpretazione maggioritaria del testo del cap. 80 della *Irnitana*.

²⁷⁵ Cfr. J. ANDREAU, *Les cités de l'empire prêtaient-elles de l'argent à intérêt?*, in L. LAMOINE, C. BERENDONNER, M. CEBELLAC-GERVASONI (a cura di), *Gérer les territoires, les patrimoines et les crises. Le Quotidien municipal*, II, Clermont-Ferrand 2012, 191 ss.

²⁷⁶ Cfr. F.K. DÖRNER, *Der Erlaß* cit., 157.

SALVATORE ANTONIO CRISTALDI
(Università Kore di Enna)

Liv. 41.8.10: in margine al problema
della configurazione del rapporto
fra il *filius in mancipio* manomesso
e il suo manomissore

ABSTRACT

Livius 41.8.10 describes as *civis* and *libertinus* the Latin who had been first transferred by *mancipatio* to a Roman who had then manumitted him. The author criticizes the opinion this passage proves that among the Romans, as a result of the manumission of the son given *in mancipio*, was established a proper *patronatus*. The author is rather of the idea that here the issue is that the relationship is only shaped on the patronage relationship. The Livius' passage is to be interpreted considering strictly the actual case taken into account by the historian.

PAROLE CHIAVE

Filius in mancipio; patronato; *ingenuitas*; cittadinanza; *libertinus*.

LIV. 41.8.10: IN MARGINE AL PROBLEMA DELLA CONFIGURAZIONE DEL RAPPORTO FRA IL *FILIUS IN MANCIPIO* MANOMESSO E IL SUO MANOMISSORE

1. Secondo un orientamento assai diffuso in dottrina, la *manumissio*, ad opera dell'avente *in mancipio*,¹ del *filius* a lui mancipato dava luogo ad un rapporto di vero e proprio patronato: il manomesso diveniva, cioè, liberto del manomissore e questi acquistava la condizione di patrono.²

Di contro, però, sono state espresse anche posizioni discordanti. Alcuni studiosi si sono limitati a manifestare al riguardo delle perplessità,³ mentre altri hanno ritenuto che la con-

¹ Preciso fin da subito che il vincolo al quale in questa sede si farà riferimento è quello che sorge dalla *manumissio* effettuata a seguito della terza *mancipatio*: quando, cioè, per effetto di quest'ultima, la *patria potestas* originaria si è estinta.

² Vd., tra gli altri, TH. MOMMSEN, *Bürgerlicher und peregrinischer Freiheitsschutz im römischen Staat*, in *Juristische Abhandlungen. Festgabe für Georg Beseler*, Berlin 1885, 259 [= in *Gesammelte Schriften*, III, Berlin 1907, 5]; E.S. SHUMWAY, *Freedom and Slavery in Roman Law*, in *The American Law Register* 49, n. 11, nov. 1901, 652; E. CUQ, *Manuel des institutions juridiques des romains*, Paris 1917, 153; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, *Diritto di famiglia*, Roma 1925, 60 s.; 137; 139; A. STEINWENTER, v. '*Mancipium*', in PWRE, XIV.1, Stuttgart 1928, 1012; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, 144; G. CORNIL, *Ancient droit romain. Le problème des origines*, Paris-Bruxelles 1930, 39; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*⁹, I, Paris 1945, 273; F. DE VISSCHER, *De l'acquisition du droit de cité romaine par l'affranchissement*, in SDHI 12, 1946, 77; P. VOGLI, *Diritto ereditario Romano*, II, Parte speciale, 2, Milano 1963, 24; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴, Napoli 1978 (rist. anast. ed. 1960), 490; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 245 e 303; A. BURDESE, *Diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 269; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 546 nt. 40.3.1; M. KASER-R. KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*¹⁸, München 2005, 306; P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de la manumisión en Roma. De los orígenes a los Severos*, Gerión Anejo XI, 2007, 99. Vd. pure O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi nell'antica Roma*, Roma 1976, 180; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1994, 214; M. BALESTRI FUMAGALLI, v. '*Persone e famiglia nel diritto romano*', in *Digesto delle Discipline Privatistiche*, Sez. civile, XIII, Torino 1995, 453; D. DALLA-R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*², Torino 2001, 91. Va notato, tuttavia, che secondo alcuni studiosi il patronato che si instaurava a seguito della manomissione della persona *in mancipio* presentava una qualche connotazione particolare, rispetto al patronato sull'ex schiavo. Cfr. al riguardo, in vario senso, G. VITUCI, v. '*Libertus*', in *Diz. epigr. di antichità romane*, IV, Fasc. 21, Roma 1953, 905 ss.; B. ALBANESE, *op. cit.*, 245 e 303; A. BURDESE, *op. cit.*, 269, e più di recente F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano. Studi esegetici*, Roma 2012, 109 nt. 357. Di 'cosiddetto '*patronatus*' si parla nel recente volume di F. ARCARIA-O. LICANDRO, *Diritto Romano I. Storia costituzionale di Roma*, Torino 2014, 105. Ad una evoluzione storica circa la condizione del *filius* manomesso accenna F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique de la capitis deminutio*, Paris 1909, 323 s.

³ Così E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 96; D. NARDI, *Nuovi orientamen-*

dizione cui dava luogo la *manumissio* della persona *in mancipio* sarebbe stata solo accostabile al patronato vero e proprio ma non con questo identificabile. Si è, infatti, parlato di ‘quasi diritto di patronato’,⁴ di ‘Quasipatronat’,⁵ di ‘assimilazione’⁶ o di equiparazione⁷ del rapporto scaturente dalla manomissione della *persona in mancipio* con quello scaturente dalla manomissione di uno schiavo: senza, però, che si giungesse ad una vera e propria identificazione.⁸

Ora, a sostegno dell’orientamento dominante è stato addotto il seguente brano di Livio:⁹

Liv. 41.8.10: *Nam et ne stirpem domi relinquerent, liberos suos quibusquibus¹⁰ Romanis in eam condicionem, ut manu mitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent...*¹¹

*ti in tema di «in causa mancipii esse», in Atti dell’Accademia di Scienze Morali e Politiche 86, 1975, 89 e nt. 208; F. SERRAO, *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Napoli 2006, 168 nt. 33, più in particolare, a proposito della *emancipatio*, dopo aver ricordato che «onde evitare che l’estraneo acquistasse diritti di patronato sull’emancipato, si soleva far rimancipare il *filius* al *pater*, il quale lo acquistava ormai come *persona in mancipio* e manomettendolo era eventualmente egli stesso, e non un estraneo, ad avere diritti sul *filius*», ha poi precisato a nota 33: «così mi esprimo in quanto, trattandosi di *persona in mancipio* e non di *servus*, non mi pare, al contrario di come comunemente si afferma, che si possa parlare propriamente di patronato...».*

⁴ S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, 1, Roma 2002 (rist. ed. 1928), 296.

⁵ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1901, 243.

⁶ Così già G. HUMBERT [CH. LECRIVAIN], v. ‘*Mancipium*’, in CH. DAREMBERG-M.D. SAGLIO, *Dictionnaire des antiquités grecques et romaines*, III.2, Paris 1918, 1566.

⁷ R. D’ALESSIO, «*Studii sulla capitis deminutio minima. Dodici tavole giurisprudenza editto*», Napoli 2014, 86.

⁸ Cfr. C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata e di parens manumissor*, in *Φιλία. Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli 2007, 2768.

⁹ C’è da dire, per altro, che taluni Studiosi hanno persino dubitato dell’attendibilità giuridica del racconto liviano dal momento che si tratta di una fonte letteraria. Cito per tutti F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II.1, Napoli 1954, 86 nt. 66: «Livio sopra citato accenna a frodi commesse dai latini per acquistare la cittadinanza. Una di queste era la *mancipatio filii* ad un romano, il quale poi affrancava il figlio del Latino, facendolo diventare cittadino. Questo caso ha suscitato divergenti interpretazioni, ma è difficile giudicare sulla esatta portata giuridica di un testo letterario». Altri, poi, hanno sottolineato «la difficoltà di ricostruire in base al testo il caso pratico di *mancipium* e di libertinità» (S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I cit., 291 nt. 2).

¹⁰ Sulla forma *quibusquibus*, vd. R. KÜHNER, *Ausführliche Grammatik der lateinischen Sprache*, II, Hannover 1879, § 189, 789; J.B. HOFMANN, *Lateinische Syntax und Stilistik, neubearb. von A. Szantyr*, München 1972, 199.

¹¹ La letteratura sul brano è copiosa dal momento che molte sono le prospettive dalle quali esso è stato affrontato. Dal punto di vista dello *ius migrandi* (e delle sue successive limitazioni), tra gli altri, a E.T. SALMON, *Roman Colonisation from the Second Punic War to the Gracchi*, in JRS 26, 1936, 55 ss.; A.H. McDONALD, *Rome and the Italian confederation (200-186 B.C.)*, in JRS 34, 1944, 23 nt. 92; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II.1 cit., 73 ss.; C. CASTELLO, *Il cosiddetto ius migrandi dei latini a Roma. Ricerche in tema di concessione e accertamento degli status civitatis et familiae dal 338 al 95 a.C.*, in BIDR 61-62, 1958, 247 ss.; A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*², Oxford 1973, 109 ss.; M. HUMBERT, *Municipium et civitas sine suffragio*, Roma 1978, 98 ss., spec. 113 ss.; B. ALBANESE, *Le persone cit.*, 181 ss.; E. FRÉZOULS, *Rome et les Latins dans les premières décennies du I^{er} siècle av.J.C.*, in Ktema 6, 1981, 117 ss.; U. LAFFI, *Il sistema di alleanze italico*, in *Storia di Roma. 2. L’impero mediterraneo. I. La repubblica imperiale*, Torino 1990, 294 ss., spec. 296; P. LE ROUX, *Rome et le droit latin*, in RHD 76.3, 1998, 319 ss.; W. BROADHEAD, *Rome’s migration policy and the so-called ius migrandi*, in

Per meglio intenderne il contenuto, occorre leggere questo brano in connessione con quello precedente:

Liv. 41.8.9: *Genera autem fraudis duo mutandae viritim civitatis inducta erant. lex sociis [ac]¹² nominis Latini, qui stirpem ex sese domi relinquerent, dabat, ut cives Romani fierent. ea lege male utendo alii sociis, alii populo Romano iniuriam faciebant.*

Lo storico racconta che una legge romana¹³ consentiva ai soci *nominis Latini* di diventare cittadini romani¹⁴ a condizione di lasciare i figli nella città d'origine, e che di tale legge era stato fatto un uso distorto (*male utendo*). A questo riguardo egli ricorda,¹⁵ nel brano prima riportato, uno stratagemma particolare utilizzato in concreto dai latini per aggirare

Cahiers du Centre Gustave-Glotz 12, 2001, 69 ss.; L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini romani: La classificazione degli incolae*, Milano 2006, 331 ss.; A. TORRENT, *Ius Latii y Lex Irnitana. Bases jurídico-administrativas de la romanización de España*, in AHDE 78-79, 2008-2009, 64; S. BARBATI, *Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di G. Luraschi*, in *Rivista di diritto Romano* XII, 2012, 29 ss.; F. MERCOGLIANO, *Commercium, Conubium, Migratio. Immigrazione e diritti nell'antica Roma*, in *Cultura giuridica e diritto vivente* 2, 2015, 5 ss. Dal punto di vista della *fraus legi*, tra gli altri, vd.: G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge nella dottrina romana e nella sua evoluzione posteriore*, Roma 1971 (rist. anast. dell'ediz. Torino 1911), 50; L. FASCIONE, *Fraus legi. Indagini sulla concezione della frode alla legge nella lotta politica e nella esperienza giuridica romana*, Milano 1983, 46 ss. Cfr., inoltre, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto nell'esperienza del diritto privato romano*, Torino 2013, 75.

¹² La lezione del ms. liviano estende il privilegio in esame anche ai soci italici. La maggior parte degli editori, tuttavia, espunge l'*ac* ed interpreta l'espressione liviana '*sociis nominis Latini*' come facente riferimento ai soli latini (così F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II.1 cit., 86 nt. 65). Secondo U. LAFFI, *Sull'esegesi di alcuni passi di Livio relativi ai rapporti tra Roma e gli alleati latini e italici nel primo quarto del II sec. a.C.*, in *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001, 53, tuttavia, la presenza o meno della copula *ac* sarebbe irrilevante. Sull'espressione, più recentemente, M. LAVAN, *Slaves to Rome. Paradigms of Empire in Roman Culture*, Cambridge 2013, 37 nt. 51.

¹³ Si tratta di una legge di autore e data incerta (così G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, 280). Vd. anche F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, II.1 cit., 86; E. FREZOULS, *Rome et les Latins* cit., 119; J. C. SAINT-HILAIRE, *Les libertini: des mots et des chise*, in *Dialogues d'histoire ancienne* 11, 1985, 349; e, più recentemente, F. LONGCHAMPS DE BÉRIER, *L'abuso del diritto* cit., 75 nt. 4. In argomento vd. anche A. MURONI, *Civitas Romana: emersione di una categoria nel diritto e nella politica tra Regnum e Res Publica*, in *Diritto e Storia* 11, 2013, 8. Una ampia trattazione in merito alla datazione e alla portata della legge menzionata da Livio in M. HUMBERT, *Municipium et civitas sine suffragio* cit., 15; W. BROADHEAD, *Rome's migration policy and the so-called ius migrandi* cit., spec. 86 ss.

¹⁴ Come osserva U. LAFFI, *Sull'esegesi di alcuni passi di Livio* cit., 53 nt. 18, è incerto se la cittadinanza venisse estesa anche alle mogli.

¹⁵ L'episodio liviano risale al 177 a.C. Gli ambasciatori latini in Senato lamentavano lo spopolamento dei loro centri e delle loro campagne a causa della migrazione da loro subita (Liv. 41.8.6) e chiedevano perché si provvedesse al ritorno in patria di quei Latini che erano stati censiti a Roma ed ancora di vanificare gli stratagemmi da loro escogitati per accedere alla cittadinanza romana (Liv. 41.8.12). Per una panoramica degli interventi limitativi dello *ius migrandi* e sulle relative vicende, rinvio in particolare a A.J. TOYNBEE, *Hannibal's Legacy. The hannibalic war's effects on roman life*, II, *Rome and her neighbours after hannibal's exit*, London 1965, 140 ss. [*L'eredità di Annibale. Le conseguenze della guerra annibalica nella vita romana*, II, Torino 1983, 155 ss.]; E. FRÉZOULS, *Rome et les Latins* cit., 115 ss.; J. C. SAINT-HILAIRE, *Les libertini* cit., 349; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, I. *Origine, regime giuridico riflessi politico-sociali in età repubblicana ed imperiale*, Milano 1990, 86 ss. Per una attenta esegesi del passo rinvio a U. LAFFI, *Sull'esegesi di alcuni passi di Livio* cit., 50 ss.

quella legge.¹⁶ Essi, cioè, prima di migrare a Roma¹⁷ al fine di acquistare la cittadinanza,¹⁸ solevano mancipare i propri figli ad un cittadino romano qualsiasi, col patto che questi poi li manomettesse (...*liberos suos quibusquibus Romanis in eam condicionem, ut manu mitterentur, mancipio dabant*...). I figli manomessi avrebbero, in tal modo, acquistato la cittadinanza romana e la condizione di liberti (*libertinique cives essent*) e avrebbero potuto, quindi, raggiungere attraverso questo espediente il padre a Roma.¹⁹

Ebbene, secondo Karlowa,²⁰ Steinwenter,²¹ Desserteaux,²² De Visscher,²³ Vituc-

¹⁶ L'elusione della previsione legislativa avveniva, in vero, attraverso «un procedimento corretto». Come osserva G. ROTONDI, *Gli atti in frode alla legge* cit., 50, «la teoria della “frode alla legge” quale è generalmente intesa, avrebbe portato a dichiarare la nullità della manomissione, del che invece non sembra che si dubitasse». Cfr. anche L. FASCIONE, *Fraus legi* cit., 46 ss.

¹⁷ Così già F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique* cit., 324; A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*² cit., 109 nt. 5. Secondo G. LURASCHI, *Foedus ius latii civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in transpadana*, Padova 1979, 271 nt. 202, «potrebbe sorgere il dubbio che il Latino mancipasse il figlio dopo essere diventato Romano, ma ad escluderlo vale la considerazione che il Latino, divenuto per *migrationem et censum civis*, con la *mutatio civitatis* non poteva conservare a titolo di *patria potestas* (*ius proprium civium Romanorum*) quel potere familiare ...che in patria esercitava sui figli, per cui mai avrebbe potuto porre in essere l'atto di cui si tratta». In questa direzione, anche U. LAFFI, *Sull'esegesi di alcuni passi di Livio* cit., 58, ha sostenuto che il padre, come cittadino romano, non avrebbe potuto conservare sul figlio la *patria potestas* e quindi il potere di trasferirlo ad altri in *causa mancipii*. Diversamente, invece, A. TORRENT, *Ius Latii y Lex Irnitana* cit., 64 nt. 67. Sullo *ius migrandi* dei latini, oltre alla letteratura citata nelle note precedenti, E. FERENCZY, *Zur Vorgeschichte des ius Latii. Das Problem der «römischen Hegemonie» über Latium*, in *Religion, société et politique. Mélanges en hommage à Jacques Ellul*, Paris 1983, 233 ss.; M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza*, in *Mélanges de l'École française de Rome. Antiquité* 103.2, 1991, 703 ss.; F. STURM, *Conubium, ius migrandi, conventio in manum*, in *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'antiquité jusqu'à nos jours. Actes des journées internationales d'histoire du droit*, Strasbourg 1992, 717 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «*Ius commercii*», «*conubium*», «*civitas sine suffragio*». Le origini del diritto internazionale privato e la romanizzazione delle comunità latino-campane, in *Le strade del potere*, Catania 1994, 19 ss.; ID., *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione nella «civitas Romana»*, Roma 2000, 69 ss.; P. LE ROUX, *Rome et le droit latin* cit., 318 ss.; O. LICANDRO, *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, 134 ss. (ed ivi ulteriore bibliografia).

¹⁸ Tale acquisto sarebbe stato realizzato per *migrationem et censum*. Cfr. Liv. 41.6.11: *postea his quoque imaginibus iuris spretis, promiscue sine lege, sine stirpe in ciuitatem Romanam per migrationem et censum transibant*. Cfr. anche Liv. 41.8.12. Su tale modo di acquisto della cittadinanza, in particolare, oltre alla letteratura già citata, vd. anche G. LURASCHI, *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della repubblica*, in *Res publica e princeps. Vicende politiche, mutamenti istituzionali e ordinamento giuridico da Cesare ad Adriano* (Atti del Convegno internazionale di diritto romano Copanello 25-27 maggio 1994), Napoli 1996, 38 ss.; E. FRÉZOULS, *Rome et les Latins* cit., 118 ss.; D. KREMER, *Il censo nelle colonie latine prima della guerra sociale*, in *Gli statuti municipali*, Pavia 2006, 629 ss.

¹⁹ Osserva A.J. TOYNBEE, *Hannibal's Legacy* cit., 140 [*L'eredità di Annibale* cit., 155]: «As a Roman freedman, the migrant's son would then automatically become a Roman citizen too, after having enabled his father to become one by temporarily staying behind when the father emigrated».

²⁰ O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II cit., 239.

²¹ A. STEINWENTER, v. *Mancipium* cit., 1012.

²² F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique* cit., 325 s. Lo studioso fa riferimento ad un'età più risalente, quando ancora la condizione della *persona in mancipio* non si distingueva facilmente da quella degli schiavi.

²³ F. DE VISSCHER, *De l'acquisition du droit de cité romaine* cit., 77.

ci²⁴ e, più recentemente, López Barja de Quiroga,²⁵ l'inciso liviano '*ut manu mitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent...*' fornirebbe un dato significativo ai fini della definizione di quello che era il rapporto che si instaurava anche tra romani, a seguito della *manumissio* del figlio dato *in mancipio*. Quell'inciso, infatti, starebbe a provare che anche fra romani – come nel caso dei latini – quello così istaurato era un rapporto di patronato,²⁶ con il manomesso nella condizione di liberto del manumissore: «ainsi ces Latins mancipés à un citoyen romain et affranchis ensuite deviennent à la fois *cives et libertini*. On ne peut voir en ceci que l'application des règles ordinaires en cas d'affranchissement d'un individu '*in mancipio*'».²⁷

A mio avviso, però, questo accostamento tra il contenuto del brano liviano e la normativa vigente al riguardo a Roma non è, in realtà, condivisibile. Se si considera, infatti, quella che era la condizione del *filius familias* romano mancipato, risulta chiaro – ed è ciò che adesso vedremo – che la condizione in cui egli veniva a trovarsi a seguito della sua manomissione era del tutto differente da quella del manomesso latino e che, pertanto, il brano liviano non può essere addotto ai fini della configurazione come patronato del rapporto che, con la manomissione, veniva ad instaurarsi fra romani.

2. Vediamo, dunque, come si caratterizzava la condizione del *filius familias* romano che era stato mancipato ad altri, assumendo così la condizione giuridica di persona *in mancipio*.

Nelle fonti leggiamo che questi veniva a trovarsi *servi (servorum) loco*,²⁸ era '*in imaginariam servilem causam deductus*'.²⁹ Tali espressioni sono state interpretate come se alludessero ad una condizione giuridica del *filius* mancipato identificabile con quella dello schiavo.³⁰ Ma in realtà non è così, e proprio in base a quanto noi apprendiamo dalle fonti.

²⁴ G. VITUCCI, v. *Libertus* cit., 905.

²⁵ P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de la manumisión en Roma* cit., 99 s., ha sostenuto che: «El fraude de los latinos es relevante para nosotros por dos razones: primero, porque muestra que la emancipación de un *filius familias* en el siglo II a.C. lo convertía en liberto, no en *ingenuus* como será la norma después...».

²⁶ Più di recente, anche D. NARDI, *Nuovi orientamenti* cit., 89 nt. 210, ha ripreso il brano, e Livio, a detta dello studioso, avrebbe usato «probabilmente» il termine *libertinus* «in senso atecnico per esprimere che si instaurava un rapporto di *patronatus*».

²⁷ F. DE VISSCHER, *De l'acquisition du droit de cité romaine* cit., 77. A giudizio dello studioso, «la puissance du *mancipium* comme la *mancipatio* elle-même sont des institutions communes aux Latins et aux Romains» (nt. 34).

²⁸ Gai 3.114: ... *item servus adstipulando nihil agit... idem de eo, qui in mancipio est, magis placuit; nam et is servi loco est*; 1.123: ... *Illa quidem, quae coemptionem facit, non deducitur in servilem condicionem, a ((parentibus et a coemptionatoribus)) mancipati mancipataeque servorum loco constituuntur...*; 1.138: *Li, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt*.

²⁹ D. 4.5.3.1 (Paul. 11 *ad ed.*): *Emancipato filio et ceteris personis capitis minutio manifesto accidit, cum emancipari nemo possit nisi in imaginariam servilem causam deductus: aliter atque cum servus manumittitur, quia servile caput nullum ius habet ideoque nec minui potest*. Vd. pure Apul., *Met.* 3.19: *Scio istud et plane sentio, cum semper alioquin spreto rem matronalium amplexuum sic tuis istis micantibus oculis et rubentibus bucculis et reidentibus crinibus et hiantibus osculis et flagrantibus papillis in servilem modum addictum atque mancipatum teneas volentem. Iam denique nec larem requiro nec domum et nocte ista nihil antepono*.

³⁰ Mi limito a segnalare le relazioni di L. AMIRANTE, *Famiglia, libertà, città nell'epoca decemvirale*, in *Società e diritto nell'epoca decemvirale* (Atti del Convegno di diritto romano – Copanello 3-7 giugno 1984)

Di certo il *filius in mancipio*, in quanto ‘*servi loco*’, si trovava in una condizione di dipendenza talmente forte da richiedersi, per la sua ‘liberazione’, le stesse forme previste per la manomissione degli schiavi: *vindicta, censu, testamento*.³¹ Tuttavia va detto che egli conservava la libertà e la cittadinanza³² e che la *mancipatio*, inoltre, non intaccava la sua *ingenuitas* originaria.

Si consideri, a quest’ultimo riguardo, un brano di Gaio tratto dal titolo 12 (‘*si a parente quis manumissus sit*’) del libro XXXVII dei *Digesta*, nel quale il giurista afferma che il *parens* (*manumissor*) non va parificato al patrono fino al punto che gli si diano le azioni Fabiana o Calvisiana (previste, come sappiamo, a tutela di questi, contro le alienazioni fraudolente realizzate dai liberti), perché è ingiusto che gli uomini ingenui non abbiano la libertà di alienare le proprie cose:

D. 37.12.2 (Gai. 15 *ad ed. provinc.*): *Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Fabiana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem*.³³

Come si vede, nell’ultimo inciso il giurista qualifica i figli manomessi dal *parens*³⁴ come *ingenui*.³⁵ questa loro condizione, dunque, non era venuta meno a seguito della loro costi-

Napoli 1988, 76 ss. e, nello stesso volume, l’*Intervento* di G. PUGLIESE, a pagina 135, nel senso della identificazione della categoria persone *in mancipio* con la schiavitù. Nel senso opposto, sempre nello stesso volume, F. SERRAO, *Individuo, famiglia e società nell’epoca decemvirale*, a pagina 86 ss., e l’*Intervento* di A. CORBINO, a pagina 131.

³¹ Gai 1.138: *It, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt*.

³² Come attesta in modo chiaro Gai 1.162: *Minima est capitis deminutio, cum et civitas et libertas retinetur, sed status hominis commutatur; quod accidit in his... qui mancipio dantur quique ex mancipatione manumittuntur...* Si vedano, inoltre, Tit. Ulp. 11.13 (*Minima capitis diminutio est, per quam, et civitate et libertate salva, status dumtaxat hominis mutatur...*) e D. 4.5.11 (Paul. 2 *ad Sab.*: *Capitis deminutionis tria genera sunt, maxima media minima... cum et libertas et civitas retinetur, familia tantum mutatur, minimam esse capitis deminutionem constat*), dove, pur non parlandosi espressamente di persone *in mancipio*, è anche ad esse che possono essere riferiti la *capitis deminutio minima*, ivi contemplata, e il connesso persistere della *libertas* e della *civitas*.

³³ Sul brano ritornerò *infra*, § 3.

³⁴ E non c’è ragione per non considerare questa regola applicabile anche all’*extraneus*. Al riguardo, F. DESSERTAUX, *Études sur la formation historique* cit., 321 nt.4: «Gaius l.c. ne vise que le *parens manumissor* pour lui refuser les a. Faviana e Calvisiana; mais comme le *parens manumissor* a toujours des droit plus étendus que le *manumissor extraneus*, la solution s’appliquerait a fortiori à celui-ci».

³⁵ Vd. pure, a questo proposito, PS. 5.1.1: *Qui contemplatione extremae necessitatis aut alimentorum gratia filios suos vendiderint, statui ingenuitatis eorum non praeiudicant: homo enim liber nullo pretio aestimatur...*, dove viene fatto riferimento ad una vendita del *filius* compiuta in condizioni di particolare necessità ed ovviamente realizzata (il dato è implicito) tramite *mancipatio*: una vendita che – ed è questo che rileva ai nostri fini – in ogni caso non ne pregiudica lo *status ingenuitatis*. In questa direzione, tra gli altri, M.G. DE CAQUERAY, *De l’esclavage chez les romains*, Paris 1864, 199; K.A. SCHMIDT, *Das Hauskind in mancipio*, Lipsia 1879, 16; G. HUMBERT [CH. LÉCRIVAIN], v. ‘*Mancipium*’ cit., 1565; M. PAMPALONI, *Persone in causa mancipii nel diritto romano giustiniano*, in BIDR 17, 1905, 130 nt. 25; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I cit., 137; S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I cit., 291 nt. 2; O. ROBLEDA, *Il diritto degli schiavi* cit., 180; B. ALBANESE, *Le persone* cit., 245; G. PUGLIESE, *Intervento*, in *Società e diritto nell’epoca decemvirale* (Atti del convegno di diritto romano Copanello 3-7 giugno 1984), Napoli 1988, 135; R. FIORI, ‘*Materfamilias*’, in BIDR 96-97, 1993-1994, 471; VENTURINI, *Note in materia di emanci-*

tuzione *in mancipio*.³⁶ Si capisce bene allora perché il *filius in mancipio* conservasse la capacità di diritto pubblico, godesse dei diritti politici di cui era prima titolare,³⁷ potendo persino continuare a svolgere anche pubblici uffici.³⁸

pata cit., 2760 nt. 25; J.G. WOLF, *In mancipio esse*, in *Recht im frühen Rom (Gesammelte Aufsätze)*, Berlin 2015, 160.

³⁶ Da questo punto di vista, l'opinione che qui si difende non concorda completamente con quella difesa da alcuni studiosi come M. PAMPALONI, *Persone in causa mancipii* cit., 130 nt. 25, secondo cui «la causa mancipii non tocca l'ingenuità... Chi versa in causa mancipii si dice restituito (in seguito alla manomissione) alla ingenuità, alla originale ingenuità, o ai pristini natali... appunto perché, nonostante la manomissione, egli continua ad essere ingenuo».

³⁷ Cfr. E.S. SHUMWAY, *Freedom and Slavery in Roman Law* cit., 652; P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸ cit., 143; G. HUMBERT [CH.LÉCRIVAIN], v. 'Mancipium' cit., 1565; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano I* cit., 136; S. SOLAZZI, «Manumissio ex mancipatione» [pubblicato in *Athenaeum* 15, 1927, 101-132] e ora in *Scritti di diritto romano (1925-1937)*, III, Napoli 1960 (da cui si cita), 200 nt.6; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano* cit., 96; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Idee vecchie e nuove sui poteri del pater familias*, in *Poteri negotia actiones nella esperienza romana arcaica* (Atti del convegno di diritto romano – Copanello, 12-15 maggio, Napoli 1982), Napoli 1984, 69; B. ALBANESE, *Le persone* cit., 307; V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*¹⁴ cit., 489; F. SERRAO, *Individuo, famiglia e società* cit., 99 [= ID., *Diritto privato economia* cit., 250]; C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata* cit., 2760 nt. 25; J.G. WOLF, *In mancipio esse*, cit., 160. *Contra* tuttavia, M.G. DE CAQUERAY, *De l'esclavage chez les romains* cit., 99; F.C. SAVIGNY, *Sistema del diritto romano attuale* (trad. V. Scialoja), II, Torino 1888, 51. Per entrambi, infatti, fino a quando durava la condizione di dipendenza era sospeso l'esercizio dei diritti politici. E così anche O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II cit., 237 s.; CH. MAYNZ, *Cours de droit romain*³, III, Bruxelles 1874, 155. Significativa è l'affermazione di S. PEROZZI, *Istituzioni di diritto romano*, I cit., 291 nt. 2, che accogliendo le perplessità del Karlowa, ha affermato: «certo che un quasi servo potesse essere senatore e console, quando non potevano i libertini che sono liberi, sembra a me ... poco probabile». L'osservazione non tiene conto del fatto che la persona *in mancipio* non ha perso l'ingenuità, circostanza questa, che non può dirsi per i libertini.

³⁸ In tal senso può addursi, in particolare, la testimonianza che ci proviene da Paolo, D. 4.5.5.2 (Paul. 11 ad ed.): *Nunc respiciendum, quae capitis deminutione pereant: et primo de ea capitis deminutione, quae salva civitate accidit, per quam publica iura non interverti constat: nam manere magistratum vel senatorem vel iudicem certum est*, dove il giurista, a proposito di ciò che si estingue a seguito della *capitis deminutio* (*quae capitis deminutione pereant*) e con riferimento a quella *capitis deminutio* che si verifica *salva civitate* (dunque la *minima*, come quella che colpisce la persona *in mancipio*), sostiene proprio che i diritti politici non vengono tolti (...*publica iura non interverti*): infatti è certo, secondo Paolo, che si resta magistrato, senatore o giudice (*nam manere magistratum vel senatorem vel iudicem certum est*). Né questa è l'unica testimonianza al riguardo. In questa direzione, appaiono significative anche altre testimonianze dello stesso giurista, trascurate in dottrina, le quali mostrano proprio come la condizione di persona *in mancipio* non fosse incompatibile con l'esercizio di una magistratura. Si veda, innanzitutto, D. 1.7.3 (Paul. 4 ad Sab.): *Si consul vel praeses filius familias sit, posse eum apud semet ipsum vel emancipari vel in adoptionem dari constat*. Un *filius familias* console o governatore poteva essere emancipato o dato in adozione *apud semet ipsum*: cioè presso di lui, nell'esercizio delle funzioni che in questo campo gli competevano. Quel che emerge, se si considera la procedura della *emancipatio* e dell'*adoptio*, è che il console o governatore avrebbero continuato a svolgere le loro funzioni magistratuali anche quando si fossero trovati *in mancipio* (per un brevissimo istante o anche per un lasso di tempo più ampio): la loro capacità di diritto pubblico, insomma, non subiva nessuna soluzione di continuità. Le stesse considerazioni, inoltre, possono farsi a proposito di D. 1.14.2 (Paul. 4 ad Sab.): *Sed etiam ipsum apud se emancipari vel in adoptionem dari placet*. L'*ipsum* si chiarisce se si considera che nel paragrafo che precede, secondo l'ordine dato dai compilatori, si sta facendo riferimento al *filius familias praetor*; questi, perciò, poteva essere emancipato o dato in adozione *apud se*. Ancora una volta, dunque, un *filius familias* magistrato, mancipato e manomesso *apud se*; ancora una volta una testimonianza del fatto che la *capitis deminutio minima* non intaccava la capacità di diritto

3. Una volta precisato quale fosse la condizione giuridica del *filius* romano *in mancipio*, consideriamo adesso la natura del rapporto che veniva ad instaurarsi, a seguito della sua *manumissio*, tra questi e il manomissore: un rapporto che era legato alla particolare condizione di dipendenza in cui il *filius* si trovava precedentemente.

Ebbene, a mio avviso un esame delle fonti consente di costatare la fondatezza di quell'orientamento secondo il quale il rapporto intercorrente tra manomissore e *filius in mancipio* manomesso si modellava, sì, sul rapporto intercorrente tra patrono e liberto, ma restava, tuttavia, da esso differente. Una simile configurazione emerge in modo particolare con riferimento alla tutela del *manumissor* sul manomesso e alla successione del primo nel patrimonio del secondo morto intestato.

a) Con riferimento alla *tutela legitima* assunta dal *pater*, che aveva manomesso il sottoposto dato ad altri *in mancipio* e a lui poi remancipato, si consideri:

Gai 1.166: *Exemplo patronorum recepta est et alia tutela, quae et ipsa legitima vocatur. Nam si quis filium nepotemve aut pronepotem inpuberes, vel filiam neptemve aut proneptem tam puberes quam inpuberes alteri ea lege mancipio dederit, ut sibi remanciparentur, remancipatosque manumiserit, legitimus eorum tutor erit.*³⁹

Ai nostri fini, quella che va evidenziata è l'espressione *exemplo patronorum*, con cui viene proprio ad indicarsi il modello al quale è rapportata la *tutela legitima* del *parens manumissor*. Com'è evidente, dire che la tutela di questi è modellata su quella *legitima* dei patroni non significa che essa discenda da un effettivo rapporto di patronato.

La tutela *feminarum legitima* del *patronus* e quella del *parens* manumissore, sono considerati in quest'altro passo di Gaio

Gai 1.175: *Patroni autem loco habemus etiam parentem, qui ex eo, quod ipso sibi remancipatam filiam neptemve aut proneptem manumisit, legitimam tutelam nactus est. Sed huius quidem liberi fiduciarii tutoris loco numerantur; patroni autem liberi eandem tutelam adipsuntur, quam et pater eorum habuit.*⁴⁰

dove il giurista osserva che, alla stregua del patrono (*'patroni autem loco'*), viene considerato anche l'ascendente che, per il fatto di avere manomesso la figlia o la nipote o la pronipote a lui rimancipata, ne ha ottenuto la tutela legittima.

L'espressione *'patroni autem loco'* assume lo stesso significato che riveste l'espressione *'exemplo patronorum'* in Gai 1.166.

Questa non identificabilità del manumissore di persone libere – l'implicito riferimento alle persone *in mancipio* mi sembra evidente – col patrono trova un riscontro a proposito, questa volta, della *in iure cessio* della *feminarum tutela*, in

pubblico della persona *in mancipio*. Ad essere intaccati da questa *capitis deminutio* erano, invece, i *privata hominis et familiae eius iura*. Cfr. D. 4.5.6 (Ulp. 51 *ad Sab.*): *Nam et cetera officia quae publica sunt, in eo non finiuntur: capitis enim minutio privata hominis et familiae eius iura, non civitatis amittit.*

³⁹ Sul passo vd. in particolare: B. ALBANESE, *Le persone* cit., 66 nt. 226; C. VENTURINI, *Ereditare ed ereditande (appunti a margine di una recente ricerca)*, in BIDR 100, 1997, 666; ID., *Note in materia di emancipata* cit., 2749 ss.; F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano* cit., 138; R. D'ALESSIO, *Studii sulla capitis deminutio* cit., 90.

⁴⁰ Tra gli altri, vd.: C. VENTURINI, *Ereditare ed ereditande* cit., 666; ID., *Note in materia di emancipata* cit., 2751; F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano* cit., 139.

Gai 1.168: *Agnatis et patronis et liberorum capitum manumissoribus permixtum est feminarum tutelam alii in iure cedere; pupillorum autem tutelam non est permixtum cedere, quia non videtur onerosa, cum tempore pubertatis finiatur*,⁴¹

giacché qui Gaio, come può vedersi, menziona separatamente gli agnati, i patroni e i manumissori *liberorum capitum*.⁴² La *manumissio* dei *libera capita* viene, dunque, nettamente distinta da quella che ha ad oggetto lo schiavo e che genera un vero rapporto di patronato: ad essa viene solamente accostata.

In tema, poi, di tutela fiduciaria,⁴³ indicazioni altrettanto significative ci provengono da un passo di Ulpiano:

Tit. Ulp. 11.5: *qui liberum caput mancipatum sibi vel a parente vel a coemptionatore, manumisit, per similitudinem patroni tutor efficitur, qui fiduciarius tutore appellatur*,⁴⁴

dal quale apprendiamo che colui che manomette una persona libera a lui mancipata dal *parens* o dal *coemptionator* acquista la qualità di *tutor fiduciarius per similitudinem patroni*. Quest'ultimo inciso mi pare proprio faccia da perfetto *pendant* delle espressioni '*exemplo patronorum*' e '*patroni loco*' rispettivamente di Gai 1.166 e 1.175.

In definitiva, sia la *tutela legitima* che quella fiduciaria trovano nella tutela del patrono sul liberto il loro modello: ma questo non vuol dire che si tratti di un rapporto di patronato vero e proprio, come quello instaurato a seguito della *manumissio* di uno schiavo.⁴⁵

⁴¹ Oltre alla letteratura citata alla nota successiva, vd.: P. VOCI, *Diritto ereditario romano. I. Introduzione-Parte Generale*, Milano 1967, 59 nt. 156; G. FABRE, *Libertus. Recherches sur les rapports patron-affranchi à la fin de la république romaine*, Roma 1981, 285; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al principato*, Torino 1995, 83; A.M. GIOMARO, *Unde quidam putant (Gai. 3.91): non solo critica alla bipartizione, non solo traccia dell'evoluzione concettuale di contractus*, in *Studi in onore di R. Martini*, II, Milano 2008, 312.

⁴² Il R. D'ALESSIO, *Studii sulla capitis deminutio* cit., 88 nt. 23, ha osservato che «non deve passare inosservato... che, Gai 1.168, menzionando specificamente i *liberorum capitum manumissores* dopo aver citato i *patroni*, per questo stesso fatto distingue la condizione delle *libertae* dalle *mulieres e mancipio manumissae*». Cfr. anche F. SERRAO, *Diritto privato economia* cit., 169 nt. 33.

⁴³ Quella tutela cioè che, com'è noto, compete allorché si è manomesso un individuo libero a noi mancipato o dall'ascendente o da un acquirente per *coemptio* (Gai 1.166a: *Sunt et aliae tutelae, quae fiduciariae vocantur, id est quae ideo nobis competunt, quia liberum caput mancipatum nobis vel a parente vel a coemptionatore manumiserimus*). Tra gli altri, L. MONACO, *Hereditas e mulieres. Riflessioni in tema di capacità successoria della donna in Roma antica*, Napoli 2000, 175; C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata* cit., 2763; R. D'ALESSIO, *Studii sulla capitis deminutio* cit., 91 s.

⁴⁴ S. SOLAZZI, «*Manumissio ex mancipatione*» cit., 204; R. D'ALESSIO, *Studii sulla capitis deminutio minima* cit., 87; C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata* cit., 2756.

⁴⁵ Per altro, occorre mettere in particolare evidenza che, anche se le due tutele appena esaminate s'ispirano al patronato vero e proprio, esse hanno comunque un contenuto diverso almeno in ordine allo *ius cedendae tutelae... feminarum* (filia, nipote, pronipote), come si evince da Gai 1.172: *Sed fiduciarios quoque quidam putaverunt cedendae tutelae ius non habere, cum ipsi se oneri subiecerint. Quod etsi placeat, in parente tamen, qui filiam neptemve aut proneptem alteri ea lege mancipio dedit, ut sibi remanciparetur, remancipatamque manumisit, idem dici non debet, cum is et legitimus tutor habeatur et non minus huic quam patronis honor praestandus sit*. Dal passo apprendiamo che mentre per i tutori *feminarum* fiduciari alcuni (*quidam*) escludevano il diritto di cedere la tutela, essendosi essi stessi sobbarcati l'onere (*cum ipsi se oneri subiecerint*); altro era, invece, il discorso per i tutori legittimi. Infatti, osserva il giurista, il genitore che

L'accostamento al patronato è, dunque, anche qui operato senza che patrono e *manumissor* vengano identificati.

b) Che il rapporto di patronato abbia funzionato da modello su cui informare la disciplina di quello intercorrente tra *manumissor* e *persona in mancipio* manomessa trova riscontro pure in tema di *bonorum possessio contra tabulas*.⁴⁶

Si consideri, infatti:

D. 37.12.1 pr. (Ulp. 45 *ad ed.*): *Emancipatus a parente in ea causa est, ut in contra tabulas bonorum possessione liberti patiat exitum. quod aequissimum praetori visum est, quia a parente beneficium habuit bonorum quaerendorum: quippe si filius familias esset, quodcumque sibi acquireret, eius emolumentum patri quaereret. et ideo itum est in hoc, ut parens exemplo patroni ad contra tabulas bonorum possessionem admittatur,*

dove Ulpiano afferma, in particolare, che al *parens manumissor* è concessa dal pretore la *bonorum possessio contra tabulas*⁴⁷ nei confronti del *filius* emancipato⁴⁸ '*exemplo patroni*'.⁴⁹

diede in *mancipio* ad altri la figlia o la nipote o la pronipote a patto che gli fosse rimancipata, e rimancipata la manomise, risulta, in quanto tutore legittimo, non meno da onorare dei patroni. Cosa concretamente significasse quest'ultimo rinvio, lo si ricava da Gai 1.168 dal quale apprendiamo che ai patroni (come agli agnati e ai manumissori di individui liberi) mentre non è consentito cedere la tutela sugli impuberi (perché non appare onerosa concludendosi al tempo della pubertà), è consentito, invece, *in iure cedere* la tutela delle femmine. Ne discende, quindi che, a differenza del tutore fiduciario, il tutore legittimo poteva cedere la tutela *mulierum*, sicché tra le due tutele c'era una certa differenza, direi una diversa aderenza al modello comune di riferimento, e cioè il patronato, che, comunque, restava sullo sfondo senza però mai identificarsi col rapporto intercorrente tra manomissore (*parens* o *extraneus*) e manomesso. A questo riguardo la parte finale del § 172 (...*cum is et legitimus tutor habeatur et non minus huic quam patronis honor praestandus sit*) è particolarmente significativa proprio perché affianca il *tutor legitimus* (*parens manumissor*) al patrono senza mai, appunto, identificarli: il tutore legittimo è altro rispetto al patrono (non si sta trattando, infatti, della tutela legittima che spetta al *patronus*) ma a questi va paramentrato a livello di *honor*. Su Gai 1.172, tra gli altri, C. COSENTINI, *Studi sui liberti. Contributo allo studio della condizione giuridica dei liberti cittadini*, I, Catania 1948, 257 ss.; sul significato e valore storico dell'*in iure cessio tutelae*, vd. P. ZANNINI, *Studi sulla tutela mulierum* II. *Profili strutturali e vicende storiche dell'istituto*, Milano 1979, 39 ss. Cfr. inoltre, C. VENTURINI, *Ereditare ed ereditande cit.*, 666; ID., *Note in materia di emancipata cit.*, 2749 ss.; F. SCOTTI, *Il testamento nel diritto romano cit.*, 136 ss. Rimane fuori dal nostro orizzonte una disamina del passo che evidenzia gli aspetti 'fiduciari' della tutela. Da questo punto di vista, rinvio in particolare a R. FERCIA, *«Fiduciam contrahere» e «contractus fiduciae». Prospettive di diritto romano ed europeo*, Napoli 2012, 165 ss.

⁴⁶ Così già VENTURINI, *Note in materia di emancipata cit.*, 2770 s.

⁴⁷ Secondo Paconio, come apprendiamo da D. 37.12.3 pr., il *parens manumissor* ha diritto alla *bonorum possessio contra tabulas* dell'intero patrimonio (*totorum bonorum*) se ha istituito eredi persone turpi (per esempio, una meretrice); solo della parte stabilita se non fu istituito un erede turpe. Cfr. D. 37.12.3 pr. (Paul. 8 *ad Plaut.*): *Paconius ait: si turpes personas, veluti meretricem, a parente emancipatus et manumissus heredes fecisset, totorum bonorum contra tabulas possessio parenti datur: aut constitutae partis, si non turpis heres esset institutus*. Nel passo, tuttavia, non è genuino l'inciso '*emancipatus et*'. Come osserva il S. SOLAZZI, *«Manumissio ex emancipatione» cit.*, 202, «l'emancipazione è il risultato delle *mancipationes* e delle *manumissiones*; si potrà dire *mancipatus et manumissus*, non mai *emancipatus et manumissus*... Paolo dovette scrivere *filius manumissus*». La *b. possessio contra tabulas* non è concessa al *parens manumissor*: a) nel caso in cui il genitore abbia accettato del denaro. Cfr. D. 37.12.1.3 (Ulp. 45 *ad ed.*): *Si parens vel accepit pecuniam, ut emanciparet, vel postea vivus in eum filius quantum satis est contulit, ne iudicia eius inquietet, exceptione doli repellitur*; b) nel caso in cui il figlio abbia cominciato il servizio militare. Cfr. D. 37.12.1.4 (Ulp.

Questa espressione mostra, ancora una volta, che il rapporto di patronato costituiva solo il modello⁵⁰ al quale si rifaceva la disciplina della *bonorum possessio contra tabulas* del *parens manumissor*.⁵¹

Un modello dal quale, ovviamente, era possibile discostarsi.

Occorre, infatti, osservare che rispetto al modello di riferimento (il patronato), la disciplina del rapporto *manumissor-filius* manomesso, sempre in tema di *bonorum possessio contra tabulas*, presenta qualche variante,⁵² come risulta da

D. 37.12.1.5 (Ulp. 45 *ad ed.*): *Liberos autem manumissoris non venire ad contra tabulas bonorum possessionem filii constat, quamvis patroni veniant,*

dove Ulpiano ricorda che i figli del manomissore non sono chiamati alla *bonorum possessio contra tabulas* del figlio, sebbene lo siano i figli del patrono.⁵³

Nel frammento il giurista non identifica, come neanche Gaio aveva fatto in 1.168, i manumissori di uomini liberi (*liberos autem manumissoris*) con i patroni (*quamvis patroni veniant*), con ciò, appunto, lasciando intravedere l'esistenza di un rapporto tra manomissore e manomesso (quello conseguente alla terza *mancipatio*) diverso da quello che discende dal patronato.

c) La non identificabilità del rapporto intercorrente tra *manumissor* e *persona in mancipio* manomessa con quello di vero e proprio patronato trova riscontro, del resto, con ri-

45 *ad ed.*): *Est et alius casus, quo bonorum possessionem contra tabulas parens non accipit, si forte filius militare coeperit: nam divus pius rescripsit patrem ad contra tabulas bonorum possessionem venire non posse. Contra tutavia D. 29.1.29.3 (Marc. 10 Dig.): Patri eius, qui in emancipatione ipse manumissor exstisset, contra tabulas testamenti dandam bonorum possessionem partis debitae placet exceptis his rebus, quas in castris adquisisset, quarum liberam testamenti factionem habet.* Su cui, in particolare, C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata* cit., 2771.

⁴⁸ Per la *filia* vd. D. 37.12.3.1 (Paul. 8 *ad Plaut.*): *Si filius emancipatus testamento suo patrem suum praeterierit sive heredem instituerit, fideicommissa non cogetur pater praestare ex sua parte, quae ei debetur, etiamsi adierit hereditatem. sed et si filia vel neptis manumissa sit et pater vel avus praeteritus petat bonorum possessionem, eadem quae in filio dicenda sunt.*

⁴⁹ Per la *bonorum possessio contra tabulas* del patrono cfr. Gai 3.40-41.

⁵⁰ C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata* cit., 2756. Diversa è la prospettiva da cui muove (e quindi le conclusioni) L. AMIRANTE, *Famiglia, libertà* cit., 77, «né la condizione della persona *in mancipio* manomessa è diversa da quella dello schiavo manomesso. Il testamento del figlio emancipato, il quale a seguito del complicato meccanismo dell'emancipazione prima dell'ultima manomissione viene a trovarsi *in mancipio* del proprio padre, è sottoposto alla *bonorum possessio contra tabulas liberti 'exempli patroni'* (D.37.12.1pr.) alla stessa stregua del testamento di qualsivoglia schiavo manomesso».

⁵¹ Che non è tenuto ad eseguire i fedecommissi disposti dal figlio D. 37.12.3.1 (Paul. 8 *ad Plaut.*): *Si filius emancipatus testamento suo patrem suum praeterierit sive heredem instituerit, fideicommissa non cogetur pater praestare ex sua parte, quae ei debetur, etiamsi adierit hereditatem. sed et si filia vel neptis manumissa sit et pater vel avus praeteritus petat bonorum possessionem, eadem quae in filio dicenda sunt.* Sul punto B. ALBANESE, *Le persone* cit., 88; R. D'ALESSIO, «Tutela fiduciaria» e interesse del tutore, in *Labeo* 50, 2004, 88.

⁵² Come ancora quella evidenziata dal C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata* cit., 2771, a proposito dei beni acquistati dal figlio *in castris*: «...la posizione del *pater* ...qui in emancipatione ipse *manumissor exstisset* era equiparata (eccezion fatta per i beni dal figlio acquisiti *in castris*: Marc. 10 *dig.* D.29.1.29.3) a quella del patrono...».

⁵³ P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, II cit., 751; C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata* cit., 2771 nt. 52.

guardo all'obbligo di prestare le *operae*, alla esperibilità delle azioni Fabiana e Calvisiana e alla applicabilità delle leggi *Aelia Sentia* e *Fufia Caninia*.

Va, infatti, detto innanzitutto che, a differenza di quanto accadeva per il patrono nei confronti del liberto,⁵⁴ il *pater* non poteva imporre le *operae* al *filius* da lui manomesso,⁵⁵ come risulta da

D. 37.12.4 (Marcellus 9 *dig.*): *Patri qui filium emancipavit de his, quae libertatis causa imposita fuerint, praetor nihil edicit, et ideo frustra pater operas stipulabitur de filio,*

D. 37.15.10 (Tryphonus 17 *disp.*): *Nullum ius libertatis causa impositorum habet in mancipato filio, quia nihil imponi liberis solet. nec quisquam dixit iureiurando obligari filium patri manumissori ut libertum patrono: nam pietatem liberi parentibus, non operas debent.*

Si noti, nel secondo testo, l'inciso '*ut libertum patrono*', che serve proprio ad evidenziare la diversità esistente fra la condizione del patrono e quella del *parens manumissor*.

Come inoltre apprendiamo da:

D. 37.12.2 (Gaius 15 *ad ed. provinc.*): *Non usque adeo exaequandus est patrono parens, ut etiam Faviana aut Calvisiana actio ei detur, quia iniquum est ingenuis hominibus non esse liberam rerum suarum alienationem*⁵⁶

il pretore non estendeva al *parens manumissor* l'azione Fabiana e Calvisiana, previste a tutela del patrono e, come si desume, a lui solamente spettanti.⁵⁷

Il passo gaiano merita attenzione perché mostra, da un lato, come nel pensiero del giurista la condizione del *parens manumissor* fosse, al riguardo, del tutto distinta da quella del patrono ('*non usque adeo exaequandus est patrono parens*'); dall'altro, come a suo giudizio la totale assimilazione fosse impedita proprio dalla condizione di *ingenuus* del manomesso ('*quia iniquum est ingenuis hominibus...*').

Si consideri infine:

Gai 1.139: *Nec tamen in hoc casu lex Aelia Sentia locum habet: itaque nihil requirimus, cuius aetatis sit is, qui manumittit et qui manumittitur; ac ne illud quidem, an patronum*

⁵⁴ Tra gli altri, H. LEMONNIER, *Etude historique sur la condition privée des affranchis aux trois premiers siècles de l'empire romain*, Roma 1971 (rist. ed. Paris 1887), 101 ss.; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart 1986, 19 ss.; ID., *Patroni e liberti*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI (a cura di), *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana. Dall'epoca di Plauto a Ulpiano*, Pavia 2010, 551 ss.; C. MASI DORIA, *Inpudicitia, officium e operae libertorum*, in ZSS 110, 1993, 77 ss. (il contributo si trova pure in *Civitas operae obsequium. Tre Studi sulla condizione giuridica dei liberti*, Napoli 1993, 47 ss.); G.M. OLIVIERO, «*Iura patroni*» e *successione ereditaria*, in Labeo 50, 2004, 245 ss. (a nt. 40 ulteriore bibliografia).

⁵⁵ Sulla stretta connessione tra *operae* e *officium*, W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., 125 ss.; C. MASI DORIA, *Inpudicitia, officium e operae libertorum* cit., 85 ss.; EAD. *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 80 nt. 34; 90, 129.

⁵⁶ P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I cit., 137; B. ALBANESE, *Le persone* cit., 66; R. D'ALESSIO, *Studii sulla capitis deminutio* cit., 89.

⁵⁷ Contro le alienazioni fraudolente realizzate dai liberti. Sull'*actio Fabiana* e *Calvisiana*, vd.: B. ALBANESE, *Le persone* cit., 93 s.; G. FABRE, *Libertus* cit., 312; ed in particolare: C. MASI DORIA, *Bona libertorum* cit., 221 ss.

creditorumve manumissor habeat; ac ne numerus quidem lege Fufia Caninia finitus in his personis locum habet.

Gaio, che nel precedente paragrafo ha preso in considerazione la manomissione delle persone *in mancipio* (1.138. *Il, qui in causa mancipii sunt, quia servorum loco habentur, vindicta, censu, testamento manumissi sui iuris fiunt*), afferma che *in hoc casu* non trovano applicazione le *leges Aelia Sentia* e *Fufia Caninia*⁵⁸ riguardanti, come sappiamo, la manomissione degli schiavi: il che conferma ulteriormente la netta distinzione da me prima evidenziata.⁵⁹

4. Ma vediamo, adesso, per quale ragione il rapporto fra manumissore e persona *in mancipio* manomessa era solo modellato su quello di patronato, senza identificarsi con questo. A mio avviso, la diversità del rapporto tra il liberto e il patrono, da un lato, e tra il *filius* cittadino romano manomesso e il suo manomissore, dall'altro, va considerata sotto il profilo della libertà e della cittadinanza romana.

A seguito della *manumissio*, infatti, il liberto acquistava sia la libertà che cittadinanza, di cui prima era, dunque, privo; la *persona in mancipio* romana, invece, passava dalla condizione di 'servi loco' a quella di *sui iuris*,⁶⁰ conservando però la libertà e la cittadinanza che, come ho prima evidenziato,⁶¹ non era stata mai perduta.

L'acquisto della condizione di liberto dipendeva proprio dal conseguimento della libertà e della cittadinanza romana. Possiamo, anzi, dire che è l'acquisto della cittadinanza che, a questo riguardo, risulta dalle fonti posto fortemente in primo piano.

Come ci informa infatti Ulpiano, è liberto colui che qualcuno 'ex servitute ad civitatem romanam perduxit':

D. 38.16.3.1 (Ulp. 14 *ad Sab.*): *Libertum accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem romanam perduxit sive sponte sive necessitate, quoniam rogatus fuit eum manumittere: nam et ad huius legitimam hereditatem admittitur.*

Lo stesso Ulpiano, a proposito dell'editto di P. Rutilio Rufo,⁶² volto ad attenuare (*moderandi gratia*) il carico dei doveri dei liberti nei confronti dei patroni, in

⁵⁸ Sul contenuto delle due leggi, tra gli altri, H. LEMONNIER, *Etude historique* cit., 45 ss.; P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de la manumisión en Roma* cit., 75 e 82; ID., *Las leyes augusteas sobre manumisión*, in *La fin du statut servile? Affranchissement, libération, abolition*, I (Actes des colloques du Groupe de recherche sur l'esclavage dans l'antiquité, Besançon 15-17 décembre 2005), Besançon 2008, 219 ss. (ivi bibliografia precedente).

⁵⁹ Non c'era evidentemente il timore che con le *manumissiones* si creassero nuovi cittadini che avrebbero alimentato la massa degli elettori incerti, facilmente manovrabili e pericolosi per l'ordine pubblico: i manomessi dalla condizione di *in mancipio*, come più volte ribadito, restavano infatti ingenui e cittadini. G. IMPALLOMENI, *Le manomissioni mortis causa. Studi sulle fonti autoritative romane*, Padova 1963, 59 ss.

⁶⁰ Gai 1.138: *Il qui in causa mancipii sunt... vindicta censu testamento manumissi sui iuris fiunt.*

⁶¹ Vd. *supra*, § 2.

⁶² Pretore non più tardi del 118 e console nel 105 a.C. Vd. C. MASI DORIA, *Inpudicitia, officium e operae libertorum* cit., 82; L. FANIZZA, *Autorità e diritto: l'esempio di Augusto*, Roma 2004, 27. Sull'editto, oltre alla letteratura citata nelle note precedenti, vd. anche J. MACQUERON, *Le travail des hommes libres dans l'antiquité romaine*, Aix-en-Provence 1958, 105 ss.

D. 38.2.1pr. (Ulp. 42 ad ed.): *Hoc edictum a praetore propositum est honoris, quem liberti patronis habere debent, moderandi gratia. namque ut Servius scribit, antea soliti fuerunt a libertis durissimas res exigere, scilicet ad remunerandum tam grande beneficium, quod in libertos confertur, cum ex servitute ad civitatem romanam perducuntur.*⁶³

ci informa che i patroni solevano ‘*durissimas res exigere*’ dai liberti,⁶⁴ quale remunerazione del ‘*grande beneficium*’ loro conferito, e cioè quello di farli passare – torna ancora una volta la stessa espressione – dalla servitù alla cittadinanza romana (‘*cum ex servitute ad civitatem romanam perducuntur*’), che ovviamente presupponeva l’acquisto della libertà.⁶⁵

Risulta chiaro, a questo punto, che, diversamente a quanto accadeva per gli schiavi, alla *manumissio* della *persona in mancipio* non seguiva un altrettanto ‘*grande beneficium*’,⁶⁶ perché essa era già libera e cittadina, e con la *manumissio*, come si è detto, avrebbe assunto soltanto la condizione di *sui iuris* (Gai 1.138).⁶⁷

Si comprende, allora, la ragione per la quale gli obblighi che caratterizzavano il rapporto tra manomissore e *filius* manomesso risultavano così ridimensionati ed, ancora, perché la *persona in mancipio* manomessa, che non aveva mai perso l’*ingenuitas*, non poteva considerarsi propriamente un liberto.

Si trattava, dunque, di vincoli differenti determinati da differenti condizioni di partenza: schiavo, da un lato, e *persona in mancipio*, ‘*servi loco*’ ma libero e cittadino, dall’altro.

⁶³ Tra gli altri, vd.: COSENTINI, *Studi sui liberti*, I cit., 153 ss.; P. PESCANI, *Le «operae libertorum»*, Trieste 1967, 23; W. WALDSTEIN, *Operae libertorum* cit., 125 ss.; P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El beneficium manumissionis, la obligación de manumitir y la virtud estoica*, in DHA 19, 1993, 48; ID., *Historia de la manumisión en Roma* cit., 60; C. MASI DORIA, *Bona libertorum* cit., 227 ss.; EAD. *Inpudicitia, officium e operae libertorum* cit., 82 ss.; R. QUADRATO, «*Beneficium manumissionis*» e «*obsequium*», in Index 24, 1996, 342 ss.; L. FANIZZA, *Autorità e diritto* cit., 26 ss.; M. L. LÓPEZ HUGET, *El domicilio del liberto. Un presunto supuesto de domicilium necessarium a examen*, in Revista de derecho Uned 8, 2011, 168 s.; T.A.J. MCGINN, *Obligations in Roman Law*, Ann Arbor 2012, 115 s.; C. VENTURINI, *Note in materia di emancipata* cit., 2771.

⁶⁴ Sul significato dell’espressione ‘*res exigere*’, per tutti, C. MASI DORIA, *Inpudicitia, officium e operae libertorum* cit., 82.

⁶⁵ Ulpiano qui utilizza, a mio avviso, una sorta di sineddoche. Osserva R. QUADRATO, «*Beneficium manumissionis*» e «*obsequium*» cit., 343, a proposito del frammento in esame, che «la *libertas* viene assorbita nella *civitas*. Con la libertà...è l’acquisto della *civitas*, e della *civitas* romana in particolare, che conferisce all’atto di manomissione una portata enorme». Sull’«*inscindibile correlazione*» tra *libertas* e *civitas*, vd. E. VOLTERRA, *Manomissione e cittadinanza*, in *Studi in onore di U.E. Paoli*, Firenze 1955, 697: «lo *status libertatis* deve necessariamente accompagnarsi ad uno *status civitatis*, inteso questo come una data posizione giudica attribuita all’individuo nell’ambito di una dato ordinamento». Come scrive, CH. WIRSZUBSKI, *Libertas. Il concetto politico di libertà a Roma tra repubblica e impero*, Bari 1957, 11, «La *libertas* e la *civitas* dei Romani denotano l’una e l’altra la stessa cosa, ma ciascuna da un differente punto di vista e ponendo l’accento su un aspetto differente: *libertas* significa in primo luogo lo stato dell’individuo come tale, mentre *civitas* denota in primo luogo lo stato dell’individuo in relazione alla comunità».

⁶⁶ Sul significato dell’espressione vd., tra gli altri, P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *El beneficium manumissionis* cit., 47 ss.; ID., *Historia de la manumisión en Roma* cit., 58 ss.; R. QUADRATO, «*Beneficium manumissionis*» e «*obsequium*» cit., 341 ss.

⁶⁷ A ciò si aggiunga quest’altra considerazione. Come si ricorderà, la *persona in mancipio* poteva conseguire di essere manomessa per censo anche contro il volere di colui che l’aveva in *mancipio* (Gai 1.140: *etiam invito quoque eo cuius in mancipio*). In questo caso, quale grande *beneficium* avrebbe potuto esservi nei confronti di chi non aveva voluto compiere un atto al quale probabilmente era tenuto?

5. Una volta chiarito che il rapporto conseguente alla *manumissio* del *filius* romano in *mancipio* non era configurabile come un vero e proprio patronato, occorre allora chiedersi, a questo punto, quale sia il senso da attribuire al brano di Livio, dal quale ho preso le mosse e che, secondo alcuni studiosi, supporterebbe, invece, proprio una simile configurazione:

Liv. 41.8.10: *Nam et ne stirpem domi relinquerent, liberos suos quibusquibus Romanis in eam condicionem, ut manu mitterentur, mancipio dabant, libertinique cives essent...*⁶⁸

Perché Livio ha qualificato *libertini* i latini mancipati al romano e da lui manomessi?

Dico subito che alcuni studiosi hanno sostenuto che lo storico considerasse qui la *mancipatio* come vendita del figlio come schiavo:⁶⁹ il che avrebbe spiegato perché la successiva *manumissio* gli avrebbe fatto acquistare la condizione di liberto. Se non che a mio avviso non c'è alcuna ragione che consenta di configurare così la *mancipatio* del *filius* compiuta dal latino,⁷⁰ dal momento che anche i latini, secondo quanto appren-

⁶⁸ Vd. *supra* § 1.

⁶⁹ Così P. BONFANTE, *Corso di diritto romano* I cit., 137; J. ELLUL, *Étude sur l'évolution et la nature juridique du mancipium*, Bordeaux 1936, 143; A. H. McDONALD, *Rome and the Italian confederation* (200-186 B.C.) cit., 23 nt. 92; C. NICOLET, *Le métier de citoyen dans la Rome républicaine*, Paris 1976, 56; M. HUMBERT, *Municipium et civitas sine suffragio* cit., 114; E. FRÉZOUIS, *Rome et les Latins* cit., 117; G. POMA, *Le istituzioni politiche del mondo romano*, Bologna 2009, 119; P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de la manumisión en Roma* cit., 99. Cfr. pure, sebbene con una posizione più sfumata, E. T. SALMON, *Roman Colonisation* cit., 56; più generica, invece, la posizione di A.J. TOYNBEE, *Hannibal's Legacy* cit., 40 [= *L'eredità di Annibale* cit., 155], per il quale uno degli espedienti escogitati dai latini per eludere la legge consisteva nel «...to consign the son who had been left behind to some Roman citizen as his nominal slave». Di *mancipatio* del *filius*, invece, parlano G. FABRE, *Libertus* cit., 22; J.C. SAINT-HILAIRE, *Les libertini* cit., 350; U. LAFFI, *Sull'esegesi di alcuni passi di Livio* cit., 58.

⁷⁰ C'è da dire che nel brano di Livio una sola *mancipatio* sarebbe stata sufficiente ai fini dell'estinzione del potere paterno. Secondo, però, TH. MOMMSEN, *Le droit public romain*, VI.2, Paris 1984 (rist. Paris 1889), 252 nt.1, egli non farebbe riferimento ad una sola *mancipatio* (che, a suo avviso, non sarebbe stata idonea ad estinguere il potere paterno, dal momento che erano necessarie le tre successive *mancipationes* prescritte in XII tab.4.2b): «Il s'agit évidemment des trois mancipationes de l'adoption qui détruisent la puissance paternelle... et de la revendication fictive qui vient après elles...». La tesi non ha, però, convinto la dottrina [cfr. F. KNIEP, *Gai Institutionum commentarius primus*, Jena 1911, 186 ss.; M. KASER, *Zum Begriff des «commercium»*, in *Studi Arangio Ruiz*, II, Napoli 1953, 147; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, I cit., 90 nt. 36; U. LAFFI, *Sull'esegesi di alcuni passi di Livio* cit., 58]. A mio avviso la circostanza che Livio faccia riferimento ad una sola *mancipatio* si spiega agevolmente tenendo conto del tipo di potere che il Latino poteva vantare sul figlio. Si può, invero, discutere se si trattasse o meno di una potestà in un'accezione tecnica accostabile a quella dei romani (perplexità, in generale, sono state espresse anche da F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*». *Municipalità e «ius romanorum»*, Napoli 1993, 74 nt. 196), ma certamente il suo contenuto non era quello che aveva la *potestas* del *pater familias* romano. Quest'ultima, infatti, costituiva *ius proprium civium Romanorum*. Cfr. Gai 1.55: *Item in potestate nostra sunt liberi nostri, quos iustis nuptiis procreavimus. Quod ius proprium civium Romanorum est (fere enim nulli alii sunt homines, qui talem in filios suos habent potestatem, qualem nos habemus) idque divi Hadriani edicto, quod proposuit de his, qui sibi liberisque suis ab eo civitatem Romanam petebant, significatur. Nec me praeterit Galatarum gentem credere in potestate parentum liberos esse*. Il passo mi pare significativo perché in esso il giurista dice che i romani hanno la *potestas* sui figli procreati in nozze legittime (...*iustis nuptiis procreavimus*). Ciò che rivendica Gaio è, dunque, una specialità che riguarda presupposti e contenuti di tale *potestas*, giacché quasi nessun altro popolo ne conosce una come quella dei romani. Questo, però, non esclude che altri popoli abbiano comunque i figli in potestà [cfr. M. HUMBERT, *Le droit latin impérial: cités latines ou citoyenneté latine?*, in *Ktèma* 6, 1981, 212 ss. (e nt. 18)]. Sul punto vd. Anche G. MANCINI, *Cives Romani Municipales*

diamo dalle fonti, potevano costituire i loro figli *in mancipio*: proprio come avveniva per i romani.

Com'è noto, infatti, i latini, godendo del *ius commercii*,⁷¹ potevano *mancipare*.⁷²

Tit. Ulp. 19.4-5: *Mancipatio locum habet inter cives Romanos et Latinos coloniarios Latinosque Iunianos eosque peregrinos, quibus commercium datum est. Commercium est emendi vendendique invicem ius.*

Non solo, ma sappiamo pure che gli abitanti dei municipi iberici, che godevano anch'essi del *ius Latii*,⁷³ potevano costituire *in mancipio* il proprio figlio,⁷⁴ come stanno a

Latini, Milano 1997, 4 ss.; P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Latini y Latini Iuniani. De nuevo sobre Irn.* 72, in *Studia Historica. Historia Antigua* 9, 1991, 59]. Così, per esempio, come ricorda lo stesso Gaio, i Galati (cfr. I. PIRO, «*Usus*» in *manum convenire*, Napoli 1994, 86). Se è così, allora, non sorprende che al latino, titolare di un potere sul figlio diverso da quello proprio dei cittadini romani, fosse sufficiente, per estinguerlo, una sola *mancipatio*: come del resto accadeva pure tra i romani, quando si trattava di estinguere, con una sola *mancipatio* appunto, la *potestas* sulla figlia o sugli altri discendenti d'entrambi i sessi. Cfr. Gai 1.132: *Sed filius quidem tribus mancipationibus, ceteri vero liberi sive masculini sexus sive feminini una mancipatione exeunt de parentum potestate*; Gai 1.134: *...seu masculini seu feminini sexus, una scilicet mancipatio sufficit, et aut remancipantur parenti aut non remancipantur. Eadem et in provinciis apud praesidem provinciae solent fieri*. Gai 1.135a: *– 2– nam ut supra diximus, quod in filio ... faciunt tres mancipationes, hoc facit una mancipatio in nepote*. Non sorprende, in definitiva, che nel resoconto liviano il latino perdesse ogni legame con il proprio figlio a seguito di una sola *mancipatio*, trovandosi praticamente nella stessa condizione del *pater* romano che avesse mancipato il figlio per la terza volta.

⁷¹ Tra gli altri, E.S. SHUMWAY, *Freedom and Slavery in Roman Law* cit., 644; M.A. DE DOMINICIS, v. *Latini*, in *NNDI*, 9, 1963, 463 ss.; A. GUARINO, *Le origini quiritarie*, Napoli 1973, 266 ss.; G. LURASCHI, *Foedus ius latii civitas* cit., 215 ss., spec. 260 ss.; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, I cit., 90 nt. 36; P. LE ROUX, *Rome et le droit latin* cit., 319; W. BROADHEAD, *Rome's migration policy and the so-called ius migrandi* cit., 69 ss.

⁷² Sulla *mancipatio* dei latini e sul *ius commercii* loro concesso, tra gli altri, vd.: TH. MOMMSEN, *Le droit public romain*, VI, 2 cit., 251 s.; M. KASER, *Vom Begriff des "commercium"* cit., 134 ss.; A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*² cit., 109 nt. 5; A. GUARINO, *Le origini quiritarie* cit., 266 ss., spec. 278 ss.; G. LURASCHI, *Foedus ius latii civitas* cit., 267 e 271; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, «*Ius commercii*», «*conubium*», «*civitas sine suffragio*». *Le origini del diritto internazionale privato e la romanizzazione delle comunità latino-campane*, in *Le strade del potere*, Catania 1994, 19 ss.; ID., *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazione nella 'civitas Romana'* cit., 75 ss.; M. HUMBERT, *Le status civitatis. Identité et identification du civis Romanus*, in *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana* cit., 168; S.T. ROSELAAR, *The concept of commercium in the roman republic*, in *Phoenix* 66, 2012, 387.

⁷³ Come, più in generale, apprendiamo da Plin., *N.H.* 3.3.30: *Universae Hispaniae Vespasianus imperator Augustus iactum procellis rei publicae Latium tribuit*. Sul contenuto «spécifique» del *ius Latii*, in particolare, vd.: M. HUMBERT, *Le droit latin impérial* cit., 217 ss.; F. LAMBERTI, «*Tabulae Imitanae*» cit., 17 ss.; ID., *Ius Latii et leges municipii di epoca Flavia*, in *Gerión* 36.2, 2108, 464 ss. (ed ivi ulteriore bibliografia); P. LE ROUX, *Rome et le droit latin* cit., 324.

⁷⁴ Vd. però J. ELLUL, *Étude sur l'évolution* cit., 143: «...parce que le Latin vendu n'était pas réellement in mancipio, il n'a pu être considéré comme tel ...»; 144: «Le mancipium existait bien en Italie, mais non pas certainement entra personnes de cités différentes, si bien, que lorsque le citoyen affranchit le file acheté, il en fait évidemment un affranchi citoyen: c'est l'état normal, puisque aucun tien ne l'empêche, pas plus que des règles de droit commun». A. D'ORS, *Epigrafia jurídica de la España romana*, Madrid 1953, 288, a proposito del 'valor' del termine *mancipium* nel cap. 22 della *lex Salp.*, sostiene che non sarebbe possibile nella legge «una referencia exclusiva a las personas que se hallan compradas (*in mancipio*)... dada la poca importancia de tan poca frecuente situación». Non credo che questa motivazione possa

testimoniare due incisi delle leggi Salpensana ed Irnitana:⁷⁵

Lex municipii Salpensani, 22. Qui quae«q»ve ex h(ac) l(ege) exve «ex» edicto imp(eratoris) Caesaris Aug(usti) Vespasiani, imp(eratoris)ve Titi Caesaris Aug(usti), aut imp(eratoris) Caesaris Aug(usti) Domitiani p(atris) p(atriciae) civitatem Roman(am) consecutus consecuta erit: is ea in eius, qui c(ivis) R(omanus) h(ac) l(ege) factus erit, potestate manu mancipio, cuius esse deberet, si civitate Romana mutatus mutata non esset...⁷⁶

Lex Irn. 22. R(ubrica). Ut, qui civitatem Romanam consequentur, maneant in eorumdem manu mancupio potestate. Qui quaeve ex h(ac) l(ege) exve edicto imp(eratoris) Caesaris Vespasiani Aug(usti), imp(eratoris)ve T(iti) Caes(aris) Vespasiani Aug(usti), aut imp(eratoris) [C]aesaris Domitiani Aug(usti), p(atris) p(atriciae) civitatem Romanam consecutus consecuta erit: is ea in eius, qui civis Romanus h(ac) l(ege) factus erit, potestate manu mancupio, cuius esse deberet, si civitate mutatus mutata non esset...⁷⁷

dove si stabilisce che coloro che conseguono nel municipio la cittadinanza romana devono permanere nella *manus*, nel *mancipium* o nella *potestas*⁷⁸ in cui si trovavano prima di cambiare cittadinanza:⁷⁹ il che sta, per l'appunto, a significare che si trattava di persone che erano state oggetto di *mancipatio*.⁸⁰

Se è così, mi pare allora evidente che nel brano di Livio la *mancipatio* del *filius* latino compiuta in favore di un romano (in vista della sua successiva *manumissio*) non lo rendeva schiavo ma libero *in mancipio* di un romano: con la conseguenza che la successiva *manu-*

accogliersi considerando l'impostazione gaiana relativa alle persone *in mancipio*, come dimostrerò in un volume di prossima pubblicazione.

⁷⁵ I due capitoli in esame sottintendono la concessione del *ius Latii* 'universae Hispaniae' effettuata da Vespasiano «assai probabilmente mediante editto». Così F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*» cit., 231.

⁷⁶ A. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana*, Madrid 1953, 286.

⁷⁷ F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*» cit., 276. Cfr., inoltre, A. D'ORS, J. D'ORS, *Lex Irnitana (texto bilingüe)*, Santiago de Compostela 1988, 16; J.G. WOLF, *Die lex Irnitana. Ein römisches Stadtrecht aus Spanien*, Darmstadt 2011, 50.

⁷⁸ Secondo J. GONZÁLEZ, M.H. CRAWFORD, *The Lex Irnitana: a new copy of the Flavian Municipal Law*, in JRS 76, 1986, 148: «Our law assumes that among the Latin municipes of Irni there existed: the institution of *patria potestas* (Chs. 21 and 86); the institutions of *patria potestas*, *manus*, *mancipium* (Ch.22); right of patron over freedman (Chs.23 and 96); manumission ...». Ma il punto, in dottrina, è controverso. G. HANARD, *Note à propos des leges Salpensana et Irnitana: faut-il corriger l'enseignement de Gaius?*, in RIDA 34, 1987, 173 s., ritiene che «les termes techniques *potestas*, *manus* et *mancipium*, aux implications juridiques précises, n'ont jamais pu qualifier des rapports personnels entre Latins».

⁷⁹ A proposito della triade *manus*, *mancipium* e *potestas* di Irn. 22, F. LAMBERTI, «*Tabulae Irnitanae*» cit., 74, ha sostenuto che «era necessario, per il legislatore che disponeva doversi la cittadinanza comunicare a discendenti e sottoposti, presupporre che, anche prima dell'acquisto della *civitas*, intercorressero rapporti di *manus*, *mancipium* e *potestas*, perché questi potessero poi esplicarsi dopo il mutamento di *status*. Indipendentemente o meno dalla effettiva esistenza di simili istituti nella comunità destinataria della *lex municipii*, occorre presupporli, come se costoro fossero sempre stati *cives* Romani, per potervi applicare le regole del *ius civile*». Cfr. anche ID., «*Civitas Romana*» e diritto latino fra tarda repubblica e primo principato, in Index 39, 2010, 230.

⁸⁰ Scrive A. D'ORS, *Epigrafía jurídica de la España romana* cit., 286, a proposito del cap. 22 della *lex. Salp.*: «La adquisición de la ciudadanía no destruía los vínculos civiles del *mancipium*, *manus* y (*patria*) *potestas* existentes con anterioridad en virtud del *status* de Latinidad...».

missio che lo sottraeva alla ‘dipendenza’ attuale (*in mancipio*) non poteva che avere gli effetti naturali propri.

Ora, è noto che la *manumissio* eseguita da un cittadino romano rendeva⁸¹ la persona che ne era oggetto ‘cittadino romano’,⁸² quale che fosse la sua eventuale condizione precedente di cittadinanza (ove il manomesso fosse uno schiavo, divenuto tale per fatti diversi dalla nascita).

Al fine di spiegare il senso dell’espressione ‘*libertinique cives*’ occorre muovere da una constatazione preliminare.

La dazione *in mancipio* del figlio latino a un romano differisce – nelle circostanze – da

⁸¹ Secondo Dionigi di Alicarnasso sarebbe stato Servio Tullio colui che avrebbe introdotto la norma che concedeva agli schiavi liberati non solo la libertà ma anche la cittadinanza. Cfr. Dion Hal. 4.22.4: ὁ δὲ Τύλλιος καὶ τοῖς ἐλευθερουμένοις τῶν θεραπόντων, ἐὰν μὴ θέλωσιν εἰς τὰς ἑαυτῶν πόλεις ἀπίεσθαι, μετέχειν τῆς ἰσοπολιτείας ἐπέτρεψε. κελεύσας γὰρ ἅμα τοῖς ἄλλοις ἅπασιν ἐλευθέροις καὶ τοῦτους τιμῆσθαι τὰς οὐσίας, εἰς φυλὰς κατέταξεν αὐτοὺς τὰς κατὰ πόλιν τέτταρας ὑπαρχούσας, ἐν αἷς καὶ μέχρι τῶν καθ’ ἡμᾶς χρόνων ταττόμενον διατελεῖ τὸ ἐξελευθερικὸν φύλον, ὅσον ἂν ᾗ: καὶ πάντων ἀπέδωκε τῶν κοινῶν αὐτοῖς μετέχειν, ὧν τοῖς ἄλλοις δημοτικοῖς. Sul punto vd., tra gli altri, G. POMA, *Dionigi di Alicarnasso e la cittadinanza romana*, in MEFRA 101, 1989, 187 ss.; P. LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, *Historia de la manumisión en Roma* cit., 108 s.

⁸² In virtù del principio per cui «l'affranchi prend la condition libre qu'avait le patron» (I.1.5.3... *eadem libertas competeat, id est eadem quam habebat manumissor, nisi quod scilicet libertinus fit qui manumittitur, licet manumissor ingenuus sit*). Così F. DESERTEAUX, *Études sur la formation* cit., 325 nt. 2. Sul punto, ancora, E. VOLTERRA, *Manomissione e cittadinanza* cit., 704 s., che, più in generale, osserva: «l’acquisto della cittadinanza al manomesso è dovuto ad una norma generale dell’ordinamento giuridico, per cui ogni individuo libero deve avere necessariamente una posizione giuridica di fronte alla comunità giuridicamente organizzata. Dato che la manomissione compiuta da un cittadino romano nelle forme prescritte dall’ordinamento giuridico romano, ha l’efficacia di dare la libertà allo schiavo, il manomesso acquista necessariamente la posizione giuridica di uomo libero di fronte alla comunità giuridicamente organizzata romana, di cui è membro il manomissore...». Ricordo che gli schiavi manomessi dai *municipes Latini* acquistavano la condizione di latini libertini. Cfr. *Lex. Irn.* 28: R(ubrica). De serv(ii)s apud Ilvros manumittendis. Si quis munic*eps* municipi Flavi Irnitani, qui Latinus erit, apud Ilvirum iuri dicundo ei*us municipi servum suum servamve suam ex servitute in libertatem manumiserit, liberum liberamve esse iusserit, dum ne quis pupillus neve quae virgo mulierve sine tutoris auctoritate quem quamve manumitt*a*t, liberum liberamve esse iubeat: qui ita manumissus liber(um)ve esse iussus erit, liber esto, quaeque ita manumissa liberave esse ius[s]a erit libera esto, uti qui optum*o* iure Latini libertini liberi sunt erunt, dum i(ii)s qui minor XX annorum erit ita manumittat si causam manumittendi iustam esse is numerus decurionum per quem decreta h(ac) l(eg)e facta rata sunt censuerit. E lo stesso può ricavarsi da *Lex. Salp.* 28: De servis apud Ilvirum manumittendis. Si quis municeps municipi Flavi Salpensani, qui Latinus erit, apud Ilvir(os), qui iure dicundo praeerunt eius municipi, servom suom servamve suam ex servitute in libertatem manumiserit, liberum liberamve esse iusserit, dum ne quis pupillus neve quae virgo mulierve sine tutore auctore quem quamve manumittat, liberum liberamve esse iubeat: qui ita manumissus liberve esse iussus erit, liber esto, quaeque ita manumissa liberave «esse» iussa erit, libera esto, uti qui optimum iure latini libertini liberi sunt erunt; dum is qui minor XX annorum erit ita manumittat, si causam manumittendi iusta[m] esse is numerus decurionum, per quem decreta hac lege facta rata sunt, censuerit. Per altro, l’esistenza di latini libertini è ricordata pure da Gaio, che, in un brano delle sue Istituzioni, ricorda tre generi di *libertini*: quelli *cives*, quelli *dedeticii*, e quelli latini: Gai 1.12: *Rursus libertinorum tria sunt genera: Nam aut cives Romani aut Latini aut dediticiorum numero sunt*. Gli schiavi manomessi dai Latini divenivano, dunque, latini e libertini. Ed è proprio quest’ultimo dato che, ai nostri fini, va messo in particolare rilievo: la *manumissio* (istituto *iuris gentium*) dello schiavo da parte di un latino attribuiva al manomesso lo stesso *status* di cittadinanza del manomissore (la latinità) e la condizione di liberto. Non ci sono pervenute, purtroppo, testimonianze circa il rapporto conseguente alla *manumissio* di un latino *in mancipio*.

quella che interviene a Roma, tra romani o, in ambiente latino, tra latini. Essa comporta, infatti, un ‘trasferimento’ della dipendenza della persona in un contesto ‘esterno’ rispetto a quello esistente: ancorché non la ‘trasferisca’ all’estero, non la trasferisce nemmeno ‘in patria’.

Questo rende, pertanto, verosimile che la vicenda subisse rimbalzi sul piano del diritto pubblico: mentre, infatti, la costituzione *in mancipio* non comportava *in patria* altra conseguenza che lo spostamento di dipendenza (patrimoniale), lasciando perciò intatte libertà e cittadinanza, lo spostamento in una comunità di diverso *status* cittadino, invece, vi incideva. La persona perdeva l’appartenenza originaria (e con essa la ‘cittadinanza’), ancorché non diveniva *servus* (come sarebbe accaduto ove realmente venduto all’estero), ma ‘*servi loco*’.⁸³

Il che spiegherebbe perché il *filius* romano *in mancipio* di un romano non subisse conseguenze quanto alla sua cittadinanza ‘romana’, diversamente che per il *filius* latino *in mancipio* di un romano. Una volta, infatti, manomesso, il primo riacquistava la sola indipendenza (diveniva ‘*sui iuris*’);⁸⁴ il secondo acquistava la cittadinanza romana: come ogni manomesso da un cittadino romano, anche il *liber in mancipio* considerato da Livio diveniva,⁸⁵ dunque, ‘cittadino romano’.

Ora, poiché Ulpiano ricollegava direttamente l’assunzione della qualifica di liberto proprio all’acquisto della cittadinanza romana:

D. 38.16.3.1: *Libertum accipere debemus eum, quem quis ex servitute ad civitatem romanam perduxit,*

per analogia può ben comprendersi che anche il latino *in mancipio* manomesso potesse assumere, così come lo schiavo, la condizione di liberto:⁸⁶ liberto e *civis* romano, proprio come leggiamo nel passo liviano, nel quale – evidentemente non a caso – troviamo l’espressione ‘*libertinique cives*’, che lega direttamente la condizione di *libertinus* proprio all’acquisto della cittadinanza romana dal parte del manomesso.

Possiamo dire che, sotto questo profilo, la *manumissio* della persona *in mancipio* latina finiva per coincidere perfettamente con quella dello schiavo, trattandosi di un acquisto della cittadinanza che si realizzava *ex novo* per entrambi: diversamente, dunque, dal *filius in mancipio* romano, che, come ho detto, era già cittadino romano.

Il brano non può, dunque, essere utilizzato ai fini della comprensione della condizione del *filius civis* romano manomesso ma fornisce, tuttavia, indicazioni di rilievo circa la condizione del latino manomesso. Nel parlare, infatti, di *libertini*, Livio, lungi dal servirsi di quell’espressione in un senso atecnico,⁸⁷ le attribuiva un significato che, con riferimento al latino *in mancipio* manomesso, risultava perfettamente coerente.

⁸³ In una condizione dunque non priva di garanzie: per Roma, quelle in particolare di Gai 1.140-141; per le altre comunità non sappiamo, anche se è verosimile che ve ne fossero di analoghe.

⁸⁴ Vd. Gai 1.138.

⁸⁵ Tale per atto del proprio *pater* che, oltretutto, era anche verosimilmente l’unico del quale egli potesse essere oggetto, la possibilità di una sua reiterazione essendo prevista solo per i Romani.

⁸⁶ Con le conseguenti limitazioni nell’ambito del diritto pubblico e privato. Sul punto vd.: G. VITUCI, v. *Libertus* cit., 924 ss.; B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato* cit., 56 ss.

⁸⁷ Un uso meramente approssimativo del termine non mi pare, per altro, che sia nelle corde dello storico, il quale altrove, invece, usa il termine *libertini* nell’accezione propria (Cfr. Liv. 4.3; 9.46; 10.21; 22.1 e 11; 26.16; 36.2; 39.9,12-13; 42.27 e 31; 43.3, 12 e 16; 45.15; 45. 44).

ALESSANDRO CUSMÀ PICCIONE

(Università di Messina)

La perduta *lex Constantiniana* ricordata in C. 5.27.5: spunti per una ‘rilettura’

ABSTRACT

The essay attempts to go back to the discipline of a law of Constantine ‘*super concubinis*’, whose text has not reached us, but of which the *principium* of C. 5.27.5 of Zeno speaks to us. The doctrine still more followed today, trusting precisely in the news contained in the *incipit* of this *constitutio*, has hypothesized that what was established by Zeno in 477 A.D. was already valid in substance for the age of Constantine, since it declared that it wanted to replicate (‘*renovantes*’) in its own time the content of the most distant precedent. However, the contribution identifies cases in which the verb “*renovare*” is used by the late antique legislator even in the presence of obvious variations made to the oldest dictation, so it is not difficult to imagine that even in the case of C. 5.27.5 the contributions from the Constantine’s chancellery and from the Zenonian one can be mixed in a relationship not easily determinable *a priori*, thus reducing the possibility of using Zenone’s testimony to reconstruct Constantine’s legislative initiative. Nevertheless, in the *principium* of C. 5.27.5 there are some significant clues, capable of restoring to us the substance (if not the *litterae*) of the reform undertaken *in subiecta materia* by the first Christian Emperor. We allude, in particular, to the words ‘*super ingenuis concubinis ducendis uxoribus filiis quin etiam ex isdem ... progenitis suis ac legitimis habendis*’, chosen by the extender of C. 5.27.5 to portray the content of the most sacred *constitutio divi Constantini*. Reevaluating, in particular, the possible value of the gerundives ‘*ducendis*’ and ‘*habendis*’, and choosing to give them a unitary interpretation, the contribution comes to a conclusion that differs somewhat from the *communis opinio*, considering that Constantine would not simply have encouraged (like Zeno), but probably imposed the transformation of the de facto relationship into *legitimum matrimonium*.

PAROLE CHIAVE

Concubinatus cum mulieribus ingenuis; figli naturali; perduta *lex* di Costantino; *renovatio* di Zenone; gerundivi ‘*ducendis*’ e ‘*habendis*’.

LA PERDUTA *LEX CONSTANTINIANA* RICORDATA IN C. 5.27.5: SPUNTI PER UNA 'RILETTURA'

SOMMARIO: 1. Sulle tracce della controversa fattispecie del *concubinatus* con donne *honestae* e di liberi nati. Una via retrospettiva per un insolito punto di osservazione: la testimonianza, indiretta ed *ex post*, di C. 5.27.5 di Zenone. – 2. L'effettiva capacità della *lex Zenoniana* di restituire il precedente di Costantino: ragionando sul significato di *renovare*. – 3. Quel che ci appare come un possibile *novum* della *renovatio Zenoniana*: la transitorietà. – 4. Segue: ... il contenuto dello *iussum* originario: a proposito, in particolare, dei gerundivi 'ducendis' e 'habendis'. – 5. Riflessi *de quaestione ponenda*: l'utilità di riconsiderare le altre *leges* di Costantino *de concubinis et naturalibus filiis*.

1. SULLE TRACCE DELLA CONTROVERSA FATTISPECIE DEL *CONCUBINATUS* CON DONNE *HONESTAE* E DI LIBERI NATALI. UNA VIA RETROSPETTIVA PER UN INSOLITO PUNTO DI OSSERVAZIONE: LA TESTIMONIANZA, INDIRETTA ED *EX POST*, DI C. 5.27.5 DI ZENONE.

Vorremmo provare a *rapere auditorem in medias res*¹ e far muovere la nostra indagine direttamente dalla *viva vox* delle fonti, che rendono presente per noi il passato storico, malgrado il testo che abbiamo prescelto per tale scopo rimandi, a dire il vero, poco più che un'eco – un riverbero ormai affievolito a causa dello scorrere del tempo e del profondo mutare dei referenti giuridici e culturali – della questione che abbiamo qui in animo di trattare. Focalizziamo, dunque, l'attenzione sulle battute d'esordio di un'importante legge emanata dall'imperatore d'Oriente Zenone nel febbraio del 477 d.C., le quali, stando alla versione tramandata dai compilatori giustinianeî nel *Codex r.p.* (all'interno del titolo inteso al tema '*de naturalibus liberis et matribus eorum et ex quibus casibus iusti efficiuntur*'), suonano così come appresso:

C. 5.27.5: IMP. ZENO A. SEBASTIANO PP.² – *Divi Constantini, qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium, super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis,*

¹ Per dirla con il celebre verso oraziano di *Ars poet.* 148 s. (*Semper ad eventum festinat et in medias res / non secus ac notas auditorem rapit* ..., ex D.R. SCHACKLETON BAILEY⁴, 316), ispirato dallo stile narrativo dell'epopea omerica.

² Circa il destinatario, il *praefectus praetorio Orientis Sebastianus*, ritratto dallo storico bizantino *Malchus* come capace di un'influenza considerevole sull'Imperatore [*τότε παραδυναστεύων ἦγεν αὐτὸν ὅπη ἐβούλετο*: vd. *frag.* 9 ex *Suida*, in K. MÜLLER (collegit, disposuit, notis et prolegomenis illustravit), *Fragmenta Historicorum Graecorum* (abbreviato come FHG), IV, Parisiis 1851, 118], cfr. J.R. MARTINDALE, *The Prosopography of the Later Roman Empire*, II. A.D. 395-527, Cambridge 1980 (d'ora in poi, semplicemente, PLRE, 2), 984 s. (*sub Sebastianus* 5).

sacratissimam constitutionem renovantes iubemus eos, qui ante hanc legem ingenuarum mulierum (nuptiis minime intercedentibus) electo contubernio cuiuslibet sexus filios procreaverunt, quibus nulla videlicet uxor est, nulla ex iusto matrimonio legitima proles suscepta, si voluerint eas uxores ducere, quae antea fuerant concubinae, tam coniugium legitimum cum huiusmodi mulieribus ingenuis, ut dictum est, posse contrahere [...].

Il provvedimento è più che noto alla dottrina romanistica e le questioni che agita – pertinenti in specie alla disciplina della *legitimatio* della discendenza naturale *per subsequens matrimonium*, che ha qui il nucleo più antico (per lo meno, quello a noi reso accessibile) della sua breve (data la tardiva accoglienza)³ storia – largamente esplorate, con esiti sui quali non c'è ragione di tornare. Basti, solo, un veloce richiamo al senso di fondo, nitidissimo in sé, dell'iniziativa imperiale intrapresa in quella peculiare congiuntura.⁴

La corte zenoniana dava allora la possibilità, riallacciandosi ad illustri *exempla* del passato (ci s'accontenti di ciò, per ora: saremo meno vaghi a breve), a quanti avessero al *matrimonium* preferito ('electo') il concubinato⁵ con donne *ingenuae*, dalle quali avessero conce-

³ In argomento, cfr., soprattutto, l'ampia e documentata indagine di G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali nelle fonti tardo imperiali e giustinianee*, Milano 1990, vii s., 173 ss. ed ivi ntt. 2 e 5 per ragguagli sulla dottrina meno recente. In seguito, adde R. BONINI, *Ricerche di diritto giustiniano*², Milano 1990, 240 ss.; W. LITEWSKI, *La légitimation des enfants naturel dans le droit du Bas-Empire romain. A propos d'un ouvrage récent*, in RHD 59, 1991, 495 ss.; R. ASTOLFI, *Costantino e la legittimazione dei figli naturali mediante matrimonio*, in *Il diritto romano canonico quale diritto proprio delle comunità cristiane dell'Oriente mediterraneo* (IX Colloquio Internazionale Romanistico Canonistico) (*Utrumque Ius*, 26), Città del Vaticano 1994, 227 ss., poi anche in ID., *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico e giustiniano*, Napoli 2012, 265 ss. (da cui il lavoro è citato); R. VIGNERON, *La politique moralisatrice de Justinien à l'égard des séducteurs (plus spécialement au vu de la Nov. 74,5)*, in *Collatio iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65^e anniversaire*, II, Amsterdam 1995, 583 ss.; F. SITZIA, *Novella 19: fra problemi di tecnica legislativa e cavilli della prassi*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, II, Napoli 1997, 319 ss.; T.A.J. MCGINN, *The Social Policy of Emperor Constantine in Codex Theodosianus 4,6,3*, in RHD 69, 1999, 57 ss.

⁴ Pure per ciò che concerne la concreta individuazione delle tensioni ideologiche sottese alla legge, da porre probabilmente in correlazione con il cruciale frangente storico in cui essa vide la luce (ossia, nella fase di restaurazione degli interessi delle componenti ecclesiali ortodosse, appresso alla cacciata dell'usurpatore Basilisco), rinviando a G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 195 nt. 34, con particolare riferimento all'inciso posto nell'*incipit* (*Divi Constantini qui veneranda Christianorum fide Romanum munivit imperium*), che già a B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III. *La famiglia-rapporti patrimoniali-diritto pubblico*, Milano 1954, 198, ed a B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, 240 nt. 145 era parso notevole, 'per la storia dei valori' (virgolettato di quest'ultimo A.).

⁵ Il *principium* della costituzione, se considerato nella sua interezza (e non solo nel breve tratto ritagliato *supra* nel testo), reca, per due volte, il termine '*contubernium*', che però non va qui inteso nel significato suo tipico (ossia, di unione tra due soggetti, dei quali almeno uno di condizione servile, anche se solo a *principio*), come dimostrano, senza tema di errore, i riferimenti disseminati nel testo a *mulieres ingenuae*, nonché, con pari evidenza, l'invito a trarle quali *uxores* per il tramite di un *coniugium legitimum*. In dottrina, cfr., per l'aspetto che qui c'interessa e per tutti, C. VAN DE WIEL, *La légitimation par mariage subséquent, de Constantin à Justinien. Sa réception sporadique dans le droit byzantin*, in RIDA 25, 1978, 321 s. nt. 27. Peraltro, non è di certo quello di C. 5.27.5 l'unico caso che s'incontra nei testi giuridici: vd., ad es., D. 48.5.12(11).1 (Pap. lib. sing. de adult.), su cui cfr. S. PULIATTI, *Incetti crimina. Regime giuridico da Augusto a Giustiniano*, Milano 2001, 98 ed ivi nt. 59; nelle fonti letterarie, è nota la relazione della liberta *Antonia Caenis* con Vespasiano, impropriamente definita da Svet., *Vesp.* 3 (in M. IHM, I, 308/22 ss.) alla stregua di un '*contubernium*'; per quelle epigrafiche si possono ricordare i casi trovati da S. TREGGIARI, *Contubernaes in CIL 6*, in Phoenix 35, 1981, part. la tabella di p. 45, 54 ss., ed il prospetto

pito dei figli ('*cuiuslibet sexus*'), di contrarre, laddove privi di *uxor* e di *legitima proles*, un *coniugium legitimum* con le donne '*quae antea fuerant concubinae*'; così facendo, i figli nati *ex priore contubernio* (*sic*) sarebbero stati *sui et in potestate patris*, nonché in posizione di parità, dal punto di vista successorio ('*tam ex testamento ... quam ab intestato*'), con quelli procreati '*postea ex eodem matrimonio*'.⁶

Una volta precisato che il *beneficium* così apprestato non valeva *in posterum*, essendo rimesso ad esclusivo vantaggio di quei *filii* già venuti al mondo (al momento dell'entrata in vigore della *lex*) da tali *consortia*,⁷ ci preme avvertire il lettore che non è il tema dei *liberi naturales* (e delle condizioni poste alla loro legittimazione) a catturare il nostro interesse; quanto piuttosto quello, più sullo sfondo, connesso alla forma di convivenza intrattenuta dai genitori⁸ anteriormente alla decisione della sua trasformazione in *legitimum matrimonium*; né, quindi, il colpo d'occhio offerto dalla legge di Zenone sui predetti istituti, con gli sviluppi posteriori che vengono fuori proprio dal suo disposto e preparano la via al *favor*

alle pp. 67 s. Non di rado capita pure d'imbattersi nell'ipotesi speculare, con l'uso di '*concubinatus*' al posto di un più corretto '*contubernium*': si vd.no, sempre per le fonti di natura epigrafica, gli esempi addotti da S. TREGGIARI, *Concubinae*, in *Papers of the British School at Rome* 49, 1981, 64 ss. e 78 ss.). A proposito di tale impiego talvolta scambievole dei due termini, in particolar modo nell'ambito della documentazione non giuridica, cfr., di recente, R. ASTOLFI, *Il concubinato romano quale rapporto di fatto*, in *SDHI* 79, 2013, 864 nt. 21.

⁶ Utili trattazioni dei principali aspetti contenutistici della legge di Zenone si possono trovare, tra i tanti, limitandoci alla letteratura più recente (e rinviando ancora all'indagine di G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 176 ss., per gli studi più risalenti), in G. GAUDEMET, *Union libre et mariage dans la Rome impériale*, in *Iura* 40, 1989, 1 ss. [poi anche in R. GANGHOFER (publiés sous la direction de), *Le droit de la famille en Europe. Son évolution depuis l'Antiquité jusqu'à nos jours* (Actes de Journées Internationales d'Histoire du Droit), Strasbourg 1992, 375 ss.]; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, I. *Origine, regime giuridico e riflessi politico-sociali in età repubblicana e imperiale*, Milano 1990, 232 ss.; J. EVANS GRUBBS, *Law and Family in Late Antiquity. The Emperor Constantine's Marriage Legislation*, Oxford 1995, 296 ss.; C. FAYER, *La familia romana. Aspetti giuridici ed antiquari*, III. *Concubinato divorzio adulterio*, Roma 2005, 37 ss.; L. WAELKENS, *La légimité de C.*, 5, 27, 5, in B. D'ALTEROCHE, F. DEMOULIN-AUZARY, O. DESCAMPS, F. ROUMY (textes réunis par), *Mélanges en l'honneur d'A. Lefebvre-Teillard*, Paris 2009, 1031 ss.; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico* cit., 265 ss.

⁷ C. 5.27.5.1: *Hi vero, qui tempore huius sacratissimae iussionis necdum prolem aliquam ex ingenuarum concubinarum consortio meruerunt, minime huius legis beneficio perfruantur ...* Con riguardo al carattere eccezionale e circoscritto nel tempo della disciplina posta da Zenone, esiste un consenso diffuso tra gli interpreti, ancora visibile nella dottrina recente [si vd.no gli Autori citati da G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 179 nt. 8, 200 ss. per il pensiero dello studioso bolognese; successivamente, cfr., *ex multis*, C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, I cit., 236 s.; C. FAYER, *La familia romana*, III cit., 39; R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico* cit., 269 e 273 ss.; S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali a Roma*, in F. ROMEO (a cura di), *Le relazioni affettive non matrimoniali*, Torino 2014, 186]; ad esso si è soliti contrapporre la diversa valenza, vale a dire anche *in posterum*, che viceversa caratterizza la normativa fissata qualche tempo dopo da Anastasio, concernente *ex professo* tutti i *liberi naturales* '*progenit[i] seu procreand[i]*' (vd. C. 5.27.6 pr., a. 517: *Iubemus eos, quibus nullis legitimis existentibus liberis in praesenti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos ... nec aliquam quaestionis seu altercationis exercendae sub qualibet astuta subtilique legum vel constitutionum occasione super his vel agnatis seu cognatis genitoris eorum vel quibusdam aliis superesse facultatem in posterum ...*).

⁸ Una convivenza che è possibile denominare concubinato in senso stretto, come proposto da H. STIEGLER, *Titus Flavius Felicio, sein „filius legitimus“ und seine „filii naturales“ (RIU 904)*, in G. WESENER, H. STIEGLER, G. KLINGENBERG, M. RAINER (herausgegeben von), *Festschrift für Arnold Kränzlein. Beiträge zur Antiken Rechtsgeschichte*, Graz 1986, 118 nt. 27.

liberorum che modellerà, come si sa,⁹ le di non molto successive decisioni giustinianee. Sia degli uni che degli altri profili possiamo, ai fini del discorso che intendiamo esporre, prescindere, eccettuato il caso che essi risultino intersecarsi reciprocamente.

Per contro, l'elemento che lambisce, ancorché (come si vedrà) solo *a posteriori*, il tragitto che ci siamo prefigurati di seguire si cela dietro alcuni fugaci passaggi del preambolo posto al testo del 477 d.C., enunciati quasi *en passant* nell'economia complessiva delle statuizioni impartite da Zenone, al punto da rischiare di passare inosservati, eppure per loro conto intrinsecamente problematici. Ad essi non si è forse prestata l'attenzione che pure avrebbero meritato, maggiormente preoccupati di rintracciare il senso complessivo della riforma zenoniana *a parte filiorum*.¹⁰

Ci riferiamo, precisamente, alla frase incidentale '*si voluerint eas uxores ducere*', ed a quella di poco successiva '*posse contrahere*' (*coniugium legitimum*). Si tratta di formule espressive che caratterizzano il contenuto della *sacratissima iussio*, rivolta a quanti vivono in *contubernio* con *mulieres* di liberi natali, inequivocabilmente nel senso del conferimento di una *facultas*.¹¹ Tali padri, insomma, non avrebbero avuto alcun obbligo giuridico di *celebrare legitimas nuptias*, né sarebbero stati sanzionati qualora avessero viceversa optato per restare nella loro condizione attuale e persistere pertanto nel rapporto di concubinato con le *ingenuae mulieres*; soltanto, ovviamente, essi non avrebbero potuto, in questa evenienza, pretendere di trattare come *legitimi* i *filii* eventualmente già nati.¹²

⁹ Per chi desideri approfondire, cfr., per tutti, C. VAN DE WIEL, *La légitimation par mariage subséquent* cit., 330 ss.; più recentemente, adde, ora, R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico* cit., 287 s.

¹⁰ Un'analoga constatazione, però estesa all'attenzione riservata dalla dottrina in generale alla produzione legislativa in tema di concubinato, si trova, già, in E. KARABÉLIAS, *La pratique du concubinat avec une femme libre, affranchie ou esclave dans le droit postclassique*, in AARC VII, Napoli 1988, 183.

¹¹ Cfr., in questo senso, anche C. VAN DE WIEL, *La légitimation par mariage subséquent* cit., 319.

¹² Né, a quel che comunemente si pensa, essi avrebbero potuto ricorrere allo strumento dell'*adrogatio per rescriptum*: ... *nec debeant, quos ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint, ut iusti ac legitimi postea videantur, magnopere postulare* (C. 5.27.5.1). Così almeno il passo (che finisce per essere inevitabilmente attratto nella più ampia questione della esistenza o meno di un divieto generale di arrogazione a partire da Costantino) viene, infatti, ad essere per lo più inteso dalla dottrina che si è fermata sul problema: cfr., ad es., M. NAVARRA, *Testi costantiniani in materia di filiazione naturale*, in AARC VII cit., 469 s. (che pensa ad un divieto circoscritto esclusivamente ai figli naturali per i quali fosse già ammissibile la *legitimatio per subsequens matrimonium*); G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 199 s. ed ivi sopratt. nt. 43 (più propenso, viceversa, a credere alla preesistenza di una interdizione «di più ampia portata», ribadita da Zenone); tuttavia, il problema non può dirsi definitivamente superato: cfr., per un punto di vista diverso, C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, I cit., 237 nt. 273, convinta che un formale divieto di adrogazione dei *liberi naturales* non fu sancito né da Costantino né da Zenone, neppure in riferimento a determinate categorie di individui); da ultimo, tuttavia, ancora nel senso della proibizione di avvalersi dell'*adrogatio* per i figli naturali avuti dalla concubina *ingenua*, cfr. R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico* cit., 270 ss., che ritiene di poter sciogliere la genericità del verbo '*postulare*' facendo perno su quanto diversamente disposto in C. 5.27.6.1 dell'imperatore Anastasio. Anche noi saremmo del parere che non potesse comunque trattarsi di una impossibilità indiscriminata, ma riguardante semmai, *ad litteram*, esclusivamente quei figli che i padri '*ex ingenua concubina dilato post hanc legem matrimonio nasci voluerint*', nati cioè all'indomani della *constitutio*, ma non anche quelli già esistenti, per i quali non vedremmo *a priori*, diversamente da quanto generalmente si crede [cfr., ad es., P. BONFANTE, *Sulla riforma giustiniana del concubinato*, in *Studi in onore di S. Peruzzi*, Palermo 1925, 283 s. (= ID., *Scritti giuridici vari*, IV. *Studi generali*, Roma 1925, 564, da cui citiamo), gravi impedimenti ad ammettere un'ipotetica concorrenza tra la *legitimatio per subsequens matrimonium* (ove ve

È la prima, e piuttosto aperta, ammissione, che provenga direttamente dalla bocca del legislatore imperiale, della permissività del concubinato *cum mulieribus ingenuis*: dovremmo inferirne che, non solo di fatto, bensì già in punto di diritto, le pene dettate per lo *stuprum* non fossero, quanto meno sul finire del V sec. d.C., concretamente irrogate a tale forma di convivenza.¹³

Ma il *principium* di C. 5.27.5 è oltremodo significativo anche per un altro motivo: per il ricordo che vi si conserva di una *sacratissima constitutio* del *divus Constantinus*, della quale una tradizione manoscritta poco fortunata ha purtroppo ormai fatto perdere (pressoché irrimediabilmente) le tracce.¹⁴ È questa *lex*, vecchia di più di un secolo, che lo *iussum* emesso da Zenone intese replicare (*renovantes*) nel proprio tempo. Dobbiamo, allora, presumere – fidandoci della notizia contenuta nel testo di C. 5.27.5 pr. e posizionandoci dalla parte della dottrina ancora oggi più seguita¹⁵ – che tutto ciò che abbiamo sin qui

ne fossero le condizioni) e l'*adrogatio per rescriptum principis*. È evidente che, stando così le cose, il carattere facoltativo della conversione in *matrimonium* del rapporto di concubinato incentivata dalla legge di Zenone, a cui s'accennava poc'anzi *supra* nel testo, ne risulterebbe ulteriormente rafforzato.

¹³ A meno d'intendere restrittivamente il suddetto riferimento, vale a dire come limitato alle donne non *honestae vitae*, 'in quas stuprum non committitur' (vd. D. 25.7.1.1 - Ulp. 2 *ad l. Iul. et Pap.*; delle quali, com'è risaputo, non esiste nelle fonti un'elencazione definita: per un'indicazione circa le donne che vi erano con sicurezza annoverate, cfr., ultimamente, L. SOLIDORO MARUOTTI, *La prostituzione femminile nel diritto imperiale*, in EAD., *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, II, Torino 2014, 23 ss.). Però, come notato in passato da G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 190 nt. 28, la generica dicitura scelta nell'occasione, ed a più riprese, dall'estensore zenoniano – i.e., *ingenuae concubinae* – parrebbe rimuovere un'interpretazione simile. Per una prospettiva generale sull'istituto del concubinato (pure con *mulieres honestae et ingenuae*), non solo per l'età tardoimperiale, segnaliamo, tra gli altri, nell'ambito della dottrina più recente: S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali* cit., 169 s. nt. 126; F. LAMBERTI, *Convivenze e unioni di fatto nell'esperienza romana: l'esempio del concubinato*, in G. VIARENGO (a cura di), *Unioni di fatto. Dal diritto romano ai diritti attuali* (Atti dell'Incontro italo-tedesco, Imperia, 27-28 novembre 2015), Torino 2016, 1 ss.

¹⁴ Essa apriva, probabilmente, il titolo '*De naturalibus filiis et matribus eorum*' del *Codex Theodosianus* (i.e. CTh. 4.6), com'era congetturato nella *editio maior* di P. KRUEGER (recensuit), *Codex Iustinianus*, Berolini 1877, 456 nt. 2; ma è scettico, ad es., B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III cit., 198; la sua precisa individuazione ha comunque destato discussioni, pure in relazione alla data di emanazione (come *dies ad quem* si può presumere, qualora se ne ammetta la sistemazione sotto CTh. 4.6.1, l'anno 336 d.C., al mese di aprile del quale rimonta la seconda legge accolta entro lo stesso titolo: sul punto, tra gli altri, cfr. M. NAVARRA, *Testi costantiniani* cit., 461, che pensa alla possibilità che il provvedimento risalisse al 326, perché facente forse parte della costituzione poi collocata in C. 5.26.1, il cui dettato è ripreso dai giustinianei solo parzialmente). Ad essa farebbe, altresì, riferimento Nov Marc. 4.4, a. 454 (vd., *amplius*, *infra* il § 3): cfr. B. ALBANESE, *Le persone* cit., 240 nt. 144; R. BONINI, *Ricerche* cit., 240 nt. 14; G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 180 s. nt. 11. Una citazione esplicita della perduta legge costantiniana, si ha, poi, in uno Scolio Veronese a C. 5.27.5, benché semplicemente per rilevarne il mancato recepimento all'interno della compilazione: 'H διὰ τὰς αὐτῆς κωνσταντίνου οὐ κεῖται [Schol. Ver. 93, v. 'Constantini', apud K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die griechischen Scholien der rescribten Handschrift des Codex in der Bibliothek des Domcapitels zu Verona*, in *Zeitschrift für Geschichtliche Rechtswissenschaft* 15, 1850, 110 (poi in ID., *Kleine Schriften zur römischen und byzantinischen Rechtsgeschichte*, I. 1840-1879, Leipzig 1973, 333)].

¹⁵ Cfr., di recente, R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico* cit., 265 s.; in precedenza, tra gli altri, si possono annoverare C. VAN DE WIEL, *La légitimation par mariage subséquent* cit., 316 s.; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del Tardo Impero. I. Le costituzioni del IV secolo*, in *Iura* 29, 1978, 44 (poi in ID., *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, 109, da cui citiamo); M. BIANCHINI, *Caso concreto e «lex generalis». Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodosio*

succintamente esposto, con riguardo alla disciplina fissata da Zenone nel 477 d.C. mercé la *constitutio* anzidetta, valesse, nella sostanza, già per l'età di Costantino?

Ci pare che almeno due fronti si aprano al riguardo. *In primis*, in relazione al valore temporaneo che avrebbe rivestito la normativa introdotta da Costantino, allo stesso modo di quella posta da Zenone. Sta di fatto che, se le parole di Nov. Marc. 4.4 del 454 d.C. – vale a dire, ‘*de concubinis quoque ingenuis ... quaecumque sacris constitutionibus definita sunt, iubemus inviolabiliter custodiri*’ – si riferiscono proprio alla perduta regolamentazione costantiniana, esse poco si confanno alla idea che l'efficacia della costituzione più risalente si fosse definitivamente esaurita.¹⁶ E poi rispetto al carattere potestativo, piuttosto che coattivo, della trasformazione dell'unione concubinaria in *legitimum matrimonium*, giacché, ove presi alla lettera, tanto ‘*ducendis uxoribus*’ che ‘*suis ac legitimis habendis*’ (locuzioni di cui la Corte zenoniana si serve per richiamare il dispositivo del più antico precedente) parrebbero alludere, *prima facie*, ad una qualche doverosità dell'azione, la quale si porrebbe in evidente aporia con le espressioni, di sicura indole concessiva, viceversa scandite da Zenone per il proprio provvedimento e più sopra riferite per esteso.

2. L'EFFETTIVA CAPACITÀ DELLA *LEX ZENONIANA* DI RESTITUIRE IL PRECEDENTE DI COSTANTINO: RAGIONANDO SUL SIGNIFICATO DI *RENOVARE*.

Pregiudiziale allo svolgimento di questi punti è, però, come visto, una questione, che non si può sbrigare subito a prima vista: se, ed eventualmente in che misura, si deve ritenere praticabile di risalire alla norma costantiniana per il tramite della (di molto posteriore) legge di Zenone. Si tratta, intanto, d'individuare il segno più fecondo che ci dia modo di affrontare un tale problema; considerata la penuria d'appigli, quel segno sta, senz'altro, nella frase ‘*Divi Constantini ... sacratissimam constitutionem renovantes*’ e nella sua puntuale esplicazione.¹⁷

A ben vedere, il verbo ‘*renovare*’ non offre, di per sé, garanzie sulla pura e semplice riedizione, senza variazioni, di un qualche precedente normativo. Ci sono casi in cui ne è attestato l'impiego, da parte del legislatore, pure in presenza di palesi correzioni apportate al dettato più antico. Basti andare al § 5 della *Const. Cordi* (a. 534), ed al suo noto precetto di limitare la *recitatio* in giudizio ormai solo a ‘*quod in praesenti purgato et renovato codice nostro scriptum*

II, Milano 1979, 20 nt. 15; C. RUSSO RUGGERI, *La datio in adoptionem*, I cit., 235 ss.; J. EVANS GRUBBS, *Law and Family in Late Antiquity* cit., 296 s.; più cauti, per converso, M. NAVARRA, *Testi costantiniani* cit., 462 nt. 9; e G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 179 ss. (dello stesso A., cfr. anche *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 63 s. nt. 82). Il problema ruota, evidentemente, intorno al valore che si ritiene di potere assegnare al participio ‘*renovantes*’, su cui ci soffermeremo nel successivo paragrafo. Mentre non ci pare rivelativa, a tale fine, l'incidentale ‘*ut dictum est*’ – diversamente da quel che ritiene R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico* cit., 266 – per le ragioni che: a) non può dirsi univoco il suo riferirsi proprio alla *constitutio* di Costantino, che, oltretutto, è piuttosto lontana nel discorso; b) essa potrebbe benissimo servire a collegare ‘*coniugium legitimum*’ con la frase ‘*nulla ex iusto matrimonio legitima proles suscepta*’ posta appena prima; c) l'espressione è di uso ricorrente nel *sermo* delle costituzioni tardoantiche, il più delle volte per evidenziare la ripetizione di un qualche elemento testuale precedentemente richiamato: si vd.no, restringendo lo sguardo alle *leges* di Zenone, C. 1.49.1.1, a. 475; 5.12.28.1, a. 480.

¹⁶ Cfr., per un rilievo simile, già G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 180 s. nt. 11, registrando il colpevole disinteresse verso la *Novella* di Marciano da parte della dottrina.

¹⁷ Per la centralità di tale passaggio si era spesa, già, M. NAVARRA, *Testi costantiniani* cit., 462 nt. 9.

inveniat'.¹⁸ Un altro esempio si vede in C. 6.51.1 (a. 534), '*de caducis tollendis*', dove, nel ripristinare l'antica *licentia* ('*primum hoc corrigentes et antiquum statum renovantes*') di adire l'eredità *a morte testatoris* (e non più *ab apertura tabularum*, come disposto dalla *lex Iulia et Papia*),¹⁹ facendo altresì cadere in tale momento il *dies cedens* per i legatari ed i fedecommissari,²⁰ sono espressamente fatte salve le innovazioni introdotte da Teodosio II e da Valentiniano III (C. 6.52.1, a. 450), nonché dallo stesso Giustiniano (C. 6.30.19, a. 529), circa la *transmissio* in favore dei figli dell'*hereditas*, '*nisi fuerit adita*'.²¹

Qui, però, desideriamo soffermarci qualche istante su un testo in particolare, anteriore alla norma di Zenone (e per ciò accessibile alla sua cancelleria), accolto in CTh. 10.10.22 e risalente al 27 ottobre del 398 d.C.:²²

IDEM AA. (*i.e.* ARCADIUS ET HONORIUS) FIRMINO COM(ITI) R(ERUM) P(RIVATARUM). *Divi patris nostri statuta renovantes aeterna lege sancimus officium palatinum quinquaginta auri libras de suis facultatibus exigi, si prius allegari divalia rescripta permiserit, quam delator in iudicio fuerit constitutus.* DAT. VI KAL. NOV. MED(IOLANO) HONOR(IO) A. IIII ET EUTYCHIANO CONSS.

Gli *statuta*, di cui la *constitutio* di Onorio esibiva la *renovatio*, erano contenuti in due leggi emanate in Oriente, quasi un ventennio addietro, da Teodosio I e poi selezionate dai *contextores* perché avessero posto rispettivamente in CTh. 10.10.12 e 13. Il tema era quello dei *bona vacantia*.²³ L'Augusto genitore vi aveva prescritto un'esosa condizione affinché potessero essere rivendicati da quanti ne erano divenuti assegnatari grazie ad un rescritto imperiale, ossia l'esibizione in giudizio (oltre che della concessione favorevole, anche) del

¹⁸ In generale, sul contenuto di questo fondamentale e parecchio studiato brano della *Const. Cordi*, cfr., tra gli altri, M. BIANCHINI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, I, Torino 1983, 58; R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustiniana*⁴, Bologna 1985, 59; 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, 117 s.

¹⁹ Cfr., sul punto, R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, Padova 1996, 225 ss.

²⁰ Vd. C. 6.51.1.1c; cfr., *amplius*, R. ASTOLFI, *La lex Iulia* cit., spec. 232 s.

²¹ Vd. C. 6.51.1.5: ... *secundum quod praediximus, et clausis tabulis tam existere heredes quam posse adire, sive ex parte sint sive ex asse instituti, censemur et dies legatorum et fideicommissorum secundum quod praediximus a morte defuncti cedere: hereditatem etenim, nisi fuerit adita, transmitti nec veteres concedebant nec nos patimur, exceptis videlicet liberorum personis, de quibus Theodosiana lex super huiusmodi causis inducitur loquitur.* Sul passo, cfr. R. ASTOLFI, *La lex Iulia* cit., *ibid.* Per una storia della *transmissio delationis*, cfr., ora, F. GALGANO, *Transmissio delationis. Vicende di una pratica successoria*, Roma 2007, *passim*, in part. 11 ss. e 108 ss. per la sopra citata *constitutio* giustiniana.

²² Cfr. O. SEECK, *Regesten der Kaiser und Päpste für die Jahre 311 bis 476 n. Chr. Vorarbeit zu einer Prosopographie der christlichen Kaiserzeit*, Stuttgart 1919 (rist. anast. Frankfurt/Main 1984), 294, 433.

²³ In argomento, cfr. L. BOVE, v. '*Caduca*', in NNDI II, Milano 1958, 661; G. PROVERA, *La 'vindictio caducorum'*. Contributo allo studio del processo fiscale romano, Torino 1964, *passim*, ma spec. 163 ss. e 180 ss.; R. ASTOLFI, *I beni vacanti e la legislazione caducaria*, in BIDR 68, 1965, 323 ss.; ID., *La lex Iulia* cit., 251 ss., spec. 291 ss. per il regime della *vindicatio caducorum* (ivi ulteriore bibliografia); O.E. TELLEGEN-COUPERUS, *Dioclétien et les biens vacants*, in TR 54, 1986, 85 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, '*Exsecranda perniciēs*'. *Delatori e fisco nell'età di Costantino*, Napoli 1993, 128 nt. 16; W. ARÉVALO CABALLERO, *La delación al fisco de los bona vacantia, caduca y libertorum*, in P. RESINA SOLA (coordinador y editor), *Fundamenta iuris. Terminologia, principios e interpretatio*, Almería 2012, 73 ss.

delatore, ‘*a quo sibi id quod poposcerit delatum adserit esse patrimonium*’.²⁴ Più tardi, nel 398, una nuova statuizione di Onorio, il quale aveva la responsabilità della *pars Occidentis*, si era limitata ad irrogare una pena di *quingenta auri librae* per l’*officium palatinum* che avesse acconsentito ad *allegare divalia rescripta* prima che l’accusatore (il *delator*) fosse comparso *in iudicio*. La più recente disciplina occidentale integrava – non riformava – le norme precedenti²⁵ racchiuse (di poi) in CTh. 10.10.12 e 13, le quali non abbisognavano di essere ripetute *ex professo*, essendo *in illo tempore* ancora in vigore (‘*ex presenti die*’ recitava l’*incipit* della prima *lex*, cioè a dire dal giorno della sua pubblicazione in avanti).

Siffatta annotazione assume una particolare valenza, poiché evidenzia la piena consonanza della voce ‘*renovare*’ con un genere peculiare di rinnovazione, quale l’inserzione di elementi nuovi nell’ordito di altri già preesistenti. Se la sostanza linguistica del latino ‘*renovare*’ è predicata, primariamente, dall’azione di «*idem ac novum fac[ere]*»,²⁶ può ben darsi, allora, che essa non cada su un medesimo oggetto (nel senso, ad es., di ridare vita nuova, senza nulla aggiungere, a ciò che era frattanto divenuto datato), ma si scinda in due direzioni, un profilo preservando e reiterando in ugual modo (*idem facere*) ed un altro invece modificando (*novum facere*).

Proviamo, dunque, a chiederci, riprendendo un’ultima volta la vicenda legislativa ora descritta, relativa ai *bona vacantia*: se per ventura le *constitutiones* di cui in CTh. 10.10.12 e 13 non fossero scampate alle forze dell’oblio, quale notizia ne avremmo avuto dal testo che ci è stato trasmesso di CTh. 10.10.22? Conosceremmo, certo, il fatto fondante, quello che, strumentalmente al bene giuridico tutelato, aveva cagionato la loro emissione: nella fattispecie, l’esigenza che il destinatario dei *bona vacantia* esibisse, non soltanto il rescritto che gli dava titolo alla rivendica, bensì anche il delatore, sì che fosse dimostrata la veridicità della sua denuncia; saremmo restati, però, all’oscuro di tutta una serie di prescrizioni e di adempimenti ad esso in vario modo correlati, non necessariamente di secondo piano (si pensi all’intimazione a condurre l’autore della delazione ‘*ad eam provinciam provinciasve, in quibus patrimonium delata consistunt*’, acciocché più facilmente potesse essere scoperta una sua *calumnia* ed egli fosse in caso punito nel posto in cui ‘*securi ac tuti domini trepidare fortunae*’;²⁷ oppure, al limite delle due denunce, ‘*etiam in bonis causis*’, pena la sottoposizione al *capitale supplicium*);²⁸ soprattutto, non sapremmo più distinguere il *quid novi*

²⁴ Sui particolari della procedura di rilascio del *beneficium*, cfr. F. MERCOGLIANO, *Die petitores in der Fiskalgesetzgebung. Ein Überblick*, in ZSS 111, 1994, 452 (in relazione proprio a CTh. 10.10.12 pr.); dello stesso A., cfr. pure *La petitio fiscale nell’organizzazione finanziaria da Costantino a Teodosio II*, in AARC XII, Napoli 1998, 405 ss. Da ultimo, sulla *petitio* dei beni fiscali, sia pure in relazione (soprattutto) agli sviluppi successivi della legislazione *in parte qua*, cfr. F. FASOLINO, *La petitio di beni fiscali nella legislazione di Teodosio II e Valentiniano III*, in TSDP 9, 2016, 1 ss., spec. 15 ss. per il procedimento petitorio (con sparsi rimandi anche alle costituzioni di cui qui ci stiamo occupando) (estr.).

²⁵ Anche P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell’età del Tardo Impero. I. Il IV secolo. Seconda parte*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, II, Milano 1982, 727 (poi ripubblicato con il titolo *Note sull’efficacia delle costituzioni imperiali. I. Dal Principato alla fine del IV secolo*, in ID., *Studi di diritto romano*, II cit., 343, da cui si cita), si esprime, con riguardo a questa costituzione di Onorio, in termini di ricordo ed integrazione delle più risalenti disposizioni teodosiane.

²⁶ Cfr. A. FORCELLINI, I. FURLANETTO, F. CORRADINI, I. PERIN (curantibus), *Lexicon totius latinitatis*⁴, IV, Patavii 1887 (rist. anast. Patavii 1965), 83, *ad h. l.*

²⁷ Vd. CTh. 10.10.12.1; e 10.10.13: (*delatores*) ... *ut praesentibus ibidem probationibus quae detulerant indicarent*.

²⁸ Vd. CTh. 10.10.12.2; *eodem modo*, CTh. 10.10.13.

recato dal testo di Onorio, ossia, come visto, la sanzione patrimoniale a carico delle *facultates* dell'*officium palatinum*.

Parimenti, nel dettato normativo che oggi troviamo esposto in C. 5.27.5 gli apporti provenienti dalla cancelleria costantiniana e da quella zenoniana potrebbero essere mischiati. Il che frustrerebbe il progetto, dai più perpetrato,²⁹ di attribuire alla prima la paternità di *tutto* quanto deciso dalla seconda nel 477 d.C. Posta in questa nuova luce, C. 5.27.5 cesserebbe di dovere essere intesa come la riedizione, *sic et simpliciter*, della *sacratissima constitutio Constantini* e perderebbe gran parte della capacità di servire da *speculum* di quella. Benché, non del tutto: la testimonianza di Zenone fornisce, infatti, alcuni riscontri, nascosti nell'iniziale ricordo del lontano precedente lasciato sopravvivere dai compilatori nel suo *principium*: da essi occorre muovere per giungere ad azzardare delle ipotesi. Uno di questi è una diretta conseguenza del discorso or ora concluso circa la portata di '*renovare*'.

3. QUEL CHE CI APPARE COME UN POSSIBILE *NOVUM* DELLA *RENOVATIO ZENONIANA*: LA TRANSITORietà.

Una fusione di contenuti normativi nuovi con altri precedenti, come quella che innanzi si è immaginata, esige – si può dire – la non obsolescenza delle *regulae* alle quali la *novatio* deve venire ad incorporarsi. Ebbene, se quello trovato nel paragrafo precedente fosse stato il significato associato al verbo '*renovare*' negli intendimenti della corte zenoniana, ne deriverebbe che la *lex Constantini* doveva aver mantenuto inalterata la sua efficacia ancora un secolo e mezzo dopo la sua originaria emanazione. E verrebbe inoltre, e soprattutto, a cadere, in tale modo, l'idea, che si ritrova talora reiterata quasi stancamente nelle ricostruzioni *in parte qua*, per cui risulterebbe alquanto complicato motivare, nel caso che così la si pensasse, l'esigenza di una sua reiterazione da parte zenoniana.³⁰

Non è, con tutta evidenza, che una plausibile traccia di ricerca, sinora pressoché trascurata (se bene abbiamo visto) dalla dottrina che s'è occupata di C. 5.27.5, che potrebbe trovare appoggio in un'incidentale dichiarazione del legislatore tardoimperiale, temporalmente non tanto distante dall'intervento di Zenone, la quale non ha difatti mancato di suscitare qualche imbarazzo tra i fautori della *communis opinio*; ci riferiamo alla nota testimonianza di

Nov. Marc. 4.4: *Cetera etiam, quae ab inclitae recordationis Constantino vel ab aliis post eum divis principibus super naturalibus filiis eorumque matribus, de concubinis quoque ingenuis et de his, quae post uxoris obitum in nuptias convenerunt, quaecumque sacris constitutionibus definita sunt, iubemus inviolabiliter custodiri: ita tamen, ut promulgatas prius leges eae, quae postmodum latae sunt, auctoritate praecedant et quaecumque ex ipsis est posterior tempore sit validior sanctione ...*

L'*occasio* della *Novella* di Marciano, *data* a Costantinopoli il 4 aprile del 454 d.C., è rivelata nel precedente *caput* 1: era emersa, rispetto alla *Constantiniana lex* di cui in CTh. 4.6.3, *magna dubitatio in iudiciis* se la figura della *humilis vel abiecta persona*, là citata, '*etiam ad pauperes ingenuas feminas referri debea[t]*'. In quella decisione,³¹ Costantino ave-

²⁹ Si vd. no gli Autori richiamati, *retro*, nella nt. 15.

³⁰ Cfr. G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 179 e la dottrina ivi riferita alla nt. 8.

³¹ Di cui riferiamo, qui di seguito, tutto l'*incipit*, per comodità di lettura: *Senatores seu perfectissimos,*

va, come si sa, negato ai *dignitatibus praediti* ivi individuati la possibilità di *habere in numero legitimorum* (e di poter beneficiare con qualunque mezzo, pure ‘*per suppositam personam*’) i figli avuti da unioni concubinarie intrattenute con determinate tipologie di donne, tutte di infima estrazione sociale e/o moralità, sotto pena di *infamia* e di rendersi ‘*peregrin[i] a Romanis legibus*’.³² Di *nuptiae*, e più precisamente di *nuptiae* vietate, il testo di CTh. 4.6.3 non parlava in modo esplicito, ma esse vi erano chiaramente sottintese; e, comunque, proprio a *matrimonia* allude più volte, ed *apertis verbis*, l’interpretazione autentica di Marciano del 454. Viene spontaneo, pertanto, intendere l’atto di ‘(*suscep*)*tos filios in numero legitimorum habere vol[ere]*’ ... (*pr*)*op(r)io iudicio*’, negato in tali circostanze da Costantino, come il progetto del *pater* di avvalersi dello strumento della *legitimatio per subsequens matrimonium*.³³

Ora, il nesso corrente tra le due *leges* era tale per cui la seconda e più recente prescrizione doveva innestarsi nella prima limitatamente al punto controverso della corretta decodifica della formula ‘*humilis vel abiecta*’, lasciando impregiudicato tutto il resto. L’intendimento è preannunciato dalla cancelleria già nel corso del *caput* 2 della *Novella*, con riguardo alle misure previste da CTh. 4.6.3: ‘... *manentibus et solidissima in perpetuum firmitate durantibus cunctis his, quae super matrimoniis senatorum sanxit constitutio divae memoriae Constantini* ...’. Ed è ribadito, ma stavolta più largamente, ossia rispetto a quanto statuito *alibi* – da Costantino, ma pure da *alii Principes* dopo di lui – ‘*super naturalibus filiis eorumque matribus, de concubinis quoque ingenuis*’, nel contesto del *caput* 4 poco sopra riportato. L’ampiezza del riferimento rimanda all’assetto complessivo predisposto da Costantino (e poi dai successori) in tema di filiazione naturale e di legittimazione; fa pensare che l’estensore marciano tenesse sotto gli occhi, allo scopo di confermarne la validità – fer-

*vel quos (in civ)itatibus duumviralitas vel quinquennialitas vel fla[monii] vel sacerdotii provinciae ornamenta condecorant, pla(cet m)aculam subire infamiae et peregrinos a Romanis legibus (fieri, s)i ex ancilla vel ancillae filia vel liberta vel libertae (filia), sive Romana facta seu Latina, vel scaenica (vel scaenicae) filia, vel ex ta(bern)aria vel ex tabernari filia vel humili vel abiecta vel leno(nis vel) harenarii filia vel quae mercimoniis publicis praefuit, (suscep)tos filios in numero legitimorum habere voluerint (aut pr)op(r)io iudicio aut nostri praerogativa rescripti, ita ut, (quidq)uid talibus liberis pater donaverit, sive illos legitimos (seu natur)ales dixerit, totum retractum legitimae subo(li redda)tur aut fratri aut sorori aut patri aut matri [...]. Questa costituzione (ripetuta dai giustiniane, con modeste correzioni, in C. 5.27.1) ha prodotto una messe abbondante di ricerche, da punti di osservazione differenti; per gli ultimi anni, cfr. V. NERI, *Tra schiavi e liberi: aspetti della mobilità sociale tardoantica*, in ΚΟΙΝΩΝΙΑ 36, 2012, 90 ss.; C. FAYER, *Meretrix. La prostituzione femminile nell’antica Roma*, Roma 2013, 608 ss.; S.A. CRISTALDI, *Unioni non matrimoniali* cit., 182 ss.; J. EVANS GRUBBS, *Illegitimacy and Inheritance Disputes in the Late Roman Empire*, in B. CASEAU, S.R. HUEBNER (edited by), *Inheritance, Law and Religions in the Ancient and Medieval Worlds*, Paris 2014, 25 ss.; L. SOLIDORO MARUOTTI, *La prostituzione femminile* cit., 28 s., 41 ss.; U. AGNATI, *Costantino e le donne della locanda (CTh. 9.7.1 = C. 9.9.28)*, in TSDP 8, 2015, 55 ss. ed ivi nt. 76 per altra letteratura (estr.).*

³² Sulla portata di tale sanzione, cfr., *propius*, E. VOLTERRA, *Gli ἀπόλιδες in diritto romano*, in *Studi in onore di F. Messineo per il suo XXXV anno d’insegnamento*, IV. *Teoria generale del diritto. Diritto internazionale. Diritto romano. Storia del diritto*, Milano 1959, 478 s. (= *Scritti giuridici*, II. *Famiglia e successioni*, Napoli 1991, 484 s., da cui citiamo).

³³ In questo senso, cfr., già, C. DUPONT, *Les constitutions de Constantin et le droit privé au début du IV^e siècle. Les personnes*, Lille 1937, 132. Ma c’è pure chi ha pensato allo strumento dell’adozione (cfr. C. FAYER, *La familia romana*, III cit., 32 s. nt. 91 e gli Autori ivi ricordati). È plausibile supporre che la indeterminatezza della formula ‘*proprio iudicio*’ non fosse casuale, bensì dettata dalla voglia d’includere ogni possibile atto, idoneo allo scopo della legittimazione, diverso dal rescritto imperiale (ivi compreso, certamente, il matrimonio, come *supra* riteniamo).

mandoci alle *leges Constantianae* tràdite dal Teodosiano all'interno del titolo '*de naturalibus filiis et matribus eorum*' – il contenuto dispositivo (oltreché) di CTh. 4.6.3, (altresì) di CTh. 4.6.2 (per quel che di essa è rimasto), ed ancora della costituzione che i *contextores* posero in CTh. 4.6.1, che è, con tutta probabilità,³⁴ da identificare proprio con la perduta legge presa a modello da Zenone in C. 5.27.5. Del resto, che si fosse guardato all'insieme delle disposizioni contenute nel titolo 4.6, denota la coincidenza della espressione utilizzata – '*super naturalibus filiis eorumque matribus*' – con la rubrica attribuita dai codificatori al titolo medesimo, testé riprodotta.

Alla luce di ciò, e dato che né in CTh. 4.6.3 né in CTh. 4.6.2 (nella parte superstite, per lo meno) si rinvencono cenni diretti³⁵ a *concubinae quoque ingenuae*, i *cetera*, che con le parole di Marciano '*quaecumque sacris constitutionibus definita sunt*', non potrebbero che rimandare alla *sacratissima constitutio* costantiniana che, come attestato da Zenone in C. 5.27.5 pr., aveva dettato una disciplina '*super ingenuis concubinis ducendis uxoribus*'³⁶ e che, per come non è irragionevole supporre, venne infine accolta in CTh. 4.6.1.

Ove così stessero le cose, discenderebbe che il brano di Nov. Marc. 4.4, *supra* ritagliato, recherebbe una testimonianza non solo del merito di tale legge, ma anche della sua permanenza in vigore parecchio tempo dopo la sua introduzione, tanto che Marciano aveva sentito l'esigenza di *iubere* che (anch')essa '*inviolabiliter custodiri*': un *modus exprimendi*, questo, che – com'è facile accertare³⁷ – ricorre sovente proprio in quelle situazioni dove il

³⁴ Vd., *retro*, alla nt. 14.

³⁵ Ancorché, com'è chiaro, nell'elenco stilato da CTh. 4.6.3, comparissero pure *mulieres ingenuae* (si pensi, ad es., a quelle appartenenti al ceto degli *humiliores*).

³⁶ Potrebbe porsi, pure in relazione alla costituzione di Costantino (così come già avvenuto per quella più recente di Zenone: vd., *retro*, alla nt. 13) il dubbio che si avessero allora in mente esclusivamente *concubinae ingenuae non honestae* [in specie, se fosse vero quanto scritto da F.M. DE ROBERTIS, *La condizione sociale e gli impedimenti al matrimonio nel Basso Impero*, in AUBA 2 (n.s.), 1939, 45 ss. (= *Scritti vari di diritto romano*, I. *Diritto privato*, Bari 1987, 179 ss., in part. 189, da dove qui si cita), circa il decadere, forse durante la crisi del III sec. d.C., dei vari divieti matrimoniali riguardanti in generale gli ingenui vigenti nel diritto classico]. A parte l'argomento fondato (ancora) sulla vaghezza dell'espressione usata in C. 5.27.5 pr., la quale non lascia sospettare restrizioni di sorta, contribuirebbe pure a fugare tale dubbio la possibilità di riferire la notizia portata da Nov. Marc. 4.4 alla perduta legge costantiniana, così come *supra* nel testo stiamo sostenendo: i *cetera* che *ab inclitae recordationis Constantino* furono *definita* individuano, per forza di cose, una categoria di *concubinae* diversa ed ulteriore (arg. ex '*cetera*') rispetto a quella formata dalle *feminae humiles abiectaeque* espressamente *enumeratae* subito prima in Nov. Marc. 4.3 (e riprese, pur con alcune distinguibili differenze, dalla costantiniana disposizione di cui in CTh. 4.6.3).

³⁷ Basti considerare qualche esempio eloquente, come quelli qui di seguito, scelti appositamente tra le *constitutiones* precedenti alla *Novella* di Marciano: CTh. 2.4.6 (a. 406): ... *denuntiatione et temporum observatione remota, quam in ceteris civilibus causis, quarum tamen aestimatio centum solidorum summam excedat, volumus custodiri*; 6.27.6 (a. 390): *Privilegia erga eum, qui ex agente in rebus princeps fuerit, antiqua custodiri praecipimus*; 7.18.7.1 (a. 383): *Quam condicionem et circa actores rerum nostrarum volumus custodiri (similiter 7.18.12.1, a. 403); 7.21.2 (a. 353): Hoc et circa eos, qui ad praeposituras ambitu pervenerint, custodiri praecipimus*; 10.5.1 (a. 398): *Ut igitur ille praeceperat, ne consistoriani comites fideiussores in suscipiendis possessionibus darent, quod etiam divus Gratianus secutus est, custodiri oportet*; 11.30.62 (a. 405): *In negotiis, quae ex appellatione descendunt, veterem consuetudinem volumus custodiri, illud addentes ...*; 13.3.13 (a. 387): ... *quae a divae memoriae patre nostro constituta sunt, a nobis quoque confirmata ex huius auctoritate rescribi faciet omnifariam custodiri*; 16.5.25.1 (a. 395): ... *statuimusque omnia, quae contra illorum vesaniam decreta sunt, inlibata custodiri, illud addentes ...*; 16.11.3 (a. 410): *Ea, quae circa catholicam legem vel olim ordinavit antiquitas vel parentum nostrorum auctoritas religiosa constituit ... novella superstitione*

legislatore, all'atto di prevedere un'innovazione, decida di serbare qualche tratto della normativa preterita con quella non confliggente (oppure si limiti a disporre l'estensione ad altri casi analoghi di una *regula* appena introdotta). Viceversa, se davvero destinatarie della *constitutio divi Constantini* fossero state (soltanto) le coppie di genitori con *filii* già in essere al momento della sua adozione, la platea dei beneficiari sarebbe (va da sé) esaurita ormai da tempo, e con essa la funzione della norma, e Marciano non avrebbe avuto interesse alcuno a volerla mantenere in vita.

Come non si giustificerebbero, altrimenti, le continue riprese, da parte dei posteriori *legis latores*, di questa prima regolamentazione di matrice costantiniana *de naturalibus filiis*,³⁸ nel cui ambito un ruolo cardine doveva rivestire proprio la normativa sulla *legitimatio*, prospettando essa delle *regulae* di tono generale, a fronte di quelle, di carattere particolare e derogatorie, versate in CTh. 4.6.2 ed in CTh. 4.6.3:³⁹

– CTh. 4.6.4 (a. 371): *Placuit man- (entibus) ceteris, quae de naturalibus liberis Constantinianis legibus c(auta) sunt ...*

– CTh. 4.6.5 (a. 397): *Le[gibus] Constantini et genitoris nostri praeceptis edoc[ti] prae]cipimus ...*

– Nov. Marc. 4.4 (a. 454): *Cetera etiam, quae ab inclitae recordationis Constantino ... super naturalibus filiis eorumque matribus, de concubinis quoque ingenuis ... quaecumque sacris constitutionibus definita sunt, iubemus inviolabiliter custodiri ...*

– C. 5.27.5 pr. (a. 477): *Divi Constantini ... super ingenuis concubinis du- cendis uxoribus ... sacratissimam constitu- tionem renovantes ...*

– C. 5.27.6 (a. 517): *Iubemus eos, qui- bus nullis legitimis existentibus liberis in prae- senti aliquae mulieres uxoris loco habentur, ex his sibi progenitos seu procreandos suos et in potestate sua legitimisque habere propriasque substantias ad eos vel per ultimas voluntates vel per donationes seu alios legi cognitos titulos si voluerint transferre, ab intestato quoque eorum ad hereditatem vocandos, nec aliquam quaestionis seu altercationis exercendae sub qualibet astuta subtilique legum vel constitu- tionum occasione super his vel agnatis seu cognatis genitoris eorum vel quibusdam aliis superesse facultatem in posterum: nihilo mi- nus, quisquis huiusmodi mulierem uxoris loco dotilibus instrumentis confectis habuerit, pro eius subole similem eandemque formam cus- todiri, ne adimatur ei licentia sibi quodam- modo per liberos proprios suum patrimonium adquirendi.*

Il raffronto con il silenzio, di contro serbato da Anastasio⁴⁰ – nel testo posto a destra nella tabella sopra riportata – nei riguardi della (ancorché di poco) precedente disciplina, senza dubbio transitoria, di C. 5.27.5,⁴¹ fa risaltare in questo punto, a nostro parere, una

submota integra et inviolata custodiri praecipimus; C. 1.2.12 (a. 451): *Privilegia, quae generalibus constitu- tionibus universis sacrosanctis ecclesiis orthodoxae religionis retro principes praestiterunt, firma et illibata in perpetuum decernimus custodiri.*

³⁸ Visibili negli *excerpta* trascritti nella colonna di sinistra della tabella proposta subito appresso nel testo.

³⁹ A proposito delle specifiche circostanze sottese all'adozione di entrambe, rinviamo, per tutti, all'attenta disamina di M. BIANCHINI, *Caso concreto e «lex generalis»* cit., 20 ss.

⁴⁰ Vd. anche, *retro*, nella nt. 7.

⁴¹ Si riprenda quanto abbiamo detto, *supra*, nel § 1.

rimarchevole dissomiglianza tra le due costituzioni, quella perduta di Costantino e quella più recente di Zenone che ne fa parola.⁴²

4. SEGUE: ... IL CONTENUTO DELLO *IUSSUM* ORIGINARIO: A PROPOSITO, IN PARTICOLARE, DEI GERUNDIVI '*ducendis*' E '*habendis*'.

Fermiamoci, infine, sull'intima natura della norma introdotta dalla *sacratissima constitutio Constantini*: sussistendone le condizioni, ordinava oppure autorizzava di/a convertire il rapporto di concubinato in legittime nozze? Per rispondere a questo interrogativo, potremmo decidere, anche noi, di seguire il solito approccio e partire, unitamente alla maggior parte degli interpreti, dal testo di Zenone, estendendo, alla stregua di una proprietà transitiva, alla *lex Constantini* tutto quanto (o quasi) in esso istituito nell'anno 477 d.C. Però, sì come già verificato nei paragrafi precedenti, allorché si è tentato di stringere il significato di '*renovantes*', pure in questo caso un'opzione siffatta non ci soddisfa pienamente. Preferiamo, invece, cercare di vedere se, 'spremendo' quel poco che il *principium* di C. 5.27.5 ha da offrirci, si riesce a carpire qualche informazione degna di nota. In concreto, tale via passa attraverso la comprensione delle parole '*super ingenuis concubinis ducendis uxoribus, filiis quin etiam ex isdem ... progenitis suis ac legitimis habendis*' ed un'adeguata decifrazione dei gerundivi '*ducendis*' e '*habendis*' nello specifico.

A tal proposito, ci vengono alla mente, astrattamente ragionando, tre possibili chiavi di lettura.

A) Il primo – e probabilmente più immediato – modo d'intendere i detti aggettivi verbali è quello di riconoscerli una colorazione imperativa. È ben conosciuta la rappresentazione del gerundivo sotto lo schema del c.d. '*participium necessitatis*' e non occorre qui spendervi tempo.⁴³ Benché forse declinante a quel tempo (come pure si è riscontra-

⁴² Un'evidenza testuale a supporto di tale ipotesi potrebbe scorgersi nella frase '*filiis quin etiam ex isdem vel ante matrimonium vel postea progenitis suis ac legitimis habendis*' di C. 5.27.5 pr. Si tratta, a prima vista, di una precisazione ridondante, dacché nessuna esitazione avrebbe potuto aversi a reputare i *fili* procreati *postea matrimonium* come *legitimi*. Può ben darsi – come supposto da G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 179 nt. 9; e, sulla stessa falsariga, ancora di recente da R. ASTOLFI, *Studi sul matrimonio nel diritto romano postclassico* cit., 266 – che, nell'ottica della Corte, essa mirasse ad affermare, per spazzare via ogni equivoco, l'assoluta identità di posizione tra i figli avuti precedentemente e successivamente alla contrazione delle nozze. Tuttavia, bisogna pur considerare che i due casi, per come ci sono presentati, paiono contraddistinti da un margine di autonomia e potrebbero venire in essere anche disgiuntamente, come suggerisce l'impiego delle congiunzioni '*vel ... vel*'. Sembrerebbe, in altri termini, che si stabilisse che anche i figli generati dopo il matrimonio, indipendentemente dall'esistenza di fratelli nati prima, dovessero essere trattati quali legittimi. Ma ciò, come rilevato, suonerebbe, inevitabilmente, ozioso. Per restituire un significato alla frase, si potrebbe provare a pensare al caso di un matrimonio stretto all'indomani dell'entrata in vigore della *lex* ed al dubbio che esso fosse in grado di rendere *sui ac legittimi* quei figli eventualmente nati sì prima di esso ma posteriormente alla norma costantiniana. Il punto, invero, poteva innescare discussioni nella prima applicazione pratica della nuova disciplina, che la locuzione in esame aveva forse il compito di neutralizzare. Così interpretata, essa finirebbe per corroborare l'idea che Costantino non si fosse contentato di considerare esclusivamente le coppie concubinarie già provviste di prole.

⁴³ Cfr., tra i tanti, nella letteratura manualistica, A. ERNOUT, F. THOMAS, *Syntaxe latine*², Paris 1954 (rist. 1964), 263; J. VAN DEN BESSELAAR, *Propylaeum Latinum*, I. *Syntaxe latina superior*, São Paulo 1960, 41; L.R. PALMER, *La lingua latina* (tr. it. dell'ed. or. London 1954 e 1961), Torino 1977 (rist. 2002),

to),⁴⁴ tale valore si conserva ancora chiaramente nelle quasi coeve *Institutiones grammaticae* di Prisciano.⁴⁵ Così interpretati, ‘*ducendis*’ e ‘*habendis*’ starebbero ad indicare che la *lex* di Costantino aveva, *super ingenuis concubinis*, previsto che, in tutti quei casi in cui ciò fosse stato possibile, le donne dovessero divenire *uxores*, ed i figli *ex isdem progeniti* fossero per conseguenza inquadrati giuridicamente tra i *sui ac legitimi*.

B) Un'altra strada percorribile è quella di associare a ‘*ducendis*’ e ‘*habendis*’ un'idea di possibilità, o, ancora meglio, d'idoneità. Si tratta, a quel che pare, di un valore semantico primario – forse anche sul piano storico – degli aggettivi terminanti in ‘-*dus*’, da cui poi si sarebbe evoluta la sfumatura succedanea di doverosità poc'anzi ricordata.⁴⁶ Pure di essa vi è una precisa traccia nel *grammaticus Caesariensis*, rivelata dalla spiegazione ‘*quid est enim amanda est virtus? digna, quae ametur*’.⁴⁷ L'espressione usata da Zenone equivarrebbe, così, a dire che il più remoto testo costantiniano aveva riguardato quelle *concubinae ingenuae* individuate, mercé la legge medesima, come suscettibili di essere tratte in mogli – un'accezione, perciò, prossima a quella tipica degli aggettivi in ‘-*bilis*’, come *nubiles* nella fattispecie –, dimodoché i figli potessero essere parificati a quelli *sui ac legitimi*.

C) Vi è, ancora, l'eventualità, provando a seguire una ricostruzione concettuale vieppiù frequente proprio nel latino tardo, di riconnettere ai gerundivi in parola la funzione di participio futuro passivo; ciò, sulla scorta di un modello che vede, per i *verba communia* (aventi, cioè, sia diatesi attiva che passiva), la contrapposizione dei *participia futura* in ‘-*rus*’ (*activa*) a quelli in ‘-*dus*’ (*passiva*) *desinentia*, come, ad es., ‘*criminaturus*’ dal lato attivo e ‘*criminandus*’ da quello passivo.⁴⁸ Da tale angolazione, dovremmo sciogliere il senso di

387; A. TRAINA, T. BERTOTTI, *Sintassi normativa della lingua latina. Teoria*, Bologna 1985 (rist. 1988), 294; A. ERNOUT, A. MEILLET, *Morphologie historique du Latin*⁴, Paris 1989, 174; J.B. HOFMANN, A. SZANTYR, *Lateinische Syntax und Stilistik*³, München 2016, 370.

⁴⁴ Cfr. J.B. HOFMANN, A. SZANTYR, *Lateinische Syntax* cit., 312 s., 369, 374.

⁴⁵ Si legga, a tale scopo, Prisc. Caes. 8.47 (H. KEIL, II, 411/13-16): *nomina vero supra dictae formae* [scil., in ‘*dus*’ *desinentia nomina verbalia*: vd. *ibid.*, 8.45], *quomodo supra diximus, magis passivam* [*habent significationem*]: *faciendus*, ποιητέος, id est ‘qui debet fieri’, *sequendus*, ἀκολουθητέος, id est ‘quem debent sequi’, *loquendus*, λαλητέος, id est ‘quem debemus loqui’.

⁴⁶ Per ritrarre tale passaggio di significati, si valuti l'esempio emblematico costituito dalla locuzione ‘*agnus caedundus*’, con cui dappincipio si designava l'agnello pronto al sacrificio, per poi passare ben presto ad indicare l'agnello da sacrificare, ossia che dev'essere sacrificato: cfr., in proposito, L.R. PALMER, *La lingua latina* cit., 387.

⁴⁷ Vd. Prisc. Caes. 8.46 (H. KEIL, II, 411/4-7); questo il contesto della frase *supra* estrapolata: ... *nomina vero mobilia supra dictae formae, id est in 'dus' et 'da' et 'dum' desinentia, unam et magis passivam* [*habent significationem*]; *solemus enim per verbum passivum ea interpretari. Quid est enim amanda est virtus? digna, quae ametur* ... Ancor più nitidamente in 4.36 (*ibid.*, 137/26-26-138/1-4): *Tertia forma in 'dus' terminantium est participialis ... et significat dignum esse aliquem eo, quod demonstratur, ut 'laudandus' laude dignus, 'amandus' dignus amari, 'curandus' dignus cura, 'ornandus' dignus ornari, 'ordinandus' dignus ordinari, 'legendus' dignus legi, 'loquendus' dignus de quo loquantur homines.*

⁴⁸ Vd., nuovamente, Prisc. Caes. 11.28-29 (H. KEIL, II, 566/28 – 567/1-9): *A communi verbo quattuor nascuntur participia, praesentis sive praeteriti imperfecti, quod activam solum habet significationem, ut 'criminor criminans', ὁ διαβάλλον οὐκέτι καὶ ὁ διαβαλλόμενος; praeteriti perfecti et plusquamperfecti, quod communem habet significationem tam passivi quam activi, ut 'criminatus' ὁ διαβαλὼν καὶ ὁ διαβληθεὶς, futuri unum activum in 'rus' desinens, ut 'criminaturus', et unum passivum in 'dus', ut 'criminandus'. Omnia tamen in 'dus' desinentia participia eadem etiam nomina esse possunt, cum amittunt tempus, ut 'amandus' ὁ φιληθησόμενος καὶ ὁ φιλητέος, 'docendus' ὁ διδασθησόμενος καὶ ὁ διδασκτέος, 'legendus' ὁ ἀναγνωσθησόμενος καὶ ὁ ἀναγνωστέος. Ma è una schematizzazione ricorrente: si vd.no, a riprova, i*

'*super ingenuis concubinis ducendis uxoris et rell.*', grossomodo, come 'in ordine alle concubine ingenuae che saranno maritate, oppure che sono in procinto di, o destinate a essere prese in mogli *etc.*'.

Ora, non crediamo che quest'ultimo valore possa fare al caso nostro. La posteriorità, che sarebbe comunicata dai *participia (passiva) futura* 'ducendis' e 'habendis', rispetto all'orizzonte temporale definito dall'azione posta nella reggente – la quale è data, qui, dalla rinnovazione della *sacratissima constitutio* e dal 'iubemus' di Zenone – appare impraticabile in seno alla reminiscenza operata nel *principium* di C. 5.27.5. E volendo avvalersi di locuzioni quali 'in procinto di' o 'destinate a' si finisce per intersecare l'orbita della potenzialità, ricadendo in sostanza nel secondo dei significati più sopra registrati. Non restano, allora, sul terreno che le due opzioni, oppostamente polarizzate, della necessità o della facoltà di *coniugium legitimum contrahere*.

Da un punto di vista speculativo, entrambe le interpretazioni muovono – bisogna premettere – da basi plausibili. La tesi della concessione è, a tutt'oggi, condivisa dalla dottrina maggioritaria⁴⁹ ed avrebbe il vantaggio (se così si può dire) di non fare emergere una vistosa distonia, *in parte qua*, tra il provvedimento di Zenone e quello di Costantino, giacché nel primo l'intendimento di elargire un *beneficium* (*minime huius legis beneficio perfruuntur*)⁵⁰ è annunciato apertamente. Ma proprio in ciò essa ha, probabilmente, anche il limite più evidente, apparendo la meccanica conseguenza di una premessa maggiore tutt'altro che sicura, ossia che Zenone si fosse limitato a reiterare, tale e quale, quanto già previsto da Costantino: come abbiamo cercato di mostrare nelle pagine precedenti, questo assunto non può dirsi così incontestabile come (a volte) si pretende.

L'altra opzione inclina, per contro, a ricostruire l'intervento costantiniano nei termini di un'imposizione: la Corte avrebbe preteso la trasformazione del concubinato, non l'avrebbe semplicemente consentita. Non è un'idea nuova. In principio del secolo scorso, già Robert Génestal ragionava di un Imperatore che «ne veut plus de concubinat» e che «ordonne aux concubins de régulariser leur situation».⁵¹ In tempi più recenti, uno spunto analogo è venuto da Giovanni Luchetti, ma in via d'ipotesi e senza l'offerta di argomenti in grado di infondervi un decisivo vigore, se non l'ideale contiguità con quella finalità di avversare il concubinato *cum muliere ingenua* che trapelerebbe dal resto della legislazione (nei termini in cui è pervenuta) del primo sovrano 'cristiano'.⁵²

A noi pare che un piccolo indizio a sostegno di quest'ultima soluzione, sinora restato occultato, sopravviva all'interno del *principium* della *constitutio* emessa da Zenone nel 477 d.C., che della legge costantiniana faceva memoria. Esso emerge a lume dell'idea che dovrebbe riuscire naturale – sebbene ciò non significhi, di per sé, altresì sicuro – assegnare ai due gerundivi, 'ducendis' e 'habendis', un identico valore. E questo *a fortiori*, ove si conside-

seguenti *loci* del *Corpus Grammaticorum Latinorum*: Ps. Serg., *Explanat. in art. Donat.* 1 (H. KEIL, IV, 513/22-26); Cledon., *Ars. gramm.* (*ibid.*, V, 23/5-9); Pomp., *Comm. art. Donat.* (*ibid.*, V, 259/12-16); Ps. Aug., *Reg.* (*ibid.*, V, 520/13-15); Sacerd., *Art. gramm.* 1.66 (*ibid.*, VI, 444/7-11). Per un quadro generale delle caratterizzazioni del gerundivo tra i grammatici di lingua latina tardoantichi, cfr. M.L. HARTO TRUJILLO, *Notas sobre el gerundio y gerundivo*, in *Fortunatae. Revista canaria de Filología, Cultura y Humanidades Clásicas* 6, 1994, part. 274 ss., 290 s.

⁴⁹ Si vd. no, *retro*, gli Autori già citati alla nt. 15.

⁵⁰ *Ex* C. 5.27.5.1; vd., altresì, quanto detto *retro* nella nt. 7.

⁵¹ Cfr. R. GENESTAL, *Histoire de la légitimation des enfants naturels en droit canonique*, Paris 1905, 114.

⁵² Cfr. G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 193 s. nt. 32.

ri quanto essi siano costruiti simmetricamente, cioè in funzione attributiva e concordati entrambi in caso indiretto (*concubinis ducendis uxoribus; filiis suis ac legitimis habendis*); ed ancora come siano legati reciprocamente per mezzo delle parole ‘*quin etiam*’, le quali esprimono un senso accrescitivo (‘ed inoltre’), rispetto a ciò che si è appena terminato di dire. Non potrà negarsi che, per come formulata, la proposizione aperta da ‘*filiis quin etiam ...*’ è posta alla stregua di un risultato direttamente discendente dalla proposizione precedente (‘*super ingenuis ...*’) e da considerarsi come indefettibile. La contrazione delle *nuptiae* tra i genitori concubini importava automaticamente, ed istantaneamente, l’acquisto per i *liberi naturales* della condizione di *legitimi* e la sottoposizione alla *potestas* paterna. Dell’indisponibilità di tale esito sono chiare le indicazioni, seppure in connessione al disposto di Zenone⁵³, che, almeno per gli effetti della *legitimatio per subsequens matrimonium*, è irrealistico dubitare che si discostasse dal precedente costantiniano.

Ebbene, se di questa sorta è il significato con cui l’estensore di C. 5.27.5 ha adoperato ‘*habendis*’, può egli avere avuto in mente un valore differente, orientato alla possibilità anziché alla necessità, per ‘*ducendis*’, citato appena prima nel discorso? Potrebbe, certo, in teoria; tuttavia, è evidente che si tratterebbe di una *lectio difficilior*, la quale, per prevalere sull’altra, richiederebbe ulteriori prove, allo stato non rinvenibili che nella (dai più) congetturata identità di contenuto con il più recente testo di Zenone (sulla quale, però, ci siamo più volte pronunciati dubitativamente in questa indagine).

Insomma, una lettura unitaria dei due aggettivi verbali qui oggetto della nostra attenzione indurrebbe, immancabilmente, ad estendere al primo (*ducendis*) il medesimo carattere del secondo (*habendis*) e soprattutto appoggerebbe la scelta d’intendere – *res vetusta* (dacché già prospettata nella dottrina del secolo passato) *ex argumento novo* – la disposizione costantiniana di rendere le concubine di liberi nati *legitimae uxores* in un’ottica propriamente impositiva.

5. RIFLESSI DE QUAESTIONE PONENDA: L’UTILITÀ DI RICONSIDERARE LE ALTRE LEGES DI COSTANTINO DE CONCUBINIS ET NATURALIBUS FILIIS.

Se ciò che siamo venuti sin qui dicendo – nello sforzo di valorizzare null’altro che i poveri dati riferiti dall’autore di C. 5.27.5 al precedente di matrice costantiniana, e tentando di non farci condizionare dalle affini (ma, dopo quanto s’è visto, non identiche) misure prese da Zenone per il proprio tempo – rispondesse a verità, il passaggio seguente consisterebbe nel ponderare il risultato ottenuto con le altre *leges* prodotte *in subiecta materia* dalla stessa cancelleria. Esso potrebbe avvalorare ulteriormente la prospettiva qui tracciata, se ad esempio affiorasse una qualche direttiva di fondo coerente nei suoi diversi momenti normativi.

Anche perché, mentre seguendo l’orientamento tradizionale (che riscuote, ancora, largo favore), ed estendendo al IV sec. d.C. pressoché gli stessi tratti della legge zenoniana, l’impatto di tali norme costantiniane sulla figura del concubinato *cum muliere ingenua* risulta alquanto relativo – poco più che disposizioni transitorie, afferenti (solo) a situazioni preesi-

⁵³ Basti leggere, in C. 5.27.5 pr., la frase ‘[*filiis*] *mox quam nuptiae cum matribus eorum fuerint celebratae, suos patri et in potestate fieri ...*’; oppure, sebbene con rinvio a C. 5.27.10 (a. 529), lo Schol. Ver. 95, v. ‘*pactis*’, apud K.E. ZACHARIAE VON LINGENTHAL, *Die griechischen Scholien* cit., 110 (= ID., *Kleine Schriften* cit., 333): ἡ ἴ φησὶ τοῦτο, τοὺς ἀπὸ παλλακῆς φυσικοὺς παῖδας προικῶν γινομένων γενέσθαι αὐτῷ ὑπεξουσίους (*Const. 10 hoc dicit, naturales liberos a concubina natos dotilibus instrumentis compositis sub potestate fieri*).

stenti in un dato frangente;⁵⁴ e d'indole premiale, a scopo di sanatoria della posizione successoria dei *liberi naturales* –, laddove invece si accordi loro un'efficacia non limitata nel tempo (indipendentemente, cioè, dall'esistenza o meno di figli *ex consortio ingenuarum concubinarum* alla data della pubblicazione della *lex*) ed un contenuto autoritativo (ché tesa ad imporre, e non tanto a suggerire, le *legitimae nuptiae*), così come noi abbiamo ritenuto credibile, ecco che esse acquistano riflessi sistematici non di poco conto.

In questa sede, non possiamo che consegnare al lettore una possibile pista d'indagine, frutto di una prima osservazione del quadro normativo di riferimento. La *constitutio divi Constantini* ripresa da Zenone, nel caso che la si interpreti nella maniera sopradetta, rivela, *ictu oculi*, delle connessioni con le restanti disposizioni costantiniane in tema di concubinato e di filiazione naturale (a noi arrivate) ben più strette di quanto comunemente si stimi. Come frammenti (chissà) di un disegno politico unitario, poteva essere racchiuso nel suo disposto quel precetto di tenore generale di cui si avverte, in più momenti, l'esistenza nei testi normativi oggi traditi in C. 5.26.1 (a. 326), CTh. 4.6.2 (a. 336) e 4.6.3 (a. 336).⁵⁵ E l'intreccio potrebbe essere stato tale per cui, se in quest'ultimi erano posti degli obblighi negativi, di *non facere* (divieto di tenere una concubina in costanza di matrimonio, di elargire liberalità ai propri figli naturali, *etc.*), nel provvedimento non pervenutoci però preso a modello da Zenone, al cui contenuto ci siamo sforzati di risalire (e che, come ipotizzato,⁵⁶ potrebbe essere stato poi accolto in CTh. 4.6.1), avrebbe potuto essere previsto un obbligo di valenza positiva, di *facere* questa volta, ossia di convertire il rapporto di fatto in *matri-monium*, ove mai fossero stati soddisfatti tutti i requisiti richiesti dal legislatore (*concubina ingenua*, assenza di altra *uxor*⁵⁷ e, verosimilmente, anche di altra *legitima proles*).

⁵⁴ Per il convincimento che esse riguardassero, in fondo, un numero ristretto di soggetti, cfr. H. JANEAU, *Recherches sur l'histoire de la légitimation en Droit Romain. De l'adrogation des liberi naturales à la légitimation par rescrit du Prince*, Paris 1947, 63.

⁵⁵ Sul problema, limitatamente però all'incapacità patrimoniale dei figli naturali rispetto al proprio *pater*, cfr., già, G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 186 s. nt. 24.

⁵⁶ Vd., *retro*, la nt. 14.

⁵⁷ Forse soltanto (oppure, anche) '*post uxoris obitum*', come si dice in Nov. Marc. 4.4: cfr., sul punto, G. LUCHETTI, *La legittimazione dei figli naturali* cit., 180 s. nnt. 11 e 12.

GIACOMO D'ANGELO
(Università di Palermo)

Sul regime classico dell'*indefensio*
nelle azioni nossali

ABSTRACT

This paper aims to review the prevailing opinion according to which the sanctions of the *indefensio* in the classical noxal actions for the *delicta servorum* were the *ductio* or the *missio in bona*. For the author this opinion has no foundation in the texts while he thinks that the sanction in this matter was an action *sine noxae deditione*.

PAROLE CHIAVE

Azioni nossali; *indefensio*; *ductio*; *missio in bona*; *iudicium sine noxae deditione*.

SUL REGIME CLASSICO DELL'*INDEFENSIO* NELLE AZIONI NOSSALI*

SOMMARIO: 1. Il problema del regime classico dell'*indefensio* nelle azioni nossali esperite per i delitti dei servi e l'ipotesi della dottrina prevalente: la soggezione del convenuto alla *ductio* o alla *missio in bona*. – 2. Gli argomenti su cui si fonda l'opinione dominante. – 3. Critica. – 3.1. Segue. – 4. Una diversa ipotesi ricostruttiva: il ricorso a un *iudicium sine noxae deditio*.

1. IL PROBLEMA DEL REGIME CLASSICO DELL'*INDEFENSIO* NELLE AZIONI NOSSALI ESPERITE PER I DELITTI DEI SERVI E L'IPOTESI DELLA DOTTRINA PREVALENTE: LA SOGGEZIONE DEL CONVENUTO ALLA *DUCTIO* O ALLA *MISSIO IN BONA*.

1. Incerta è la sanzione che nel processo formulare avrebbe subito il convenuto con una azione nossale per un delitto imputato a uno schiavo nei tre seguenti casi: a) quando egli, interrogato se avesse in *potestate* il servo assente *in iure* e avendo risposto positivamente,¹ si fosse poi rifiutato di contestare la lite senza neppure esibire (o promettere di esibire) *in iure* il servo ai fini della *noxae deditio*; b) ovvero, dopo averlo esibito, non lo avesse comunque dato a noxa persistendo a un tempo nel rifiuto di *accipere iudicium* e assumerne così la difesa;² c) o infine, avendo risposto negativamente all'*interrogatio de potestate*, non avesse voluto confermare sotto giuramento la sua risposta e giurare altresì di non essersi dolosamente privato della *potestas* sul servo.³

* Dedichiamo al Professore Matteo Marrone, in occasione del suo novantesimo compleanno, con gratitudine, affetto e stima.

¹ Per il funzionamento dell'*interrogatio de potestate* nel processo nossale classico ci permettiamo di rinviare a 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, 13 ss. Qui, sulla scia di P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, in NRHDFE 11, 1887, 427 ss. (= *Mélanges de Droit romain*, II. *Droit privé et procédure*, Paris 1923, 328 ss., da cui citeremo), ci rappresentiamo la *potestas* dell'editto '*De noxalibus actionibus*' (EP § 58) come un potere, giuridico e di fatto, risultante dall'unione dei due presupposti su cui si fondava la legittimazione passiva alle azioni nossali '*servi nomine*': la proprietà civile del servo o altre situazioni a essa equiparate, come l'*in bonis* e il possesso di buona fede, e la sua disponibilità materiale. Sicché pensiamo che, assente *in iure* lo schiavo accusato, avesse luogo un'unica *interrogatio* sulla *potestas* intesa nel senso ora precisato.

² Che il servo potesse ancora essere difeso pur dopo essere stato esibito si arguisce da D. 9.4.43 (Pomp. 8 ep.): *Servi, quorum noxa caput sequitur, ibi defendendi sunt, ubi deliquisse arguentur: itaque servos dominus eodem loco exhibere debet, ubi vim intulisse dicentur et carere omnium dominio potest, si eos non defendat*. Sul punto v. anche G. PUGLIESE, *Appunti in tema di azioni nossali*, in *Scritti giuridici in onore di Francesco Carnelutti*, II, Padova 1950, 124 (= *Scritti giuridici scelti*, I. *Diritto romano*, a cura di G. SACCONI e I. BUTI, Napoli 1985, 460, da cui citeremo).

³ Per tale giuramento v. il testo dell'editto '*De noxalibus actionibus*' (EP § 58), che riportiamo *infra*, § 3.1.

La dottrina prevalente⁴ individua la sanzione in questione nella soggezione del convenuto alla *ductio* o alla *missio in bona*,⁵ ma senza persuaderci. Nelle pagine che seguono, premessi gli argomenti su cui si fonda l'ipotesi ora accennata, daremo prima conto delle ragioni che ci inducono a rigettarla e avanzaeremo poi una diversa proposta di soluzione del problema: il problema – possiamo così genericamente riassumerlo con specifico riguardo al caso del servo delinquente – del regime classico dell'*indefensio* nelle azioni nossali.⁶

⁴ Cfr., almeno, G. DEMELIUS, *Die confessio im römischen civil-Process und das gerichtliche Geständniss der neuesten Processgesetzgebung*, Graz 1880, 306; J.C. NABER, *Ad noxales actiones*, in *Mnemosyne* 30, 1902, 170 nt. 3, 177; J. PARTSCH, Rec. a O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*² (d'ora innanzi EP²), in *ZSS* 31, 1910, 411, 412 nt. 1; O. LENEL, *Die Formeln der actiones noxales*, in *ZSS* 47, 1927, 26 s. [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND* und F. D'IPPOLITO, IV (1915-1932), Napoli 1992, 516 s., da cui citeremo]; ID., *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³ (d'ora innanzi EP³), Leipzig 1927, 161 s., 163 nt. 3; G. BESELER, *Romanistische Studien*, in *ZSS* 46, 1926, 113, 115, 118, 121; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, I, Uppsala-Leipzig 1927, 48 s. nt. 1, 61 nt. 1; E. BETTI, *Diritto romano, I. Parte generale*, Padova 1935, 559; ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Padova 1942, 305 nt. 91; G. BRANCA, *Danno temuto e danno da cose inanimate nel diritto romano*, Padova 1937, 279, 279 s. nt. 3, 284 nt. 1, 285, 288 nt. 1, 295; G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, rist. Napoli 2006 (con una nota di lettura di L. VACCA e una postfazione di M. BRUTTI), 408 s. nt. 2; ID., *Il processo formulare, II. Lezioni dell'anno accademico 1948-49*, Torino 1950, 233 s., 240; ID., *Appunti cit.*, 476 ss., 480, 489; ID., *Obbligazione del capofamiglia e responsabilità diretta del colpevole nel regime della nossalità*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano 1953, 262 nt. 2 (= *Scritti I cit.*, 522 nt. 2, da cui citeremo); ID., *Nuove osservazioni sul regime della nossalità in Roma*, in *RISG* 16, 1972, 94, 95 nt. 25, 100 (= *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli*, IV, Milano 1974 = *Scritti giuridici scelti*, I, Napoli 1985, 550, 551 nt. 25, 556, da cui citeremo); Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*', in *PWRE Suppl.* 7, Stuttgart 1940, 638 s., 641; G. DONATUTI, *Lo statulibero*, Milano 1940, 169; L. AMIRANTE, *Il giuramento prestato prima della litis contestatio nelle legis actiones e nelle formulae*, Napoli 1954, 78 s., 82; F. BONIFACIO, *Studi sul processo formulare romano, I. Translatio iudicii*, Napoli 1956, 111; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Actio iniuriarum noxalis*, in *Labeo* 15, 1969, 50 nt. 82; G. PROVERA, *Un caso controverso di applicazione dell'actio ad exhibendum*, in *AUCA* 35, 1969, 242 e nt. 6, 243, 244 nt. 10, 245; ID., *Il principio del contraddittorio nel processo civile romano*, Torino 1970, 173 ss.; H. NEHLEN, *Sklavenrecht zwischen Antike und Mittelalter. Germanisches und römisches Recht in den germanischen Rechtsaufzeichnungen*, I, Göttingen 1972, 75 nt. 50; A. WACKE, *Zur Aktiv- und Passivlegitimation des gutgläubigen Sklavenbesitzers. Grenzen prozessualistischer Betrachtungsweise der römischen Rechtsquellen*, in *Festschrift für Erwin Seidl zum 70. Geburtstag herausgegeben von H. HÜBNER, E. KLINGMÜLLER, A. WACKE*, Köln 1975, 209; G.L. FALCHI, *Ricerche sulla legittimazione passiva alle azioni nossali. Il possessore di buona fede del servo*, Milano 1976, 39, 154; ID., *Sulla posizione del servus obligatus*, in *SDHI* 46, 1980, 490 nt. 1; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen pretorio subsidiario de la acción noxal*, Pamplona 1981, 172 lett e), 182, 185, 197 s., 199 lett. d), 382 nt. 13, 409 num. 10); A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 537 s.; H.-D. SPENGLER, *Studien zur interrogatio in iure*, München 1994, 90 e nt. 28, 95, 99 s.; M.V. GIANGRIECO PESSI, *Ricerche sull'actio de pauperie. Dalle XII Tavole ad Ulpiano*, Napoli 1995, 215 nt. 9; M. KASER, in M. KASER, K. HACKL, *Das römische Zivilprozessrecht*² (d'ora innanzi RZ²), München 1996, 255 s., 278 e nt. 29; M. PENNITZ, *Obligatio domini und obligatio servi. Drittbeteiligung am Schuldverhältnis bei Sklavendelikten*, in J.D. HARKE (Hrsg.), *Drittbeteiligung am Schuldverhältnis. Studien zur Geschichte und Dogmatik des Privatrechts*, Berlin-Heidelberg 2010, 81 e nt. 42; E. FRANCESCON, *Il corpo nella responsabilità nossale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Il corpo in Roma antica. Ricerche giuridiche*, I, Pisa 2015, 212; L. D'AMATI, *L'inattività del convenuto nel processo formulare: indefensio, absentia e latitatio*, Napoli 2016, 129.

⁵ Fra gli autori citati nella precedente nota, alla sola *ductio* hanno pensato Naber e Beseler; alla sola *missio in bona* Demelius, Giménez-Candela e Burdese; mentre tutti gli altri sembrano orientarsi per l'applicazione di entrambe tali misure.

⁶ Si consideri infatti che anche il caso di cui si è detto poco sopra nel testo, *sub c)*, presupponeva a monte

2. GLI ARGOMENTI SU CUI SI FONDA L'OPINIONE DOMINANTE.

L'opinione dominante – sviluppata in modo organico da Pugliese,⁷ a cui essa a tutt'oggi fa capo, sulla base di spunti presenti soprattutto in Naber⁸ – muove in linea logica dall'appartenenza delle azioni nossali alla categoria delle azioni *in personam*⁹ e poggia nel suo nucleo principale sulla critica dei tre seguenti testi:

D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 ad ed.): *Quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur: aut si id non faciat, iudicium suscipiet omnimodo, sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolove malo fecerit, quo minus haberet.*

ritenuto comunemente interpolato a partire dalle parole '*aut si id non faciat*' o dopo queste parole;¹⁰

D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 ad ed.): *Quod si reus iurare nolit, similis est ei, qui neque defendit absentem neque exhibet: qui condemnantur quasi contumaces.*

da cui si vuole espungere come compilatoria la frase '*qui-contumaces*';¹¹ e

una situazione di *indefensio*, posto che in materia nossale il *defendere servum*, come in altra occasione abbiamo già rilevato [v. 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 ad ed.)*, in AUPA 60, 2017, 309 s.], si risolveva, prima ancora che nell'*accipere iudicium*, nel dare risposta positiva all'*interrogatio* sulla *potestas*. Non possiamo però concordare con l'impostazione di quanti (v., ad es., G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 232; G. PROVERA, *Il principio* cit., 173 ss.; L. D'AMATI, *L'inattività* cit., 128) si rappresentano come un caso di *indefensio* nelle azioni nossali, oltre alla mancata accettazione della formula, l'ulteriore e concomitante rifiuto del convenuto di dare a noxa il servo. Tale impostazione, invero, è contraddetta da molti passi in cui l'ipotesi del *defendere servum* (in un senso equivalente ad *accipere iudicium*) è tenuta nettamente distinta da quella dell'*exhibere*, attività strumentale alla *noxae deditio*: v., ad es., D. 2.9.2.1 (Paul. 6 ad ed.); D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 ad ed.); D. 9.4.22.3 (Paul. 18 ad ed.); D. 9.4.43 (Pomp. 8 ep.).

⁷ Principalmente (per i vari contributi di Pugliese in argomento v. *supra*, nt. 4) nello studio *Appunti* cit., 476 ss., ove (alle pp. 466 ss.) anche un'ampia e ragionata discussione di altre ipotesi, ritenute non attendibili.

⁸ Citato *supra*, nt. 4.

⁹ Per questo argomento v. per tutti G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 234.

¹⁰ V., fra tanti, J.C. NABER, *Ad noxales actiones* cit., 177 s.; G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 113; O. LENEL, *EP*³ cit., 161 nt. 5; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff* I cit., 48 nt. 1; E. BETTI, *Diritto romano* I cit., 559; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 640; G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 232 s.; ID., *Appunti* cit., 460, 468 e nt. 1, 474; ID., *Obbligazione* cit., 521 nt. 2, che ha assunto però un atteggiamento assai più cauto nell'ultima formulazione del suo pensiero (ID., *Nuove osservazioni* cit., 550 e nt. 23); M. KASER, *Das römische Privatrecht*, II. *Die nachklassischen Entwicklungen*² (d'ora innanzi *RP*²), München 1975, 432 nt. 58; ID., in M. KASER, K. HACKL, *RZ*² cit., 255 nt. 22, 278 nt. 29; G. PROVERA, *Il principio* cit., 176; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 181 s.; L. D'AMATI, *L'inattività* cit., 128; nonché, pur senza aderire dalla ricostruzione che criticiamo, F. EISELE, *Beiträge zur Erkenntnis der Digesteninterpolationen*, in ZSS 13, 1892, 124; H. PISSARD, *Duci vel ferri jubere. 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, 247 e nt. 1; B. BIONDI, *Le actiones noxales nel diritto romano classico*, in AUPA 10, 1925, 214 s., 219, 259.

¹¹ In tal senso v. ad es., con varie ipotesi ricostruttive, J.C. NABER, *Ad noxales actiones* cit., 177; B.

D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*): *Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere: quod nisi faciat, punitur atque si praesentem non noxae dederit.*

dove 'punitur' si reputa spurio in luogo di un originale 'ducitur'.¹²

In più, inoltre, taluni¹³ hanno addotto la testimonianza offerta dalla *lex Rubria de Gallia Cisalpina*, cap. XXII.32 ss.:

eamue rem de | qua arguetur se fecisse obligatumue se eius rei noxaeue esse confes|sus erit deixeritue (Il.32-34)¹⁴ ... *aut sei d(e) e(a) r(e) in iure | nihil responderit, neque d(e) e(a) r(e) se iudicio utei oportebit defendet* (Il. 36-37) *rell.*¹⁵

da essa argomentando, sulla scorta della generale equiparazione in tale legge dell'*indefensus* al *confessus*,¹⁶ nel senso che le sanzioni disposte dal pretore contro il convenuto *indefensus* nelle ordinarie azioni *in personam*¹⁷ e documentate dalla stessa legge¹⁸ in

BIONDI, *Il giuramento decisorio nel processo civile romano*, Palermo 1913, 38 nt. 2, 62 e nt. 3; ID., *Le actiones noxales* cit., 214, 259; G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 114, che espungeva pure la frase '*exhibet*', sostituendola con '*confitent*'; O. LENEL, *EP*³ cit., 161 e nt. 2; G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 468, 470, 476 s. nt. 4; ID., *Nuove osservazioni* cit., 550 nt. 23; L. AMIRANTE, *Il giuramento* cit., 77; L. CHIAZZESE, *Iusiurandum in litem*, Milano 1958, 124; M. KASER, *RP*² cit., 432 nt. 58; ID., in M. KASER, K. HACKL, *RZ*² cit., 255 nt. 23, 278 nt. 29, 591 nt. 50; G. PROVERA, *Il principio* cit., 176; T. GIMENEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 184 s., 195 ss.; H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., 88 nt. 22, 95, 99 s.

¹² Cfr., ad es., J.C. NABER, *Ad noxales actiones* cit., 170 nt. 3, 177 e ntt. 5-6; J. PARTSCH, *Rec. a O. LENEL*, *EP*² cit., 412 nt. 1; O. LENEL, *EP*³ cit., 161 nt. 1; E. BETTI, *Diritto romano I* cit., 559; ID., *Istituzioni I*² cit., 305 nt. 91 [ma diversamente in *Le actiones ex responsione in iure del processo civile romano*, in *Atti della Reale Accademia delle Scienze di Torino* 50, 1914-15, 408 e nt. 2, dove Betti sostituiva a 'punitur' le parole '*in litis aestimationem condemnatur*'. Conforme M. SARGENTI, *Limiti, fondamento e natura della responsabilità nosale in diritto romano*, estr. da *Studi Pavia* 31, 1950, 111 = *Scritti di Manlio Sargenti* (1947-2006), a cura di G. CRIFÒ e F. PERGAMI, Napoli 2011, 135, da cui citeremo]; Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 641; L. AMIRANTE, *Il giuramento* cit., 78 s. Similmente G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 114 s., che faceva seguire a '*quod nisi faciat*' le parole '*iussu praetoris ducetur*' e apportava modifiche anche alla prima parte del passo (*Dominus-defendere*), ritenuta comunemente genuina. V. inoltre G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 467, 468 s., 477 nt. 4, con un più ampio ventaglio di opzioni critiche.

¹³ O. LENEL, *Die Formeln* cit., 516 s.; G. PROVERA, *Il principio* cit., 174; L. D'AMATI, *L'inattività* cit., 129 nt. 233.

¹⁴ A questo solo tratto faceva riferimento Lenel (v. la nota precedente), mentre Provera, con cui parrebbe concordare D'Amati (v. sempre la nota precedente), citava anche le linee che seguono nel testo (riferendosi in particolare, evidentemente per una svista, alle Il. 43 ss.).

¹⁵ FIRA, I², Florentiae 1968, 174, da cui non si discosta – al di là di alcune particolarità tipografiche – la più recente edizione curata da M.H. CRAWFORD, con la collaborazione di U. LAFFI, in *Roman Statutes*, I, London 1996, § 28, 466.

¹⁶ Su tale equiparazione e sui problemi che essa ha sollevato v. per tutti G. PROVERA, *Il principio* cit., 99 ss., che richiama e discute le principali opinioni espresse al riguardo in dottrina.

¹⁷ In argomento 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 Mario Talamanca*, I, Padova 2011, 882 ss.; EAD., *L'inattività* cit., 69 ss.

¹⁸ *Lex Rubria de Gallia Cisalpina*, cap. XXII.46 s.

connessione al tratto sopra riportato – la *ductio* e la *missio in bona* – dovevano pure applicarsi nel caso dell'*indefensio* nelle azioni nossali; mentre altri,¹⁹ ancora, hanno richiamato l'uso di *compellere* – verbo che si ritiene allusivo alle medesime sanzioni – in

D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*): *Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel [iudicio eum sisti] <vadimonium>*²⁰ *promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum* rell.²¹

Infine Pugliese²² ha invocato un ulteriore argomento fondandosi sull'analogia fra il giuramento previsto dall'editto '*De noxalibus actionibus*' (EP § 58)²³ e quello previsto dall'editto contenuto nel titolo '*De rebus creditis*' sotto la rubrica '*Si certum petetur*'.²⁴ In particolare, muovendo dalla considerazione che in entrambi i casi il giuramento vincolava il convenuto a cui veniva deferito²⁵ e aveva efficacia decisoria a favore del convenuto che lo prestava,²⁶ Pugliese credeva di poter spingere il parallelo fino a questo punto: «effetti simili doveva avere pure il rifiuto di giurare; e poiché, in materia di *actio certae creditae pecuniae*, al rifiuto di giurare seguiva la *ductio* o la *missio in bona*, è verosimile che le medesime conseguenze avesse il rifiuto di giurare sulla *potestas*. E poiché ... il rifiuto di giurare era equiparato all'omissione della difesa e dell'esibizione dello schiavo assente,²⁷ e questa, a sua volta, aveva gli stessi effetti della mancata *noxae deditio* dello schiavo presente e indifeso,²⁸ ecco che anche per questa via l'applicazione della *ductio* e della *missio in bona* nelle tre ipotesi contemplate riesce assai probabile».

A noi, però, non sembra possibile fondare sulle basi fin qui illustrate l'ipotesi di cui discutiamo. Valgano in contrario le osservazioni che ci apprestiamo a svolgere.

¹⁹ G. DEMELIUS, *Die confessio* cit., 306; G. PUGLIESE, *Il processo formulare* II cit., 234; ID., *Appunti* cit., 477 s.; H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., 90.

²⁰ Per la probabile interpolazione delle parole '*iudicio eum sisti*' in luogo di '*vadimonium*' v. per tutti O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Leipzig 1889, rist. Graz 1960, Paul. 153, col. 976 nt. 3; ID., *Nachträge zum Edictum Perpetuum*, in ZSS 20, 1899, 7 [= *Gesammelte Schriften herausgegeben und eingeleitet von O. BEHREND und F. D'IPPOLITO*, II (1892-1902), Napoli 1990, 411, da cui citeremo].

²¹ Per un'ampia analisi di questo segmento del brano, che reputiamo genuino (salva l'interpolazione segnalata nella precedente nota), v. G. D'ANGELO, *Vadimonium e cautio se exhibiturum in D. 2.9.2.1 (Paul. 6 ad ed.)*, in AUPA 48, 2015, 255 ss., da raccordare con ID., *Il concetto di potestas* cit., 102 s.

²² G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 478.

²³ V. *infra*, § 3.1.

²⁴ V. O. LENEL, *EP*³ cit., 232 ss.

²⁵ Giacché il convenuto non poteva rifiutarsi di giurare senza subire una sanzione.

²⁶ Come esattamente osservato da G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 478, infatti, se il convenuto «giurava secondo la formula che gli era stata proposta, l'azione contro di lui veniva denegata e, se era intentata successivamente, veniva paralizzata con un'*exceptio*'. In materia nossale, comunque, tale *exceptio* non giovava al convenuto che, avendo giurato conformemente al vero di non avere la *potestas* sul servo accusato e di non averla dolosamente perduta, l'avesse acquistata dopo che l'azione era stata denegata e fosse stato così citato nuovamente in giudizio dall'attore: v. D. 9.4.21.6 (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 9.4.23 (Gai 6 *ad ed. prov.*).

²⁷ V. D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*).

²⁸ V. D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*).

3. CRITICA.

Se è vero che le azioni nossali erano azioni *in personam*, come appare indubbio,²⁹ è anche vero che esse presentavano caratteristiche per molti versi peculiari: si pensi al preventivo ricorso all'*interrogatio in iure*;³⁰ al *vadimonium* c.d. *ex noxali causa* (D. 2.9); alla presenza nella loro formula³¹ della clausola della *noxae deditio*; alla possibilità della *ductio* dello stesso schiavo presente *in iure* quando il suo *dominus* fosse assente e nessun altro si offrisse spontaneamente come convenuto;³² al principio '*noxæ caput sequitur*';³³ all'ulteriore principio '*noxali iudicio invitus nemo cogitur alium defendere*'.³⁴ A fronte di ciò, dunque, non potrebbe secondo noi meravigliare che l'*indefensio* – intesa nell'ampia accezione a cui ci riferiamo³⁵ – fosse sanzionata in tali azioni, come siamo convinti,³⁶ diversamente che nelle comuni azioni *in personam*. Come pure, per la medesima ragione, non reputiamo affatto indiziante in senso contrario tanto il '*compellitur*' di D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*), da cui soltanto ci sembra lecito inferire l'esistenza di una qualche forma di coazione, non altrimenti precisata, quanto il parallelo istituito da Pugliese fra il giuramento di EP § 58 e quello della rubrica '*Si certum petetur*'.

Né più istruttivo ci sembra il richiamo alla *lex Rubria de Gallia Cisalpina* (cap. XXII.32 ss.).³⁷ Gli studiosi che invocano tale legge³⁸ a sostegno dell'ipotesi da noi criticata interpre-

²⁹ In contrario non è riuscita a imporsi la diversa tesi di B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 19, 28, 29 nt. 1, 203 ss., 221 ss., 227, 236 ss., 253, 268, 284, 328 s., 359, 361, che assimilava le azioni nossali alle azioni *in rem*, concependole alla stregua di una *vindicatio* del colpevole. Per una critica di tale tesi, che di recente è stata riproposta da G. BRANDI CORDASCO SALMENA, *L'actio iniuriarum noxalis. Su alcune peculiarità della condanna nossale*, Fano 2012, 74 ss., v. per tutti O. LENEL, *Die Formeln* cit., 491 ss., e G. PUGLIESE, *Il processo II* cit., 229 ss.; ID., *Appunti* cit., 479.

³⁰ V. *supra*, nt. 1.

³¹ Per la formula delle azioni nossali v. per tutti M. KASER, in M. KASER, K. HACKL, *RZ*² cit., 342 s., con citazione di altra letteratura.

³² 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.*).

³³ V. per tutti Gai 4.77.

³⁴ Tale principio, per cui l'avente potestà poteva evitare di contestare la lite, senza per ciò incorrere in alcuna sanzione, dando semplicemente a nosa l'accusato, è enunciato in D. 9.4.33 (Pomp. 14 ? *ad Sab.*), cui sono da accostare D. 9.4.8 (Ulp. 37 *ad ed.*), concernente il caso di un delitto commesso da un *servus communis*, e D. 9.4.29 (Gai 6 *ad ed. prov.*), di portata generale.

³⁵ V. *supra*, § 1 e nt. 6.

³⁶ Per la nostra opinione sul punto v. *infra*, § 4.

³⁷ Per il relativo testo v. *supra*, § 2. Più avanti, per brevità, parleremo semplicemente di *lex Rubria*; ma sul problema dell'esatta denominazione della legge in esame – problema strettamente interferente con quelli della precisa determinazione della natura e della datazione del medesimo provvedimento (comunque sicuramente successivo alla concessione della cittadinanza romana alla Gallia Cisalpina, da parte di Cesare, nel 49 a.C.) – v. l'approfondita trattazione di G. MAININO, *Confessio e indefensio nella lex Rubria de Gallia Cisalpina. Spunti per l'interpretazione di un testo epigrafico*, in *Collana della Rivista di Diritto Romano-Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'*, in memoria di Arnaldo Biscardi, Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, in <<http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/attipontignano.html>>, 10 ss., il quale, a fronte della diversa proposta formulata in M.H. CRAWFORD, *Roman Statutes I* cit., 461 ss., dove si parla di '*lex de Gallia Cisalpina*', difende la denominazione tradizionale '*lex Rubria de Gallia Cisalpina*'.

³⁸ V. gli autori citati *supra*, nt. 13, ai quali *adde*, ma con un richiamo solo generico al capitolo XXII

tano 'noxxia' (l. 33) come allusivo al delitto commesso da un sottoposto.³⁹ Senonché, quando anche tale interpretazione sia da condividere, come riteniamo,⁴⁰ non per questo – in forza dell'accennata assimilazione nella *lex Rubria* delle ipotesi della *confessio* e dell'*indefensio*⁴¹ e in mancanza, almeno, di ulteriori riscontri – potremmo secondo noi essere autorizzati a concludere senz'altro che sanzioni dell'*indefensio* nel processo nossale sarebbero state la *ductio* del convenuto e la sua soggezione alla *missio in bona*. Si potrebbe sempre pensare che, salvo una fugace allusione all'ipotesi di una *confessio in iure* nelle azioni nossali, la legge, d'altra parte, si disinteressasse completamente – come in effetti secondo noi avveniva – dell'ulteriore caso di un'*indefensio* in tali azioni: e dove si trova d'altronde in tutta la *lex Rubria* un qualunque cenno all'*indefensio* nei procedimenti nossali?⁴² In contrario non var-

della legge, E. BETTI, *Diritto romano* I cit., 559; ID., *Istituzioni* I² cit., 305 nt. 91; G. DONATUTI, *Lo statulibero* cit., 169 nt. 7; G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana. Lezioni universitarie*, Torino s.d. (ma 1944), 251.

³⁹ In tal senso, anche a prescindere dalla tesi generale che avversiamo, v. pure G. DEMELIUS, *Die confessio* cit., 150 s.; P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., 348 s.; ID., *Les actions noxales*, in NRHDFE 12, 1888, 48 (= *Mélanges* II cit., 371); ID., in P.F. GIRARD, F. SENN, *Manuel élémentaire de droit romain*⁸, Paris 1929, 722 nt. 1; TH. KIPP, Rec. a P.F. GIRARD, *Les actions noxales*, in ZSS 23, 1889, 402; A. GIRARD, *La confessio in iure, étudiée spécialement dans la procédure formulaire*, Paris 1900, 120 s.; E. BETTI, *Le actiones ex confensione in iure del processo romano classico*, in AIV 74.2, 1914-1915, 1468 (1467) nt. 2; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff im Lichte der allgemeinen römischen Rechtsanschauung*, II, Uppsala-Leipzig 1941, 232 (*Beilage* 14).

⁴⁰ *Contra* BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 211 s.; Z. LISOWSKI, v. 'Noxa/noxia', in PWRE Suppl. 7, Stuttgart 1940, 596 s.; D. DAUBE, *Nocere and noxa*, in CLJ 7, 1939, 29; F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 245, 543 (con rinvio – *ibid.*, 245 nt. 27, 543 ntt. 25-26 – ad altri suoi precedenti scritti), i quali riferiscono tutti 'noxxia' all'ipotesi di un illecito commesso dallo stesso convenuto, intendendo tale termine come sinonimo generico di 'delictum' (così Biondi) ovvero come allusivo (in contrapposizione a 'furtum') a delitti produttivi di un danno materiale e/o al medesimo danno da essi scaturente (così tutti gli altri studiosi sopra citati). Con De Visscher, poi, concordava G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 477 nt. 3, aggiungendo una considerazione che riportiamo *infra*, nt. 42. L'interpretazione per cui 'noxxia', tuttavia, farebbe riferimento a un delitto del convenuto ci sembra contraddetta dal fatto che la frase '*obligatumue se eius rei noxxiaeue esse*' introduce mediante l'uso della particella 've' un'ipotesi distinta da quella enunciata nella frase precedente (*eamue rem de | qua arguetur se fecisse*), in cui già in effetti si contemplava il caso di un illecito imputato al medesimo convenuto. Riteniamo dunque che le fattispecie descritte dalle due suddette frasi in dipendenza da '*confes|sus erit de|xseritue*' fossero rispettivamente le seguenti: quella in cui il convenuto ammettesse di avere commesso il delitto di cui era accusato (*eamue rem de | qua arguetur se fecisse*); e quella in cui egli, pur senza esserne l'autore, ammettesse comunque di essere responsabile del delitto per cui si procedeva (*obligatumue se eius rei noxxiaeue esse*). Né deve sorprendere che in quest'ultima proposizione, in cui certamente veniva in considerazione a titolo paradigmatico la responsabilità nossale, si alludesse al delitto con due diversi termini, *res e noxia* (costruiti entrambi al caso genitivo in dipendenza da '*obligatumue*': per questa antica costruzione v. F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 160 e nt. 29). Se solo pensiamo, infatti, «quanto sia stato conservatore il linguaggio legislativo romano» [così B. ALBANESE, *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6.3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in AUPA 45.1, 1998, 14 (= *Scritti giuridici*, III, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, 486), supponendo nella specie la ripresa nel terzo *caput* della *lex Aquilia* di un riferimento alle *ceterae res* nel precetto decemvirale sull'*usus auctoritas*], nell'espressione '*eius rei noxxiaeue*' possiamo vedere riprodotta con F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 545, ma con riferimento all'ipotesi di un delitto commesso da un sottoposto anziché (come pensava il romanista belga) dallo stesso convenuto, «l'opposition traditionnelle entre le délit consistant dans un *facere* et celui qui consiste dans un *damnum dare*». Analogamente già TH. KIPP, Rec. a P.F. GIRARD, *Les actions noxales* cit., 402, e A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff* II cit., 232 (*Beilage* 14).

⁴¹ V. *supra*, nt. 16.

⁴² Si consideri pure quanto scriveva G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 477 nt. 3, propenso comunque a nega-

rebbe addurre con Provera⁴³ quanto leggiamo, poco dopo le parole ‘*obligatumue se eius rei noxiaeue esse confes|sus erit deixseritue*’ (ll. 33-34), alle linee 36-37 del capitolo XXII della stessa legge: *aut sei d(e) e(a) r(e) in iure | nihil responderit, neque d(e) e(a) r(e) se iudicio uti oportebit defendet* rell.⁴⁴ Invero, per quanto è dato ricavare da una lettura complessiva dei capitoli XXI e XXII del provvedimento⁴⁵ e come lo stesso Provera⁴⁶ riconosce in un altro punto della sua trattazione, il caso contemplato nella frase che qui in particolare rileva (*neque d(e) e(a) r(e) se iudicio uti oportebit defendet*) parrebbe essere quello in cui il *confessus* non avesse contestato la lite nell’ulteriore azione esperibile nei suoi confronti quando egli non avesse provveduto alla *solutio* di quanto dovuto e non avesse neppure prestato a tal fine idonee garanzie. Né del resto potremmo mai pensare a un caso di *indefensio* nelle azioni nossali se solo rammentiamo che in tali azioni il convenuto era chiamato a difendere l’accusato⁴⁷ se non voleva darlo a nossà o consentirne la *ductio* (a seconda che egli fosse, rispettivamente, l’avente potestà o un terzo) quando invece nella frase ‘*neque d(e) e(a) r(e) se iudicio uti oportebit defendet*’ – si noti – a venire in considerazione era l’ipotesi in cui il convenuto non difendesse se medesimo nei modi in cui avrebbe dovuto.

3.1. SEGUE.

Volgiamoci infine ai tre testi fondamentali su cui fa leva la dottrina dominante: D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*), D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*).

Di essi, il primo ci appare genuino anche per la parte che tradizionalmente viene impugnata⁴⁸ ed è comunque estraneo, secondo noi, al problema che ci interessa. Spieghiamo perché.

re più in generale un riferimento della *lex Rubria* alle azioni nossali anche per quanto concerne la fattispecie della *confessio*: «nel testo epigrafico la *ductio* e la *missio in bona* non sono subordinate al rifiuto di *noxae dedere* o di *exhibere*; in verità, se si pensa alla minuziosa pedanteria con cui la legge indica tutti i presupposti delle misure contemplate, si deve escludere un’omissione intenzionale, e allora bisogna ammettere che, siccome il rifiuto di *noxae dedere* o di *exhibere* era una condizione necessaria per rendere rilevante l’*indefensio* o la *confessio*, la legge non si riferiva alle azioni nossali».

⁴³ G. PROVERA, *Il principio* cit., 174.

⁴⁴ In particolare, nel richiamare tale tratto in connessione alle ll. 32-34 (a proposito di questo richiamo v. quanto si è osservato *supra*, nt. 14) e sul tacito presupposto dell’equiparazione di cui si è detto *supra*, § 2 e nt. 16, G. PROVERA, *Il principio* cit., 174, ascriveva alla *lex Rubria* la supposta previsione «che la *ductio* e la *missio in bona* fossero ordinate dal pretore in caso di *confessio* o di *indefensio* verificatesi di fronte ad un’azione nossale proposta dinanzi ai magistrati municipali». Conforme L. D’AMATI, *L’inattività* cit., 129 nt. 233.

⁴⁵ Cfr. spec. le ll. 4-9 del capitolo XXI e le ll. 29-37 del capitolo XXII.

⁴⁶ G. PROVERA, *Il principio* cit., 107 s.

⁴⁷ Per il caso che più ci interessa, quello del *defendere servum*, v. i testi citati da F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 353 nt. 7.

⁴⁸ V. *supra*, § 2 e nt. 10. Ulteriori critiche sono state rivolte alla prima parte del passo (*Quotiens-suscipitur*) da F. EISELE, *Beiträge* cit., 124; B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 215 nt. 3, 301; M. Wlassak, *Die Noxalklagen* cit., 224 s. Secondo questi autori (ai quali adde H. PISSARD, *Duci vel ferri jubere* cit., 246 ss.) il *dominus* che non avesse voluto difendere il servo non sarebbe stato tenuto per diritto classico (almeno *iure praetorio*, secondo Wlassak) a darlo a nossà bensì semplicemente a consentirne la *ductio*. Ma tale tesi (contro la quale v. già J.C. NABER, *Ad noxales actiones* cit., 169 s.; O. LENEL, *Die Formeln* cit., 502 ss.; ID., *EP*³ cit., 162 nt. 4; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff* I cit., 48 ss. nt. 1; Z. LISOWSKI, v. ‘*Noxalis actio*’ cit., 640 s.), va senz’altro respinta. La *ductio* del servo, in realtà, sarebbe stata la conseguenza della sua mancata difesa (da parte di terzi) solo quando il *dominus* non fosse stato presente *in iure*

Conviene avere di nuovo sotto gli occhi il relativo dettato:

D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *Quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat noxae dedere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur: aut si id non faciat, iudicium suscipiet omnimodo, sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolove malo fecerit, quo minus haberet.*

Secondo l'interpretazione più diffusa⁴⁹ il tratto '*aut-haberet*' sarebbe da riferire al caso del *dominus* che, pur senza contestare la propria legittimazione passiva⁵⁰ e rifiutandosi nondimeno di contestare la lite, non volesse neppure dare a noxa lo schiavo già presente *in iure*. Ora, alla stregua di tale interpretazione, non ci parrebbe in effetti possibile dare giustificazione del tratto in commento. Avrebbe certo ragione Pugliese⁵¹ nel rilevare che la condizione a cui ivi risulterebbe subordinata la condanna del *dominus* sarebbe «per una parte (*si in potestate habeat*) superflua, per l'altra (*dolove malo fecerit quo minus haberet*) impossibile»: come avrebbe potuto il *dominus* non avere la *potestas* sul servo o averla dolosamente perduta quando la stessa disponibilità materiale dello schiavo sarebbe stata *in re ipsa* in ragione della sua presenza in tribunale?⁵² Né d'altronde, sempre per quanto abbiamo appena osservato, il periodo '*aut-haberet*' potrebbe avere senso nel sistema del diritto giustiniano; con il che la stessa diagnosi di una sua interpolazione ci parrebbe peraltro priva di un fondamento razionale. Vediamo allora come si può restituire a tale periodo un significato che lo concili con il segmento che lo precede.

Giova premettere che il passo fa parte del commento di Ulpiano all'editto '*De noxalibus actionibus*',⁵³ tramandato dal giurista in

(v. i passi citati *supra*, nt. 32); e d'altra parte l'esistenza di un dovere del *dominus* (comparso in tribunale) di procedere alla *noxae deditio*, nel caso in cui egli non fosse stato disposto a contestare la lite, è attestata in generale, oltre che dal tratto iniziale di D. 9.4.21 pr., da D. 9.4.29 (Gai 6 *ad ed. prov.*) e D. 9.4.32 (Call. 2 *ed. mon.*), testi la cui sostanziale genuinità (nonostante il contrario parere degli studiosi che criticiamo) non può essere parimenti contestata. V. inoltre D. 9.4.8 (Ulp. 37 *ad ed.*); D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 9.4.43 (Pomp. 8 *ep.*). Sempre con riguardo alla prima parte di D. 9.4.21 pr., poi, su un piano meramente formale restava la critica di G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 113, che proponeva di leggere '*convenitur*' in luogo di '*iudicium non suscipitur*'. Conforme F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 52 nt. 70, 200 nt. 12, 235 e nt. 13, 464 nt. 24.

⁴⁹ Basti citare, fra molti, J.C. NABER, *Ad noxales actiones* cit., 169 e nt. 7, 177 s.; O. LENEL, *EP*³ cit., 161 nt. 5; A. HÄGERSTRÖM, *Der römische Obligationsbegriff* I cit., 48 nt. 1; G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 85, 232; ID., *Appunti* cit., 458, 460, 469; ID., *Obbligazione* cit., 521 nt. 2; M. KASER, in M. KASER, K. HACKL, *RZ*² cit., 255 e nt. 22; G. PROVERA, *Il principio* cit., 176; T. GIMENEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 181; L. D'AMATI, *L'inattività* cit., 128.

⁵⁰ Tale presupposto, anche quando non è esplicitato, appare comunque pacifico nella ricostruzione degli autori citati nella precedente nota.

⁵¹ G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 232. V. anche ID., *Appunti* cit., 468 nt. 1.

⁵² Nel formulare il rilievo che abbiamo riportato nel testo G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 84, 228, 236, concorde in ciò con la prevalente dottrina, pensava alla *potestas* come a un potere esclusivamente di fatto, non comprensivo dell'ulteriore presupposto, rappresentato in genere dal *dominium*, su cui si fondava la legittimazione passiva alle azioni nossali per i delitti dei servi; ma il suddetto rilievo conserva intatta tutta la sua forza anche alla stregua della diversa concezione della *potestas*, da cui noi muoviamo, come un potere giuridico oltre che materiale (v. *supra*, nt. 1).

⁵³ V. O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Leipzig 1889, rist. Graz 1960, Ulp. 680, coll. 548-549.

D. 9.4.21.2 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Praetor ait: 'Si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere: utrum actor volet, vel deierare iubebo in potestate sua non esse neque se dolo malo fecisse, quo minus esset, vel iudicium dabo sine noxae deditioe'*.⁵⁴

Il pretore prendeva in considerazione l'ipotesi in cui il convenuto con un'azione nossale, interrogato se avesse *in potestate* lo schiavo accusato e assente *in iure*,⁵⁵ avesse risposto negativamente e offriva all'attore che non intendesse prestare acquiescenza a tale risposta la possibilità di scegliere fra due alternative: o chiedere allo stesso pretore che ordinasse al convenuto di giurare di non avere la *potestas* sul servo e di non averla perduta dolosamente; o esercitare un'azione (il *iudicium sine noxae deditioe*) nella quale il convenuto sarebbe stato condannato a pagare *sic et simpliciter* la *litis aestimatio*, senza la possibilità di liberarsi per mezzo della *noxae deditio*, fornita la prova che egli aveva falsamente negato di avere la *potestas* sul colpevole o che dolosamente se ne era privato, come meglio risulta da

D. 9.4.22.4 (Paul. 18 *ad ed.*): *Si negavit dominus in sua potestate esse servum, permittit praetor actori arbitrium, utrum iureiurando id decidere an iudicium dictare sine noxae deditioe velit, per quod vincet, si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset: qui autem non probaverit in potestate adversarii esse servum, rem amittit*.⁵⁶

Ebbene, tornando alla seconda parte (*aut-haberet*) di D. 9.4.21 pr., noi crediamo che Ulpiano avesse presente il medesimo caso contemplato in EP § 58 (*Si is in cuius potestate esse dicitur negabit se in sua potestate servum habere*) e si riferisse pertanto al *iudicium* promesso in tale editto,⁵⁷ il cui testo egli riferiva poco dopo.⁵⁸ In questo ordine di idee, ben si comprende come il convenuto, giacché negava di avere il servo *in potestate* e contestava così la propria legittimazione passiva, dovesse conseguentemente rifiutare sia di contestare la lite sia di dare a nosa lo schiavo.

In contrario non varrebbe osservare che il giurista, tenuto conto dell'*incipit* del passo (*Quotiens dominus rell.*), parrebbe riferire sempre al *dominus* le parole '*aut si id non faciat*' e

⁵⁴ Per un esame approfondito del passo rinviamo a G. D'ANGELO, *Il concetto di potestas* cit., 32 ss.

⁵⁵ Che l'editto presupponesse l'assenza *in iure* del servo, come per primo O. LENEL, *Nachträge*, cit. 412 s., ha giustamente evidenziato (v. anche ID., *EP*³ cit., 160 s.), si evince con tutta sicurezza da più testi: v. D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*); D. 9.4.21.3-4 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.4.22.3 e 26.5 (Paul. 18 *ad ed.*).

⁵⁶ Per la sostanziale genuinità del passo v. le considerazioni che abbiamo già svolto in *Il concetto di potestas* cit., 36 nt. 64.

⁵⁷ Per l'identificazione del *iudicium* menzionato nel passo con il *iudicium* di EP § 58, sia pure nel quadro di interpretazioni variamente difforni da quella che noi prospettiamo, v. già, ad es., M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß des gemeinen Rechts in geschichtlicher Entwicklung*, II. *Der römische Civilprozeß*, II. *Formulae*, Bonn 1865, 571 e nt. 72; G. DEMELIUS, *Die confessio* cit., 311 nt. 2, 313 e ntt. 4-5, 315 e nt. 1; O. LENEL, *Das Edictum Perpetuum. Ein Versuch zu dessen Wiederherstellung*, Leipzig 1883, 126 e nt. 3 (prima di risolversi a incriminare il passo a partire dalle parole '*aut si id non faciat*', come già in *EP*² cit., 156 nt. 4 = *EP*³ cit., 161 nt. 5); E. BETTI, *Le actiones* cit., 408 e nt. 2, che supponeva un esplicito riferimento di Ulpiano, soppresso dai compilatori, a una coazione del convenuto a contestare la lite nel *iudicium sine noxae deditioe* (*contra* G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 474); F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 243 nt. 19, 469 s., per il quale sarebbero stati invece i compilatori a inserire nel brano la menzione di tale *iudicium*; H. ANKUM, Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., in *IURA* 32, 1981, 235, 238 nt. 16, che reputa interpolato '*omnimodo*' in luogo di '*sine noxae deditioe*'.

⁵⁸ In D. 9.4.21.2 (Ulp. 23 *ad ed.*), come abbiamo già visto (= O. LENEL, *Palingenesia* II cit., Ulp. 681, col. 549).

presupporre dunque che il convenuto riconoscesse di essere passivamente legittimato all'azione. Sarebbe agevole infatti replicare che la *potestas*, oltre a constare secondo noi del *dominium* (o di altre situazioni a questo equiparate),⁵⁹ comprendeva altresì la materiale disponibilità del servo; onde il *dominus*, pur se privo semplicemente di tale disponibilità, come nella specie potremmo supporre, avrebbe comunque sempre negato di avere il servo *in potestate* e integrato in tal modo l'ipotesi prevista da EP § 58.⁶⁰ Non solo, ma è anche possibile e anzi a parer nostro più probabile⁶¹ che Ulpiano prendesse le mosse dal caso tipico del convenuto-*dominus* del servo accusato per passare poi a considerare, a partire dalle parole '*aut si id non faciat*', il caso in cui il convenuto fosse un *non dominus* e contestasse anzitutto per ciò di avere la *potestas* sul servo.

Neppure, poi, varrebbe obiettare che l'intero discorso di Ulpiano doveva postulare la presenza⁶² e non già, come noi crediamo, l'assenza *in iure* del servo sol perché nella prima parte del brano si dice che il *dominus* avrebbe dovuto procedere alla *noxae deditio* nel caso in cui non fosse stato disposto a contestare la lite. Certo, lo schiavo non avrebbe potuto essere dato a nossa se non fosse stato presente in tribunale; ma in tal caso il *dominus* che ne avesse avuto pure la disponibilità materiale e che non avesse voluto difenderlo avrebbe dovuto in primo luogo esibirlo⁶³ per poterne poi effettuare la *noxae deditio*. Sicché si può pensare che Ulpiano, pur riferendosi all'ipotesi in cui lo schiavo fosse assente *in iure* – ipotesi che del resto sembra corrispondere allo schema-base del processo nossale classico⁶⁴ –, si esprimesse in modo ellittico e finisse di conseguenza per assorbire nell'obbligo ultimo del *dominus* di dare a nossa lo schiavo lasciato indifeso l'ulteriore obbligo, al primo strumentale, di procurarne previamente la presenza in tribunale. Come se il giurista, in altri termini, avesse più estesamente scritto: *Quotiens dominus ex noxali causa convenitur, si nolit suscipere iudicium, in ea causa res est, ut debeat exhibere eum, cuius nomine iudicium non suscipitur, et exhibitum noxae dedere* rell.

Né infine varrebbe richiamare come indizio di interpolazione della seconda parte del passo la frase '*iudicium suscipiet omnimodo*' sulla base del rilievo che nel processo formulare, come è noto, il convenuto non poteva essere costretto ad accettare la formula proposta dall'attore.⁶⁵ Se il *iudicium* menzionato da Ulpiano, come siamo convinti, è infatti il *iudicium sine noxae deditio* accordato da EP § 58⁶⁶ e se un'ulteriore *indefensio* in tale *iudi-*

⁵⁹ V. *supra*, nt. 1.

⁶⁰ Valga per tutti l'esempio di uno schiavo *in fuga*, il quale continuava ad appartenere al suo *dominus* ma non si reputava *in potestate* di quest'ultimo agli effetti di EP § 58: v. Paul. Sent. 2.31.37; D. 9.4.21.3 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.4.24 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 47.2.17.3 (Ulp. 39 *ad Sab.*).

⁶¹ Non è dubbio, infatti, che nel più dei casi il *dominium* e la materiale disponibilità del servo dovevano essere congiunti.

⁶² V. in tal senso gli autori citati *supra*, nt. 49, ai quali adde F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 243 nt. 19; H. ANKUM, Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 235; A. BURDESE, *Manuale*⁴ cit., 537 e nt. 8; E. FRANCESCON, *Il corpo* cit., 210 nt. 175.

⁶³ V. D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*); D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*); D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*); D. 9.4.43 (Pomp. 8 *ep.*).

⁶⁴ V. in proposito quanto abbiamo osservato in *Il concetto di potestas* cit., 60 nt. 132.

⁶⁵ Così G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 232; ID., *Appunti* cit., 468 nt. 1; G. PROVERA, *Il principio* cit., 176; L. D'AMATI, *L'inattività* cit., 128. V. anche F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 469 s., e T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 181 s.

⁶⁶ Priva di fondamento, per questa medesima ragione, ci appare l'ulteriore osservazione di quanti, nella convinzione che il *iudicium* menzionato nel passo fosse invece lo stesso *iudicium* nossale, appuntano la

cium, come è logico pensare, veniva sanzionata come di regola nelle azioni *personam*,⁶⁷ la frase in questione – del tutto ragionevolmente – poteva significare ciò: che il convenuto, quand'anche non avesse voluto contestare la lite nell'azione nossale, avrebbe dovuto comunque (*omnimodo*) contestarla nel *iudicium sine noxae deditione* per non andare altrimenti incontro a sanzioni così gravi quali la *ductio* e la *missio in bona*.⁶⁸ Senza poi considerare che un modo di esprimersi del tutto analogo a quello in questione si rinviene, sempre con riferimento all'accettazione della formula nel suddetto *iudicium*, in

D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*): *Si absens sit servus, pro quo noxalis actio alicui competit: si quidem dominus non negat in sua potestate esse, compellendum putat Vindius vel [iudicio eum sisti] <vadimonium> promittere vel iudicium accipere, aut, si nolit defendere, cauturum, cum primum potuerit, se exhibiturum.*⁶⁹ *sin vero falso neget in sua potestate esse, suscepturum iudicium sine noxae deditione* rell.⁷⁰

nonché, con riguardo a un ulteriore caso di applicazione dello stesso *iudicium sine noxae deditione* (contro il *dominus sciens* del delitto commesso dallo schiavo), in un altro passo dello stesso Ulpiano:

D. 2.7.1.1 (Ulp. 5 *ad ed.*): *Denique Pomponius scribit servi quoque nomine noxale iudicium reddendum,*⁷¹ *nisi sciente domino id fecit: tunc enim sine noxae deditione iudicium suscipiet.*⁷²

frase '*iudicium suscipiet omnimodo*' per un suo presunto contrasto con la precedente proposizione '*si nolit suscipere iudicium*' (in tal senso G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 232, seguito da L. D'AMATI, *L'inattività* cit., 128) e più in generale con il principio (per cui v. i testi citati *supra*, nt. 34) della libertà della *defensio* nelle azioni nossali (così F. EISELE, *Beiträge* cit., 124, e B. BIONDI, *Le actiones noxales* cit., 215).

⁶⁷ Sul punto non vi sono dubbi: v. per tutti G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 474 nt. 1.

⁶⁸ Per una diversa spiegazione, orientata anch'essa in senso conservativo, v. G. PUGLIESE, *Nuove osservazioni* cit., 550 nt. 23, il quale – ivi rivedendo l'opinione espressa nei primi tre scritti citati *supra*, nt. 10 – proponeva di riferire la frase '*iudicium suscipiet omnimodo*' alla stessa azione nossale intentata contro il *dominus*. Tale spiegazione ci sembra però contraddetta dalle successive parole '*sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolo malo fecerit, quo minus haberet*'; parole che si accordano invece perfettamente, come anche più avanti ribadiremo nel testo, con i presupposti della condanna nel *iudicium* di EP § 58.

⁶⁹ Per questa prima parte del passo, che è utile riportare per una migliore intelligenza del periodo che segue e che specificamente qui ci interessa, v. già *supra*, § 2 e ntt. 20-21.

⁷⁰ Quest'ultimo periodo (*sin-deditione*) è esente da ogni sospetto se si prescinde dalla critica, comunque non significativa, di G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 107, che emendava le parole '*sin vero falso*' in un semplice '*si*'.

⁷¹ Ulpiano si riferiva qui all'azione promessa nell'editto '*ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat neve faciat dolo malo quo magis eximeretur*', su cui v. per un primo orientamento O. LENEL, *EP*³ cit., 73 s.

⁷² Contro il sospetto radicale, avanzato dagli autori citati nell'*Index itp.* e nel relativo *Supplementum I ad h.l.* (ai quali adde Z. LISOWSKI, v. '*Noxalis actio*' cit., 650, e A. FERNÁNDEZ BARREIRO, *La frustración de la comparencia por intervencion de un tercero. Su sancion edictal en el proceso privado romano*, Santiago de Compostela, 1972, 35), di un'origine compilatoria del tratto '*nisi-suscipiet*' v. giustamente, a nostro avviso, F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 497 nt. 22, e B. ALBANESE, *Sulla responsabilità del dominus sciens per i delitti del servo*, in *BIDR* 70, 1967, 122, 169 (= *Scritti giuridici*, I, a cura di M. MARRONE, Palermo 1991, 486, 533), convinto che il passo abbia subito un rimaneggiamento solo formale. V. inoltre G. PUGLIESE, *Nuove osservazioni* cit., 550 nt. 23, il quale richiamava anch'egli l'uso dell'imperativo '*suscipiet*' a difesa dell'autenticità del suo analogo impiego in D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*).

In definitiva, nessun argomento ci sembra seriamente ostare all'accoglimento dell'interpretazione da noi proposta. In suo favore, piuttosto, si può ulteriormente addurre – in aggiunta al risultato di una coerenza complessiva del passo, a cui essa, come si è visto, conduce – il confronto della seconda parte di D. 9.4.21 pr. con D. 9.4.22.4, che abbiamo già trascritto più su. In particolare, non può sfuggire come alla condizione a cui Ulpiano subordinava la condanna del convenuto (*sed non alias condemnabitur, quam si in potestate habeat dolove malo fecerit, quo minus haberet*) corrisponda specularmente la condizione imposta all'attore (*si probaverit eum in potestate esse vel dolo eius factum, quo minus esset*) – giusta quanto ci informa Paolo nel secondo dei testi ora citati – per uscire vittorioso nel *iudicium* di EP § 58.

In tal modo, fra i testi utili alla soluzione della questione che abbiamo posto nel § 1, D. 9.4.21 pr. esce per dir così di scena e restano soltanto D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*), che parimenti di nuovo trascriviamo:

D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*): *Quod si reus iurare nolit, similis est ei, qui neque defendit absentem neque exhibet: qui condemnantur quasi contumaces.*

D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*): *Dominus, qui servum in sua potestate esse confitetur, aut exhibere eum debet aut absentem defendere: quod nisi faciat, punitur atque si praesentem non noxae dederit.*

Ora, del primo passo – come si ricorderà⁷³ – si reputa interpolata la chiusa (*qui – contumaces*), ma senza che ci sembrano sussistere elementi minimamente idonei a giustificare tale diagnosi⁷⁴ al di fuori dell'idea preconcepita che vi sta alla base.⁷⁵ In particolare, il passaggio alla forma plurale (*condemnantur*) si può ben spiegare per il fatto che Ulpiano assimilava la posizione del convenuto che rifiutasse di prestare il giuramento previsto in EP § 58 a quella del convenuto che, pur riconoscendo di avere il servo *in potestate*,⁷⁶ rifiutasse sia di difenderlo che di esibirlo; e d'altra parte l'impiego di '*contumax*' e di '*contumacia*' per designare la disobbedienza a un ordine magistratuale – significato in cui '*contumaces*' sembra adoperato nel nostro testo⁷⁷ – è già documentato nelle fonti classi-

⁷³ V. *supra*, § 2 e nt. 11.

⁷⁴ In senso conservativo v. già F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, 244 e nt. 22, 246, con stringate ma efficaci osservazioni, nonché, fra gli autori più recenti, H. ANKUM, *Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, El régimen cit.*, 238 nt. 16; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche sulla contumacia nelle cognitiones extra ordinem*, I, Milano 1998, 39 s.; J.D. HARKE, *Der Eid im klassischen römischen Privat- und Zivilprozessrecht*, Berlin 2013, 136, i quali, invero, neppure si pongono il problema della critica del testo (la cui esatta portata, peraltro, viene fraintesa da Bellodi Ansaloni) e, lungi dal cercare di motivarla, ne danno piuttosto per scontata la genuinità in conformità a una moda ormai imperante nell'esegesi delle fonti classiche.

⁷⁵ L'opinione che qui criticiamo, vale a dire, di una soggezione del convenuto recalcitrante nei tre casi indicati *supra*, § 1, alle sanzioni della *ductio* e della *missio in bona*.

⁷⁶ Tale presupposto, pur non essendo esplicitato nel testo, si ricava agevolmente da una sua lettura coordinata con D. 2.9.2.1 (Paul. 6 *ad ed.*) e D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*).

⁷⁷ Sul punto, su cui torneremo *infra*, § 4, v. anche E. BETTI, *Le actiones cit.*, 408 nt. 2; F. DE VISSCHER, *Le régime cit.*, 244 e nt. 22; M. SARGENTI, *Limiti cit.*, 135; ID., *Interrogatio in iure. Iudicium noxae. Iudicium sine noxae deditioe (Considerazioni su alcuni problemi della responsabilità nossale)*, in SDHI 48, 1982, 517 [= *Scritti cit.*, 1011, da cui citeremo]. Per altri significati di '*contumacia*' nelle fonti giuridiche classiche e postclassiche cfr., almeno, E. VOLTERRA, *Contumacia nei testi giuridici romani*. Appendice

che.⁷⁸ Né la circostanza che «questo significato non è venuto meno neppure presso i giustiniani e si è conservato ancora più nettamente presso i postclassici» può autorizzare a inferire che «proprio ai postclassici risale probabilmente ... la spiegazione 'qui condemnantur quasi contumaces'». ⁷⁹ Si ricadrebbe in tal modo in una petizione di principio: perché risalire ai postclassici e non – già prima – ai classici?

Quanto al secondo testo, poi, il '*punitur*' che molti propongono di sostituire con '*ducitur*'⁸⁰ è di per sé inappuntabile⁸¹ e il sospetto di una sua interpolazione ha anche qui come unico fondamento la tesi che si vorrebbe dimostrare.⁸² Non a caso, lo stesso Pugliese⁸³ – il principale sostenitore di tale tesi – conveniva che una siffatta interpolazione avrebbe potuto risultare esclusivamente «dal sistema»: il che ci sembra da escludere per tutto quanto abbiamo finora rilevato.

4. UNA DIVERSA IPOTESI RICOSTRUTTIVA: IL RICORSO A UN *IUDICIUM SINE NOXAE DEDITIONE*.

Confutata l'opinione dominante, comunque, bisogna pur riconoscere che i dati disponibili per una diversa ricostruzione del regime dell'*indefensio* nelle azioni nossali sono veramente esigui e tali da imporre in ogni caso la massima cautela nella loro valutazione.⁸⁴ In particolare, tenuto conto del riferimento alla *contumacia* in D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*) e del '*punitur*' di D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*), parrebbe che il convenuto, in tutti e tre i casi contemplati in tali testi e fra loro assimilati, fosse da condannare in una azione di natura penale in quanto disobbediente a un ordine del pretore.⁸⁵ Ma a quale azione pensare?

De Visscher propendeva per l'azione promessa nell'editto '*si quis ius dicenti non obtemperaverit*' (D. 2.3),⁸⁶ ipotesi che non ci sentiremmo di respingere in modo categori-

a Osservazioni sull'ignorantia iuris nel diritto penale romano, in BIDR 38, 1930, 121 ss., con riferimenti (*ibid.*, 121 nt. 1) alla più antica dottrina; U. BRASIELLO, *Sull'assenza dal giudizio nel processo penale romano*, in *Studi Urbinati* 7, 1933, 25 ss.; L. CHIAZZESE, *Iusiurandum* cit., 113 ss.; M. SARGENTI, *Interrogatio* cit., 1011 nt. 23; A. BELLODI ANSALONI, *Ricerche* cit., 1 ss.; L. D'AMATI, *L'inattività* cit., 34, con citazione (*ibid.*, nt. 66) di altra letteratura.

⁷⁸ V. i testi richiamati da G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 470 s., e da M. SARGENTI, *Interrogatio* cit., 1011 nt. 23.

⁷⁹ Così G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 470.

⁸⁰ V. *supra*, § 2 e nt. 12.

⁸¹ Senza alcuna plausibile ragione G. BESELER, *Romanistische Studien* cit., 115, stigmatizzava tale verbo con l'uso di un punto esclamativo e analogamente M. SARGENTI, *Limiti* cit., 135, lo bollava come «assurdo» e voleva sostituirlo con le parole '*condemnatur in litis aestimationem*', ma in seguito rivedendo implicitamente il suo giudizio in *Interrogatio* cit., 1010 ss.

⁸² V. *supra*, nt. 75.

⁸³ G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 469.

⁸⁴ In poche e incisive battute riassumeva le difficoltà in cui l'interprete si imbatte in argomento B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, 66 nt. 220: «L'*indefensio* ebbe tratti particolari nelle azioni nossali ... Il regime ... è oscuro, dato lo stato dei testi».

⁸⁵ Come giova ricordare, infatti, il giuramento previsto da EP § 58 sarebbe stato ordinato se del caso dal pretore e a un eventuale rifiuto del convenuto di prestarlo, d'altra parte, erano equiparate le ipotesi della mancata esibizione o dazione a noxa del servo lasciato indifeso.

⁸⁶ F. DE VISSCHER, *Le régime* cit., 244 ss., secondo il quale tale azione avrebbe fatto seguito a un originario ricorso alla *ductio* o alla *missio in bona*.

co.⁸⁷ Preferibile, tuttavia, ci pare un'altra ipotesi, risalente già alla Glossa⁸⁸ e condivisa da autorevoli studiosi moderni:⁸⁹ quella del ricorso a un *iudicium sine noxae deditione*, anch'esso di natura penale.⁹⁰

Tale ipotesi, invero, si accorda meglio con la logica complessiva di una reazione all'*indefensio* nel processo nossale.⁹¹ Come sappiamo, infatti, il convenuto che avesse falsamente negato di avere il servo in *potestate* o che avesse dolosamente perduto la *potestas*, così omettendo di difendere lo schiavo già per il fatto della sua risposta negativa all'*interrogatio de potestate*,⁹² sarebbe stato perseguibile con il *iudicium sine noxae deditione* di EP § 58; e ciò evidentemente perché, in entrambi tali casi, avrebbe indebitamente ostacolato l'esercizio dell'azione nossale. Ma tanto sarebbe avvenuto pure quando il convenuto avesse rifiutato di giurare agli effetti dell'editto '*De noxalibus actionibus*' ovvero di esibire o dare a nosa lo schiavo, che pure avesse riconosciuto ricadere sotto la sua *potestas*, senza nemmeno contestare la lite;⁹³ onde – crediamo – l'opportunità di una analoga sanzione anche in queste

⁸⁷ In contrario non ci appaiono insuperabili le osservazioni di G. PUGLIESE, *Il processo* II cit., 233; ID., *Appunti* cit., 469 ss. (a cui si richiamano G. PROVERA, *Il principio* cit., 175 nt. 108, e E. FRANCESCON, *Il corpo* cit., 212 nt. 182) e di T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 197.

⁸⁸ V. G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 474 nt. 2, che richiama anche Cuiacio.

⁸⁹ Cfr. S. ZIMMERN, *Das System der römischen Noxalklagen*, Heidelberg 1818, 194 s., 198 s. nt. 11; R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg 1856, 514, 521; M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß* II cit., 571; E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, II. *Le droit classique et le droit du Bas-Empire*, Paris 1902, 344; W.W. BUCKLAND, *The Roman Law of Slavery. The Condition of the Slave in Private Law from Augustus to Justinian*, Cambridge 1908, 104; ID., *A Text-book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, Cambridge 1963, 600; E. BETTI, *Le actiones* cit., 408 ss. (che ha finito poi per aderire, però, all'opinione della prevalente dottrina: v. *supra*, nt. 4); B. BIONDI, *Il giuramento* cit., 38 s., 62 e nt. 3 (ma diversamente in *Le actiones noxales* cit., 204 ss., 221, 294 ss., 301, 308, dove Biondi pensava alla *ductio* del servo quale conseguenza della sua mancata difesa; tesi che abbiamo già criticato *supra*, nt. 48); P. JÖRS-W. KUNKEL, *Römisches Privatrecht*³, Berlin-Göttingen-Heidelberg 1949, 270; M. SARGENTI, *Limiti* cit., 135; ID., *Interrogatio* cit., 1011 ss.; H. ANKUM, Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 235, 238 s., 241; J.D. HARKE, *Der Eid* cit., 134, 136. *Contra* G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 474 ss., ma opponendo argomenti che non ci sembrano persuasivi.

⁹⁰ Per la natura penale del *iudicium sine noxae deditione* di EP § 58 v. D. 9.4.26.5 (Paul. 18 *ad ed.*).

⁹¹ Per quanto abbiamo già osservato *supra*, § 3.1, non ci sembra invece di potere invocare a sostegno del ricorso in materia a un *iudicium sine noxae deditione* D. 9.4.21 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*), a cui si richiamano, fra gli autori citati *supra*, nt. 89, M.A. VON BETHMANN-HOLLWEG, *Der Civilprozeß* II cit., 571 nt. 72; E. BETTI, *Le actiones* cit., 408 nt. 2; H. ANKUM, Rec. a T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 235, 238 e nt. 16; M. SARGENTI, *Interrogatio* cit., 1012 s.; J.D. HARKE, *Der Eid* cit., 134, taluni peraltro sospettando che il passo sia interpolato (così Betti, Ankum e Sargenti); né ci pare necessario supporre una qualche alterazione degli altri due testi che vengono in considerazione, D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*) e D. 9.4.22.3 (Paul. 18 *ad ed.*), su cui v. criticamente, sempre fra gli autori citati alla nt. 89, E. BETTI, *Le actiones* cit., 408 e nt. 2; B. BIONDI, *Il giuramento* cit., 38 ntt. 2-3, 62 e nt. 3; M. SARGENTI, *Limiti* cit., 135 (che almeno in parte, comunque, ha rivisto il suo giudizio in *Interrogatio* cit., 1011 ss.).

⁹² Come già, infatti, si è accennato *supra*, nt. 6, la difesa del servo nel processo nossale avrebbe anzitutto imposto al convenuto di rispondere positivamente all'*interrogatio* sulla *potestas*.

⁹³ Non ci pare dunque si possa affermare con G. PUGLIESE, *Appunti* cit., 475, che «non sussisteva alcuna affinità fra» i casi di una falsa risposta negativa all'*interrogatio in iure* o di una perdita dolosa della *potestas* «e quelli della mancata difesa e della mancata *deditio* o esibizione dello schiavo». Una affinità mancava solo nel senso che si trattava di casi di per sé diversi, ma era d'altra parte innegabile se consideriamo l'effetto, che tutti avevano, di ostacolare indebitamente – come diciamo nel testo – l'esercizio dell'azione nossale.

ipotesi. Esattamente come nelle comuni azioni *in personam* l'*indefensio*, pur nella varietà delle sue possibili manifestazioni, era sempre e comunque sanzionata con la *ductio* o la *missio in bona*.

Si legga inoltre

D. 11.1.11.4 (Ulp. 22 *ad ed.*): *Qui tacuit quoque apud praetorem, in ea causa est, ut instituta actione in solidum conveniatur, quasi negaverit se heredem esse. nam qui omnino non respondit, contumax est: contumaciae autem poenam hanc ferre debet, ut in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset, quia praetorem contemnere videtur.*⁹⁴

Chi fosse stato convenuto quale erede del debitore originario e non avesse risposto in alcun modo all'*interrogatio* '*an heres sit et quota ex parte*'⁹⁵ avrebbe potuto essere punito come 'contumace' – per il disprezzo mostrato nei confronti del pretore al cui cospetto avesse avuto luogo tale *interrogatio* (*quia praetorem contemnere videtur*) – con un'azione con la quale sarebbe stato chiamato a rispondere per intero (*in solidum*) dei debiti ereditari, come se fosse erede unico. Ebbene, tale azione era la stessa con cui si sanzionava, sia pure a diverso titolo,⁹⁶ una eventuale risposta falsa del convenuto all'*interrogatio* sopra menzionata⁹⁷ e ad essa faceva riscontro in materia nossale il *iudicium sine noxae deditione* di EP § 58; *iudicium* a cui pure sarebbe lecito riferirsi come a un'azione '*in solidum*'.⁹⁸ Si può dunque pre-

⁹⁴ Il passo, nonostante le numerose critiche di cui è stato oggetto (cfr., in vario senso, O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 1177; J.G. LAUTNER, *Zur interrogatio in iure nach klassischem Rechte*, in *Festschrift für Gustav Hanausek zu seinem siebzigsten Geburtstag am 4. September 1925 überreicht von seinem Freunden und Schülern*, Graz 1925, 77 ss.; E. VOLTERRA, *Contumacia* cit., 136, in adesione a Lautner; L. CHIAZZESE, *Iusiurandum* cit., 125 ss.; T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 202 s.), ci sembra interamente genuino. In difesa della sua classicità (almeno sostanziale) v. anche, nella letteratura più recente, H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., 59 s., che prende posizione in particolare contro i gravi sospetti di Lautner, respinti già da L. CHIAZZESE, *Iusiurandum* cit., 126 s. (il quale reputava comunque guasto il testo dopo le parole '*contumax est*').

⁹⁵ Su questa *interrogatio*, che costituiva il paradigma delle *interrogationes in iure*, v. per tutti l'approfondita trattazione di H.-D. SPENGLER, *Studien* cit., spec. 31 ss., 160 s.

⁹⁶ A titolo di *poena* '*mendacii*', non '*contumaciae*'.

⁹⁷ Ciò si desume dalla equiparazione istituita per due volte nel passo in commento (*in solidum conveniatur, quasi negaverit se heredem esse; in solidum conveniatur, quemadmodum si negasset*) fra il caso ivi considerato e quello del convenuto che negasse (falsamente) di essere erede; ma v. anche il precedente § 3 del medesimo frammento, paragrafo a cui rinvia il '*quoque*' dell'*incipit* del § 4: *Qui tacuit quoque apud praetorem* *rell.*

⁹⁸ Uno spunto per questa designazione, nonostante il contrario parere di T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen* cit., 374, si rinviene in D. 9.1.1.15 (Ulp. 18 *ad ed.*), in tema di *actio de pauperie*, nonché in D. 9.4.2 pr. (Ulp. 18 *ad ed.*) e D. 9.4.5.1 (Ulp. 3 *ad ed.*), concernenti l'applicazione del *iudicium sine noxae deditione* contro il *dominus sciens* del delitto del servo. In questi testi l'uso dell'espressione '*in solidum*' si giustifica secondo noi per il fatto che il convenuto condannato avrebbe dovuto senz'altro pagare la *litis aestimatio*, senza il limite posto alla sua responsabilità, come nelle azioni nossali, dalla facoltà alternativa di dare a noxa l'autore del fatto dannoso. In altri termini, crediamo che Ulpiano si rappresentasse mentalmente la condanna nelle azioni nossali come una condanna al pagamento della *litis aestimatio* decurtata della facoltà concessa al convenuto di liberarsi mediante la *noxae deditio* e che per questa via egli arrivasse così a concepire come un intero, risultante dal venir meno della suddetta facoltà, la condanna secca del convenuto soccombente nel *iudicium sine deditione* a pagare la somma indicata nella sentenza. Una spiegazione un po' diversa e più articolata proponeva invece B. ALBANESE, *Sulla responsabilità* cit., 489 s., con specifico riguardo alle ultime due fonti che abbiamo sopra citato: «l'espressione *in solidum* – che letteralmente significa 'per l'intera somma della condanna' – si contrappone ... all'azione nossale. Tale contrap-

sumere che con questo medesimo *iudicium* fosse punito il rifiuto del convenuto di prestare il giuramento previsto da EP § 58 e che con un *iudicium* analogo fosse altresì sanzionata la condotta del convenuto nei casi (mancata esibizione o dazione a nozza dello schiavo lasciato indifeso) assimilati a tale rifiuto.⁹⁹

Né poi sarebbe difficile immaginare perché il convenuto, come si ricava da D. 9.4.21.4 (Ulp. 23 *ad ed.*), sarebbe stato condannato nel *iudicium sine noxae deditione* quale 'contumace'. Il convenuto che rifiutasse di giurare ai sensi di EP § 58, infatti, avrebbe certamente disobbedito a un ordine del pretore, espresso con ogni probabilità nella forma di un decreto. Ciò si desume dall'impiego di '*iubebo*' in D. 9.4.21.2 (Ulp. 23 *ad ed.*); e poiché l'ipotesi in questione era assimilata a quella della omessa esibizione o dazione a nozza dello schiavo accusato e non difeso, non ci parrebbe azzardato supporre, pur in mancanza di esplicite prove testuali, che anche in tali casi il pretore avrebbe previamente ordinato al convenuto – da condannare così, se recalcitrante, per la sua disobbedienza – di esibire o dare a nozza lo schiavo, rispettivamente, quando non fosse stato disposto ad assumerne la difesa.

posizione presuppone ovviamente che l'azione nossale non sia volta ad un *solidum*. Ciò può ben spiegarsi con la riflessione per cui la *noxae deditio* – che è in facoltà del convenuto con un'azione nossale – è considerata, praticamente, un mezzo per evitare un pagamento integrale; il che presuppone che il valore pecuniario dello schiavo autore dell'illecito sia considerato normalmente inferiore alla somma della condanna. Se si riflette che D. 9, 4, 2 pr. si riferisce all'*a. legis Aquiliae* (in cui la penalità dell'azione emerge attraverso la condanna nel *quanti plurimi in eo anno o in XXX diebus proximis ea res fuit*); e che D. 9, 4, 5, I si riferisce primariamente al caso dell'*a. de albo corrupto* (per cui la pena era costituita da una somma elevatissima: probabilmente 500.000 sesterzi), si comprenderà ancor meglio perché Ulpiano (i due testi in questione sono suoi) abbia adoperato l'espressione *in solidum*: il pagamento della pena prevista rappresenta un *in tero* rispetto all'eventuale *noxae deditio* d'uno schiavo, il cui valore corrente è, di norma, assai basso».

⁹⁹ Per il richiamo a D. 11.1.11.4 (Ulp. 22 *ad ed.*) a favore dell'ipotesi che avanziamo v. anche G. PUGLIESE, *Appunti cit.*, 471, 474, che accoglieva però tale ipotesi solo per diritto giustiniano, e M. SARGENTI, *Interrogatio cit.*, 1011 s. Quest'ultimo, poi, credeva di potere altresì argomentare dal tenore di EP § 58, riportato *supra*, § 3.1, e così in particolare proseguiva il suo ragionamento: «Ipotesi tanto più verosimile, in quanto l'*iudicium dabo sine noxae deditione* era proprio l'altra alternativa che l'editto formulava per la risposta negativa all'*interrogatio in iure*, sicché rispondeva, tutto sommato, alla logica stessa della clausola editale che, caduta, per il comportamento ostruzionistico del convenuto, la possibilità di risolvere la controversia con il giuramento, si ricorresse all'altro strumento già dal pretore previsto». Ma questo ulteriore argomento non ci sembra in effetti stringente e in astratto, anzi, si presterebbe a essere rivolto contro la stessa ipotesi difesa da Sargenti. Si potrebbe infatti obiettare con T. GIMÉNEZ-CANDELA, *El régimen cit.*, 196 s, che il convenuto, sol che si fosse rifiutato di giurare, avrebbe finito per imporre all'attore che non avesse voluto prestare acquiescenza a una risposta negativa all'*interrogatio* sulla *potestas* di avvalersi del *iudicium sine noxae deditione*, con il risultato all'apparenza poco credibile di privarlo in tal modo della facoltà formalmente accordatagli dal pretore di scegliere fra i due mezzi posti a sua disposizione. Senonché, per noi, il *iudicium sine noxae deditione* avrebbe nella specie trovato applicazione non perché, «caduta, per il comportamento ostruzionistico del convenuto, la possibilità di risolvere la controversia con il giuramento», non restasse che ricorrere «all'altro strumento già dal pretore previsto», come per una sorta di meccanico automatismo, bensì per una precisa e meditata scelta del pretore di sanzionare con il suddetto *iudicium*, non diversamente che nei casi di una falsa risposta negativa all'*interrogatio de potestate* o di una perdita dolosa della *potestas*, anche il rifiuto del convenuto di prestare il giuramento deferitogli. Non dubitiamo tuttavia che anche in quest'ultimo caso l'attore sarebbe prevalso, come nel *iudicium* di EP § 58, solo se avesse provato che il convenuto era in effetti titolare della *potestas* sul colpevole o che dolosamente l'aveva perduta; mentre tale prova sarebbe stata evidentemente superflua (a parte la necessità di dimostrare in ogni caso, crediamo, la colpevolezza dell'accusato) quando il convenuto, pur avendo già dichiarato di avere il servo in *potestate*, si fosse comunque rifiutato sia di esibirlo o di darlo a nozza che di accettare la formula dell'azione.

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

Riflessioni sulla *conventio* in D. 2.14.1.3

ABSTRACT

The author proposes a new interpretation of the well-known Ulpian's and Pedius' words contained in D. 2.14.1.3, which is based on the idea that '*conventio*', despite its common assumption as equivalent of '*consensus*' (in the abstract sense of subjective element of a contract), rather alludes to the content of the '*consensus*' as the objective result of a coinciding perception and will ('*in idem sentire*') between the contracting parties.

PAROLE CHIAVE

Conventio; consensus; contractus; stipulatio; Pedius; Ulpianus.

RIFLESSIONI SULLA *CONVENTIO* IN D. 2.14.1.3*

1. In apertura di un paragrafo delle *Lecture Londinesi* intitolato ‘*Conventio, pactum, contractus*’ Salvatore Riccobono affermava che la dottrina della *conventio* «può annoverarsi tra le più gravi e tormentate nella scienza romanistica contemporanea». ¹ Era il 1924. A distanza di quasi cento anni le cose, notoriamente, non sono cambiate. Ché, anzi, negli ultimi decenni il dibattito in materia ha registrato un incremento di interventi davvero incalzante, a partire dalla sua fonte documentale primaria, costituita dal seguente squarcio del commento editale di Ulpiano alla rubrica sui patti:

D. 2.14.1.3 (Ulp. 4 ad ed.) *Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum, nulla est.*

In effetti, se nelle prime decadi del Novecento questa tematica e le relative fonti si ponevano al crocevia di forti contrapposizioni interpretative riguardanti i rapporti tra ‘classico’ e ‘bizantino’ in relazione ad importanti istituti e valori (la *voluntas*, l'*aequitas*, la *bona fides*) nonché le fasi e i fattori di sviluppo del diritto privato romano e, più ampiamente ancora, la riconoscibilità di matrici romane o orientali del *Corpus iuris* – il che, tra l’altro, spiega perché la *conventio* e il *contractus* abbiano costituito autentici cavalli di battaglia del Riccobono e, in questo terreno di scontro, il *dictum* di Pedio contenuto in D. 2.14.1.3 sia stato «il fulcro di tutta la ricostruzione storica» del Maestro palermitano ² –; in tempi più recenti questa fonte (letta, peraltro, con fiducia ben maggiore di quella concessa dalla stagione interpolazionistica) ha insistentemente attratto l’imperante interesse storiografico per

* Dedico questo scritto al carissimo Professore Marrone nell’anno del suo novantesimo genetliaco: segno di un affetto nato, *inter familiares*, ben prima dell’inizio dei miei studi universitari.

¹ S. RICCOBONO, *Lecture Londinesi* (maggio 1924). “Diritto romano e diritto moderno” (a cura di G. FALCONE), in *Annali del Seminario Giuridico. Collana ‘Fonti’*, 1, Torino 2004, 103.

² G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti*, ³ Torino 1963, 54 nt. 3. Il riferimento di Grosso è (tramite un rinvio allo studio di La Pira citato *infra* in nt. 5) alle pagine dedicate dal Riccobono a ‘La dottrina di Pedio’ in *Corso di diritto romano. Stipulationes contractus pacta*, Milano 1935, 309 ss., ove, peraltro, sono riprese in modo ancor più arioso le fondamentali riflessioni esposte in *La formazione della teoria generale del contractus nel periodo della giurisprudenza classica*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, I, Milano 1930, 133 ss. e spec. 141 ss. (a loro volta brevemente anticipate in precedenti occasioni, tra le quali le citate *Lecture Londinesi*: cfr. *infra*, nt. 14).

le posizioni di pensiero dei singoli giuristi, alla luce del quale si susseguono tentativi di collocare le parole di Ulpiano e, ancor più, di Pedio in una sorta di mappa storico-intellettuale concernente questioni cruciali quali la nozione del *contractus*, gli itinerari del consensualismo, il rapporto fra tipicità e libertà negoziale.³

Di fronte ad una ininterrotta e, anzi, rinfocolatasi tradizione di studi, potrebbe apparire imprudente o addirittura velleitario compiere un ulteriore intervento che aspiri a suggerire qualcosa di nuovo. Se lo si fa con queste pagine, è perché i contributi finora succedutisi, pur caratterizzati da grande varietà di impostazioni e soluzioni, hanno in comune un postulato interpretativo essenziale, che a me sembra, sommessamente, non potersi accogliere. Si tratta del punto di partenza, assolutamente pregiudiziale rispetto ad ogni ricostruzione, consistente nel significato stesso del termine '*conventio*' in D. 2.14.1.3.

2. Il segno *conventio* compare in due diversi segmenti del testo: il primo è unitariamente costituito dall'apertura '*Conventionis verbum generale est, ad omnia pertinens...*' e dalla connessa spiegazione '*nam sicuti convenire ... decurrunt*', il secondo è costituito dalle parole di Pedio citate da Ulpiano. Su di essi è opportuno compiere, preliminarmente, un paio di precisazioni dal punto di vista della stratigrafia del complessivo paragrafo.

Anzitutto, ritengo, con l'opinione dominante, che tanto il primo segmento ('*Conventionis – decurrunt*') quanto la frase di raccordo '*adeo autem conventionis nomen generale est, ut*', che introduce la citazione da Pedio, siano da attribuire direttamente ad Ulpiano anziché da intendere quali riproposizioni di affermazioni del più antico giurista. Invero, la loro diretta derivazione da Ulpiano deve essere ammessa fino a prova contraria, specie in presenza di un rilievo successivo per il quale, invece, la provenienza da Pedio viene esplicitata.⁴ E, a mio avviso, gli indizi che sono stati sporadicamente addotti per riferire a quest'ultimo anche le porzioni di testo in questione non sono sufficienti. In particolare, si è osservato che «il ricorso all'analogia (così ... come)» che caratterizza il tratto '*nam sicuti – decurrunt*', appare tipico dello «stile di Pedio».⁵ Tuttavia, anche ammesso che il confronto compiuto tra le due accezioni di *convenire* possa ricondursi allo strumento dell'interpretazione analogica (cosa di cui mi pare lecito dubitare), la circostanza non risulterebbe, comunque, intrinsecamente adeguata ad escludere che la similitudine tra accezione fisica e accezione traslata di '*convenire*' possa esser stata congegnata da Ulpiano. Parimenti, non è sufficiente a far ritenere che anche l'affermazione iniziale riproduca una posizione di Pedio il fatto che la citazione di questo giurista si apre con '*a d e o ... ut eleganter Pedius dicat*' né il fatto che tanto l'affermazione iniziale quanto le parole di Pedio '*nullum esse contractum etc.*' sono riferite solo ai negozi bilaterali.⁶ In effetti, da un lato, il raccordo '*adeo ... ut*' può ben intendersi come un collegamento creato da Ulpiano per raggiungere un proprio fine argomentativo; dall'altro lato, la limitazione anche del *dictum* pediano ai negozi bilaterali può

³ Per qualche ragguaglio bibliografico cfr. *infra*, ntt. 18 e 63-64.

⁴ Questa istanza rimane ferma anche a voler tener presente che, talvolta, Ulpiano ha menzionato non all'inizio bensì nel corpo di una citazione il nome del giurista da cui la stessa è tratta: cfr., sul punto, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio. La tradizione, l'editto*, Milano 2005, 138 ss. (la quale, peraltro, ritiene comunque possibile che le parole '*adeo autem conventionis nomen generale est, ut*' risalgano ad Ulpiano).

⁵ Così G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in BIDR 17, 1938, 303 s.

⁶ Così R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 197, il quale, del resto, considera come riproducente il pensiero di Pedio anche la spiegazione di *convenire* in termini di *consentire* (come La Pira, ma senza indicazione di specifici argomenti) e la notazione '*nam et stipulatio – nulla est*' (su cui *infra*, n. 5 e nt. 43).

avere costituito, piuttosto, la circostanza che ha reso possibile, per Ulpiano, richiamare le parole di Pedio a conferma e sviluppo di una rappresentazione per proprio conto congelata.⁷

In secondo luogo, ritengo che l'originario discorso di Ulpiano, dopo la complessiva spiegazione '*Conventionis – decurrunt*', indugiasse in alcune precisazioni-esemplificazioni riguardanti più da vicino i concreti '*omnia, de quibus ... consentiunt qui inter se agunt*'. Mi inducono in questa direzione due elementi. Da un lato, il dato oggettivo consistente nella circostanza che dal più articolato orizzonte del *contrahere* e del *transigere* il discorso, attraverso la citazione di Pedio, si restringe bruscamente alla sola figura dei contratti, nonostante che la citazione stessa fosse, invece, dichiaratamente compiuta a mo' di riscontro della precedente caratterizzazione della *conventio* come '*generalis*' e cioè come '*pertinens ad omnia, de quibus contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt*'.⁸ Dall'altro lato, il convincimento che la spiegazione iniziale del '*conventionis verbum*' sia stata fornita a commento di un termine presente nella rubrica editale. L'esatto tenore di questa rubrica è discusso, ma credo che avesse colto nel segno Lenel, il quale ha sostenuto la formulazione '*De pactis et conventionibus*' fondandosi sul puntuale richiamo alle *Pauli Sententiae* da parte dell'autore della *Consultatio* e sul fatto che il termine '*conventio*' appare come "Stichwort" nei relativi commentari editali.⁹ Per mio conto, aggiungo in tale direzione la differenza tra il tenore dell'indicazione fornita nel § 2 '*pactio est duorum pluriumve rell.*', che concerne un termine chiamato in causa da Ulpiano di propria iniziativa,¹⁰ e la costruzione '*conventionis verbum generale est ad omnia*

⁷ In senso analogo, sostanzialmente, i rilievi di R. FIORI, *The Roman Conception of Contract*, in TH. MCGINN (a cura di), *Obligations in Roman Law: Past, Present, and Future*, Michigan 2012, 53 s. Cfr., altresì, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio* cit., 523.

⁸ L'aporia che emerge dall'attuale stesura del paragrafo era stata notata anche da GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, II, Torino 1995, 216 nt. 30, ma l'illustre studioso si è limitato a prenderne atto, senza trarne conseguenze sul piano della tradizione testuale. Per la ragione indicata nel testo, non mi è possibile seguire la lettura di A. SCHIAVONE, *Ius. La fondazione del diritto in Occidente*,² Torino 2017, 386 (in termini assai vicini v. già ID., *La scrittura di Ulpiano. Storia e sistema nelle teorie contrattualistiche del quarto libro ad edictum*, in *Le teorie contrattualistiche romane nella storiografia contemporanea* (Atti Convegno Siena 1989), Napoli 1991, 134), il quale, anziché ravvisare un'incongruenza, ritiene lo scarto tra le due estensioni del discorso una consapevole scelta ulpiana («Seguiva poi una diversa giustificazione, rispetto a quanto detto prima, della portata della nozione di *conventio*, che restringeva nei termini di una rigorosa fondazione concettuale, in connessione alla sola ontologia dei contratti, il più ampio e totalizzante "...e abbraccia tutto..." dell'inizio: come se lo stesso principio venisse enunciato da due punti di vista distinti: prima, da Ulpiano, nei termini di un consensualismo onnicomprensivo e a sfondo giusnaturalistici; poi, attraverso Pedio, in esclusivo riferimento al sistema dei contratti»).

⁹ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*,³ Leipzig 1927, 64 s. e nt. 6. Hanno accolto questa ricostruzione P. DE FRANCISCI, *ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ. Storia e dottrina dei cosiddetti contratti innominati*, II, Pavia 1916, 477; G. MACCORMACK, *Contractual Theory and the innominate contracts*, in SDHI 51, 1985, 138; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano* cit., 128 nt. 5; ID., *Ius* cit., 384; S. TONDO, *Note ulpiane alla rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64, 1998, 444 s.; C. A. CANNATA, *La nozione di contratto nella giurisprudenza romana dell'epoca classica*, in P. PISCHONNAZ (éd.), *Autour du droit des contrats. Contributions de droit romain en l'honneur de Felix Wubbe*, Bruxelles 2009, 24 s.; R. FERCIA, '*Fiduciam contrahere*' e '*contractus fiducia*'. Prospettive di diritto romano ed europeo, Napoli 2012, 116. Per una panoramica delle altre ricostruzioni prospettate in dottrina ('*De pactis*'; '*De pactis conventis*'; '*De pactis et conventis*') cfr. di recente G. ROMANO, *Conventio e consensus (A proposito di Ulp. 4 ad ed. D.2.14.1.3)*, in AUPA 48, 2003, 247 nt. 4.

¹⁰ D. 2.14.1.1-2 '*Pactum a pactione dicitur, unde etiam nomen pacis appellatur. Et est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*'.

pertinens..., che sembra assumere il termine '*conventio*' come un *quid* precostituito, che il giurista interviene a spiegare. Non è un caso, mi pare, che entrambi gli elementi che contraddistinguono questa struttura, e cioè un sintagma del tipo '*conventionis verbum*'¹¹ e la locuzione '*pertinere ad*', si riscontrano in altri luoghi dell'opera di Ulpiano, nei quali, per l'appunto, viene precisata la gittata di una terminologia già presente nell'editto: D. 9.3.5.9; 13.5.17 pr.; 43.16.1.11; 43.21.1.7; 43.29.3.3; 50.16.20 pr.¹² Ora, se Ulpiano si occupa della *conventio*, non perché ha deciso di sfruttare un commento ad una rubrica editale per introdurre autonomamente questo concetto, bensì perché sta direttamente e appositamente commentando un termine presente nella rubrica¹³ e questa rubrica riguarda una promessa di intervento pretorio a tutela dei *pacta*, mi pare assai poco verosimile che egli potesse, subito dopo le affermazioni restituite in apertura di paragrafo ('*Conventionis – decurrunt*'), saltare senza alcun passaggio intermedio alla citazione di un altro giurista concernente la diversa figura dei contratti. In ragione di questo salto e dell'altrettanto brusco accantonamento, poc'anzi rilevato, dell'ambito del *transigere*, ritengo, dunque, che l'immediata successione che oggi leggiamo tra i segmenti '*Conventionis – decurrunt*' e '*adeo autem conventionis nomen generale est ...*' sia frutto di un intervento dei compilatori giustinianeî, i quali dovettero eliminare una parte intermedia della progressione argomentativa di Ulpiano¹⁴ o per esigenze di

¹¹ Se nella prospettiva or ora indicata si spiega l'uso di '*verbum*', non può escludersi che la scelta di non ripetere questo termine nelle parole di raccordo e di ricorrere, piuttosto, a '*nomen*', possa essere intesa – in alternativa all'idea che si tratti di semplice e legittima variante lessicale, da non sottoporre ad eccessiva pressione da parte degli interpreti – come studiato slittamento dall'iniziale finalità di spiegazione di un termine presente nell'editto verso una considerazione, su un piano sostanziale, della nozione o figura della *conventio* quale concreto aspetto della realtà negoziale. Potrebbe, cioè, immaginarsi che '*nomen*' sia stato usato da Ulpiano con la stessa sfumatura con la quale, ad esempio, l'aveva impiegato a suo tempo Quinto Mucio (o Cicerone?) nella precisazione circa l'ampia gittata del '*bonae fidei nomen*' in Cic., off. 3.70 '*Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur ex fide bona fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur...*': che in questo testo il sintagma esprima l'idea di "nozione della *bona fides*" (R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino 2004, 36 ss.; G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae* in Cic., off. 3.69-70, in AUPA 56, 2013, 262 nt. 6) è indotto dalla circostanza che nell'elencazione muciana sono ricomprese anche le *fiduciae*, operazioni a tutela delle quali sono adibite *formulae* processuali in cui, notoriamente, la locuzione '*ex fide bona*' non compare.

¹² In D. 14.4.1.1; D. 21.1.4.3; D. 43.8.2.3; D. 50.16.6 pr.; D. 50.16.66 pr. la locuzione '*pertinere ad*' è congiunta con sintagmi del tipo '*genitivus + appellatio*'.

¹³ In questa direzione, in aggiunta a quanto osservato nel testo può forse rilevarsi che, quale presupposto logico di un'affermazione come quella di D. 2.14.7.1 '*quae* (scil. *iuris gentium conventiones*) *pariunt actiones in suo nomine non stant, sed transeunt in aliud nomen contractus*', in cui Ulpiano parla di *conventiones* che "non rimangono nella loro specifica rubrica editale (*nomen*)", riesce più facile pensare ad una rubrica contenente una menzione esplicita del termine '*conventiones*'.

¹⁴ Questo tipo di spiegazione mi pare preferibile rispetto all'altra possibilità, teoricamente prospettabile, costituita da una drastica riduzione, da parte dei compilatori, di una più articolata enumerazione di atti compiuta da Pedio ('*nullum contractum, nullam obligationem, <—> quae non habeat in se conventionem*'). Fu questo, com'è noto, il tipo di intervento ipotizzato, invece, dal Riccobono, il quale ha ritenuto l'originaria notazione di Pedio come comprensiva di «tutti i negozi bilaterali del commercio», dunque anche degli atti solenni aventi effetti reali, e ha proposto, *exempli gratia*, la seguente lettura '*dicat Pedius <nullam esse mancipationem sive in iure cessionem sive dotis dictionem sive litteris> obligationem quae non habeat in se conventionem*'. Cfr., con particolare estensione e profondità, *La formazione della teoria generale del contratto* cit., 141 ss. e *Corso di diritto romano* cit., 309 ss. (a questi scritti si è riferita la dottrina successiva,

semplificazione o perché magari essa conteneva richiami ad istituti o regimi superati.¹⁵

3. Fatte queste precisazioni, è possibile adesso affrontare specificamente la questione del significato del termine '*conventio*'.

È opinione comune, anche al di là di enunciati espliciti formulati in occasione di apposite disamine del nostro testo,¹⁶ che '*conventio*' indichi il consenso, l'accordo, assunto «in senso generico e astratto».¹⁷ Alla luce di questa entificazione di un'astratta nozione di *conventio* come elemento soggettivo dei contratti, si ritiene che Pedio, come più tardi Ulpia-

generalmente prendendo le distanze dalla suddetta ipotesi sostenuta dall'Autore); ma i primi spunti in questa direzione si leggono già in *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, in AUPA III-IV, 1917, 313 (ora in *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 132 s.); nel breve scritto *La nozione del contractus e la propagazione degli elementi del contractus ai negozi solenni del ius civile (Nota)*, in Bollettino della R. Accademia di Scienze Lettere e Arti di Palermo 1, 1918, 12 s.; e nel testo delle lezioni svolte a Londra nel 1924 e pubblicato, tre lustri fa, con il titolo (riccoboniano) *Lecture Londinesi (supra*, nt. 1), a p. 72 s. Piace segnalare, altresì, quale testimonianza d'eccezione della progressiva messa a punto delle idee del Maestro palermitano, il quaderno delle lezioni riccoboniane di *Esegesi di diritto romano* frequentate dallo studente Lauro Chiazzeze nell'anno accademico 1922-23 (messomi a disposizione, insieme con altro prezioso materiale, dai familiari di Chiazzeze), nel quale, sotto la Lezione n. 15, si legge, a commento del testo di Pedio: «Ogni negozio solenne ha in sé una convenzione e questo è il portato della Scuola di Sabino, ma inesatte sono le parole obligationem, contractum. Noi ricostruiamo: nullam mancipationem, nullam in iure cessionem, nullam acceptilationem, nullam stipulationem etc.».

¹⁵ La seconda ipotetica motivazione della soppressione compilatoria è forse più facilmente immaginabile con riguardo all'ambito dell'*inter se agere transigendi causa*, ove si pensi non solo all'eventuale presenza di un riferimento ulpiano a negozi solenni di attribuzioni compiute *transactionis causa*, ma anche a fenomeni quali la differenza tra impostazione classica della *transactio* come causa di negozi e configurazione giustinianea come negozio a sé stante, l'evoluzione della *acceptilatio*, il rapporto tra *pacisci* e *transigere* come tra *pactum* e *stipulatio Aquiliana* (in materia, interessanti riflessioni vengono ora restituite da L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. FALCONE, in *Annali del Seminario Giuridico. Collana 'Fonti'*, 4, Torino 2018, 219 s. e soprattutto 234 ss.).

¹⁶ Come quelli che, per limitare le indicazioni alla letteratura recente, si leggono, ad es., in G. GROSSO, *Il sistema romano dei contratti* cit., 54; P. CERAMI, *D.2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.) Congetture sulle «tres species conventionum»*, in AUPA 36, 1976, 198 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 196; 199 s.; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano* cit., 131; ID., *Ius* cit., 385; M. SARGENTI, *Svolgimento dell'idea di contratto nel pensiero giuridico romano*, II, in Iura 39, 1988 (pubbl. 1991), 59; S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 462 s.; F. GALLO, *Synallagma e conventio* cit., II, 210 ss.; R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti*, in *Causa e contratto nella prospettiva storico-comparatistica* (Atti Convegno Aristec, Palermo-Trapani 1995), Torino 1997, 133; R. MEYER-PRITZL, *Pactum, conventio, contractus. Zum Vertrags- und Konsensverständnis im klassischen römischen Recht*, in A. DUFOUR, I. RENS, R. MEYER-PRITZL, B. WINIGER (éd.), *Pacte, conventio, contract. Mélanges en l'honneur du Professeur Bruno Schmidlin*, Bale-Francfort-sur-le-Main 1998, 102 ss.; A. BURDESE, *Il contratto romano tra forma, consenso e causa*, in F. MILAZZO (a cura di), *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea* (Atti Convegno Copanello 2000), Napoli 2004, 102 [ora in A. BURDESE (a cura di), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova 2006, 104]; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in *Le dottrine del contratto* cit., 351; C. A. CANNATA, *La nozione di contratto* cit., 29 s.; R. FIORI, *The Roman Conception* cit., 55 s.; B. SIRKS, *Contrahere e contractus*, in F. MILAZZO (a cura di), *Scientia rerum e scientia iuris. Fatti, linguaggio, discipline nel pensiero giurisprudenziale romano* (Atti Convegno Copanello 2010), Milano 2019, 76 ss.

¹⁷ Come scriveva, a suo tempo, U. BRASIELLO, *Sull'elemento subiettivo dei contratti*, in Studi Urbinati III, 1929, 117 nt. 1, criticando questa interpretazione (cfr. *infra*, nt. 25).

no, avrebbe asserito, nella notazione richiamata elogiativamente dal giurista severiano, che non vi può essere un contratto (o che è nullo il contratto) che non abbia al suo interno ‘il consenso’, ‘l’accordo’, ‘la *conventio*’ e si porrebbe, pertanto, come esponente di un filone “consensualistico” della riflessione giurisprudenziale sui temi dell’agire negoziale.¹⁸

Sennonché, l’affermazione con cui si apre il paragrafo rivela un significato differente di *conventio*. Le parole ‘*pertinens ad omnia, de quibus ... consentiunt qui inter se agunt*’ mostrano che ‘*conventio*’ è intesa da Ulpiano come un *quid* sul quale si verifica un ‘consentire’ da parte di coloro che pongono in essere un’operazione negoziale (‘*qui inter se agunt*’).¹⁹ Il termine, cioè, allude all’oggetto del consenso: esprime ciò su cui le volontà si incontrano, il risultato, il prodotto del convergere dell’internò sentire di più soggetti. La costruzione con il *de* + ablativo non lascia dubbi sul fatto che a venire in questione sono tutti i punti o tutte le cose su cui si realizza un comune sentire delle parti. È quasi superfluo segnalare appositamente, ad es., il ‘*convenire de pretio*’ di Gai 4.139²⁰ e di D. 18.1.35 pr. (Gai. 10 *ad ed. prov.*), o il ‘*de partibus lucri et damni convenire*’ di Gai 3.150 o, ancora, il ‘*de futura re convenire*’ di D. 20.4.11.3 (Gai. *l. s. de form. hypoth.*); nonché locuzioni quali ‘*de alio sentiam, tu de alio*’, ‘*de alio sensero, tu de alio*’, utilizzate, rispettivamente, da Paolo e da Venuleio per indicare il mancante realizzarsi del *consensus*.²¹

Probabilmente, ad aver indotto la generalità della dottrina a perdere di vista l’evidenza di questo dato testuale e a ritenere, invece, ‘*conventio*’ come sinonimo di *consensus* quale

¹⁸ Riporto, a titolo di esempio, per la loro incisiva limpidezza, le seguenti affermazioni di F. GALLO, *Synallagma e conventio* cit., II, 212: «Credo che [...] nella considerazione dell’elemento soggettivo nei contratti Pedio sia stato tributario dei contributi giuliane: egli ha esplicitato, in argomento, con una formulazione felice, un dato già presente nell’elaborazione del grande maestro sabiniano. / Anche per i sabiniani l’individuazione del consenso non dava luogo a problemi nei contratti consensuali, nei quali esso costituiva l’elemento obbligante. I problemi si ponevano invece, come si è visto, per le altre tre specie di obbligazioni *quae ex contractu nascuntur*, nelle quali l’elemento obbligante era ravvisato nella *res* (nella sua consegna), nei *verba* e nelle *litterae*. Dopo l’esame delle testimonianze di Giuliano (p. 212 ss.), il discorso su Pedio riprende a p. 216 s., ove si legge: «L’elaborazione giuliana in tema di *conventio* va ricondotta, a pieno titolo, al c.d. filone consensualistico, diretto alla valorizzazione del consenso nei contratti. [...] Valutate nel loro insieme, le fonti a noi pervenute sembrano attribuire alla determinazione pediana un valore di complemento rispetto agli apporti di Giuliano. Essa è citata da Ulpiano per sottolineare la portata generale del segno *conventio*: “al punto tale” questo segno ha portata generale che, come asserisce con elegante proprietà Pedio, non c’è contratto, produttivo (per sua natura) di obbligazione, che non rechi in se la *conventio* [...]. Il dato si coordina con le altre testimonianze considerate: Sesto Pedio enunciò, sulla scia dell’elaborazione giuliana [...], la puntualizzazione indicata, secondo cui in tutte le specie di *obligationes contractae* ammesse dai sabiniani (non solo cioè in quelle che *consensu fiunt*, ma anche in quelle che *re, verbis* e *litteris fiunt*) si ha la *conventio*». Cfr., altresì, M. SARGENTI, *Nascita e svolgimento* cit., II 44 ss. Paradigmatiche appaiono, del resto, ad es., un’intitolazione di paragrafo quale “Sesto Pedio: il filone consensualistico” (M. SARGENTI, *Nascita e svolgimento* cit., II, 44) o un’indicazione quale “svolta consensualistica” (A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano* cit., 133). Ma i riscontri potrebbero moltiplicarsi.

¹⁹ Per questo significato di ‘*inter se agunt*’ si vedano le numerose fonti citate da U. BABUSIAUX, *Id quod actum est. Zur Ermittlung des Parteiwillens im klassischen römischen Zivilprozess*, München 2006, 10 s. ntt. 70-76 (dalle quali, però, occorre escludere D. 8.1.4.1 in quanto riferentesi ad altro fenomeno).

²⁰ Già richiamato, a suo tempo, da E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere» in giuristi proculiani e sabiniani*, in BIDR 28, 1915, 44 nt. 1.

²¹ Riscontro, quest’ultimo, che si potrà apprezzare meglio più avanti, in sede di precisazione dell’angolazione e della portata concettuale del segno *conventio* nel discorso ulpiano (infra, n. 5). Le trascritte locuzioni ricorrono, rispettivamente, in D. 45.1.83.1 (Paul. 72 *ad ed.*) e in D. 45.1.137 (Venul. 1 *stip.*), integralmente riportati infra, in nt. 61.

momento soggettivo dell' "accordo", hanno influito due elementi che si incontrano nel seguito del brano: da un lato, la compresenza dei verbi *convenire* e *consentire* nel tratto '*nam sicuti convenire – decurrunt*' che proprio quel riferimento iniziale mira ad illustrare; dall'altro lato, il fatto che nella frase conclusiva del paragrafo compare '*consensus*' pur all'interno di una notazione ('*nam et stipulatio – nulla est*') che vuole esplicitare un *dictum* di Pedio formulato, invece, in termini di *conventio*. Sennonché, quanto al primo elemento, deve osservarsi che attraverso le parole '*nam sicuti convenire – decurrunt*' Ulpiano vuole fondare sul piano linguistico la specifica presentazione del termine *conventio* che egli stesso ha appena fissato nella prospettiva del risultato oggettivo di un *consentire*. Per ciò egli costruisce una spiegazione che mette insieme i due elementi, il processo volitivo interiore e il suo risultato: "come si dice che danno vita ad un *convenire* coloro che convergono in un unico luogo, così (si dice che danno vita ad un *convenire*) coloro che consentono su un medesimo punto". E per ciò, soprattutto, grazie alle ripetute indicazioni '*in unum locum*', '*in unum*', '*in unam sententiam*', insiste appositamente sul fatto del raggiungimento di un unico e comune punto di incontro. Onde, in sostanza, il verbo '*convenire*', coerentemente alla specifica funzione esplicativa affidatagli rispetto al precedente impiego del segno '*conventio*' come '*pertinens ad omnia, de quibus consentirent*', è usato non come sinonimo tout-court di '*consentire*', bensì come evocante un '*consentire in unum*', in una rappresentazione nella quale l'accento è posto sul convergente risultato al quale approdano i diversi *motus animi* dei soggetti coinvolti: l'*unum*' raggiunto è, appunto, il risultato oggettivo espresso con il sostantivo '*conventio*'. Quanto, poi, al secondo dei due predetti elementi, e cioè il diretto collegamento tra le parole '*nulum – conventionem*' e una loro esplicitazione imperniata sulla mancanza di *consensus* ('*nam et stipulatio – nulla est*'), rilevo fin d'ora, rinviando al seguito dell'indagine per una proposta di lettura più precisa (n. 5), che la circostanza, anziché implicare necessariamente una sinonimia tra *conventio* e *consensus*, può ben intendersi in perfetta continuità e coerenza con l'iniziale impiego di *conventio* quale risultato oggettivo del *consentire*: l'autore di questo collegamento, possiamo pensare, avrà ritenuto opportuno esemplificare il dato della inevitabile presenza di una *conventio* puntando l'attenzione sul presupposto (il *consensus*, appunto) della *conventio* stessa.

Del resto, può notarsi che nella successiva porzione del commento ulpiano conservata dai compilatori, il complessivo discorso sulle *species conventionum* è evidentemente impostato, non già su un significato soggettivo di *conventio*, bensì sul prodotto obiettivato dell'accordo.²² Certo, noi non conosciamo l'anello o gli anelli del ragionamento ulpiano che hanno condotto alla fissazione della classificazione sulle *conventiones*; ma immaginare il compimento di un salto concettuale verso un'accezione di *conventio* nettamente diversa da quella che era stata scolpita a mo' di cornice iniziale risulta inverosimile di fronte al particolare risalto con cui nel § 3 il concetto di *conventio* era stato complessivamente espresso (anche con il ricorso all'"elegante" *dictum* di un altro giurista).²³ Va da sé, poi, che il salto

²² Sul punto cfr. anche *infra*, n. 4 *in fine*.

²³ Curiosamente, la differenza di prospettiva concettuale ora segnalata non è avvertita dagli studiosi che assumono '*conventio*' come consenso in senso interiore-volitivo; presso i quali, anzi, talora si constata che deduzioni riguardanti la *conventio* così intesa di D. 2.14.1.3 vengono impiegate in funzione dell'interpretazione delle affermazioni concernenti le *conventiones iuris gentium* in D. 2.14.7.2 o addirittura si constata un disinvolto passaggio dall'adozione di *conventio* come elemento insito in ogni contratto (giusta la notazione di Pedio) alla considerazione (di fronte alle battute ulpiane sulle *species conventionum*) di un contratto come *conventio*.

risulterebbe assai brusco (e, dunque, tale da accrescere ulteriormente l'inammissibilità di una iniziale presentazione di *conventio* come consenso o accordo) ove potessimo sostenere con certezza la classicità del § 4 '*Sed conventionum pleraeque in aliud nomen transeunt: veluti in emptionem, in locationem, in pignus vel in stipulationem*'.²⁴ In tal caso, infatti, l'impiego di un valore di *conventio* diverso dal consenso risulterebbe ancor più vicino topograficamente alla suddetta cornice concettuale e, addirittura, compiuto in occasione di una specifica giustapposizione o precisazione limitativa rispetto a quanto subito prima affermato ('*Sed...*').

D'altra parte, quello riconoscibile nell'affermazione di apertura di D. 2.14.1.3 altro non è che uno dei numerosi riscontri dell'impiego di *conventio* nel senso di contenuto-prodotto del consenso che ci restituiscono tanto le fonti giurisprudenziali, ulpianee e non, quanto le costituzioni imperiali.²⁵ È il caso di richiamare appositamente alcune testimo-

²⁴ In tempi recenti ha dubitato della genuinità del testo M. TALAMANCA, *Contratto e patto* cit., 74 nt. 135 («tutto il § 4 [...] potrebbe apparire il frutto, se non d'una interpolazione, dell'inserzione nel testo d'una annotazione marginale che anticipava il contenuto di D. 2.14.7.1») e con maggior decisione ID., «*Conventio*» e «*stipulatio*» cit., 213 nt. 179, soprattutto alla luce della circostanza che per Ulpiano il fenomeno del *transire in proprium nomen contractus* è situato all'interno della *species* '*conventiones iuris gentium*'. Contra, A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso di Ulpiano*, in SDHI 1995, 257, facendo leva sulla non coincidenza fra il '*transire in aliud nomen*' del § 4 e la dialettica '*in suo nomine stare – in proprium nomen contractus transire*' di D. 2.14.7.1. Ultimamente, ha assunto, nel quadro di un'ampia disamina, la genuinità dell'intero § 4 R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» cit., 69 ss. A mio modo di vedere, tuttavia, il dubbio resta. Ed è legato – più che al profilo della concettualizzazione riguardante l'esito del *transire* (in definitiva, anche per il '*proprium nomen contractus*' potrebbe parlarsi di un '*aliud nomen*' rispetto al punto di osservazione costituito dalla '*conventio*') e più che all'irrompere di una proposizione avversativa che finisce per ridimensionare una notazione pur addotta in ragione del suo esser congegnata '*elegantier*' e cioè per la sua appropriata incisività (potendo, infatti, l'immediata contiguità tra le due porzioni del frammento derivare da tagli compiuti dai compilatori) – più semplicemente al curioso riferimento alla "maggior parte delle *conventiones*", ove si consideri il ricorso, nella realtà delle relazioni tra privati, alle molteplici ipotesi di *conventiones* che non si traducono in figure contrattuali (né potrebbe immaginarsi – come mi pare si orienti R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» cit., 74 nt. 70 *in fine* – che l'autore stesse pensando al fenomeno, di cui al successivo svolgimento del proprio discorso, delle convenzioni atipiche che, numerosissime, danno luogo ad un *συνάλλαγμα* e che *pariunt actiones*, dal momento che egli cita solo esempi di contratti tipici: *emptio*, *locatio*, *pignus*, *stipulatio*): questa discutibile indicazione quantitativa potrebbe esser stata suggerita ad un annotatore postclassico dal rinvio di D. 2.14.7.1 a '*ceteri similes contractus*' (e, chissà, dalla presenza di figure ulteriori menzionate quali *conventiones legitima*e: credo, invero, che abbia ragione R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» cit., 61 ss. nel ritenere che anche all'interno di questa categoria Ulpiano potesse aver individuato '*conventiones quae transeunt in proprium nomen contractus*'). A rafforzare il dubbio potrebbero forse aggiungersi la non rigorosa indicazione '*emptio*' e '*locatio*', in luogo di *emptio venditio* e *locatio conductio*, e la non felice scelta di menzionare il *pignus*, posta l'esistenza della *co n v e n t i o pignoris* accanto al contratto di pegno (a meno che non si acceda alla congettura di A. D'Ors, *Replicas panormitanas*, III, '*Conventiones*' y '*contractus*', in AHDE 46, 1976, 137, ora rinverdata da R. FERCIA, «*Fiduciam contrahere*» cit., 49 ss.; 69 ss., che in luogo di '*pignus*' il testo originario recasse '*fiduciam*'). Ad ogni modo, la questione è destinata, a mio avviso, a rimanere aperta.

²⁵ Numerose testimonianze in tal senso sono state raccolte e criticamente valutate, in tempi recenti, da G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 243 ss., il quale conclude: «*conventio*, se non indica addirittura l'oggetto sul quale è dato registrare un comune apprezzamento, quantomeno lo ricomprende al proprio interno. In altri termini potremmo dire che è 'volontà oggettivata in un contenuto', il che [...] equivale a dire che esprime l'idea dell'atto o negozio giuridico bilaterale o plurilaterale, e dunque della regolamentazione dei propri assetti di interessi consensualmente fissata dagli autori del negozio» (p. 256). In precedenza, che in D. 2.14.1.3 '*conventio*' non fosse usato come sinonimo di consenso o accordo e venisse in que-

nianze dello stesso Ulpiano, nelle quali, grazie a questo o a quel dato testuale, la configurazione della *conventio* quale risultato oggettivo dell'accordo appare particolarmente evidente.

Così, in D. 2.14.7.3 (Ulp. 4 *ad ed.*) '*Si ob maleficium ne fiat promissum sit, nulla est obligatio ex hac conventione*', ad escludere un'accezione soggettivo-volitiva di *conventio* nel senso di accordo o consenso sono, da un lato, la presenza in sé dell'aggettivo dimostrativo ('*hac conventione*'), dall'altro lato, il diretto riferirsi di '*conventio*', grazie a questo aggettivo, allo specifico contenuto subito prima richiamato ('*Si ob maleficium ne fiat promissum sit*').

Questi stessi due elementi portano a connotare nel medesimo modo il termine '*conventio*' in D. 13.7.13 pr. (Ulp. [38] <28> *ad ed.*):

'Si, cum venderet creditor pignus, convenerit inter ipsum et emptorem, ut, si solverit debitor pecuniam pretii emptori, liceret ei recipere rem suam, scripsit Iulianus et est rescriptum ob hanc conventionem pigneraticis actionibus teneri creditorem, ut debitori mandet ex vendito actionem adversus emptorem ...'

In D. 2.11.4.4 (Ulp. 74 *ad ed.*) e in D. 21.1.31.22 (Ulp. 1 *ad ed. aed. cur.*), poi, sono significativi sia l'uso dell'aggettivo dimostrativo ('*ista conventio*', '*ea conventio*'), che richiamano, anche in questo caso, i concreti termini dell'accordo, sia la valutabilità stessa della *conventio* in termini di *valere* o *non valere* o di '*ratam haberi*':

'Quaesitum est an possit conveniri, ne ulla exceptio in promissione deserta iudicio sistendi causa facta obiciatur: et ait Atilicinus conventionem istam non valere, sed ego puto conventionem istam ita valere, si specialiter causae exceptionum expressae sint, quibus a promissore sponte renuntiatum est'

'Si quid ita venierit, ut, nisi placuerit, intra praefinitum tempus redhibeatur, ea conventio rata habetur; ... si vero convenerit, ut in perpetuum redhibitio fiat, puto hanc conventionem valere'.

Ancora, nella prima e nell'ultima parte (ma l'intero svolgimento è indicativo) di D. 23.4.4 (Ulp. 31 *ad Sab.*), oltre a ripresentarsi il giudizio sulla *conventio* in termini di *valere* o *non valere*, sono istruttivi tanto l'uso scambievole con '*pactum*' quanto, a quest'ultimo riguardo, le specificazioni '*h o c pactum*' e '*t a l e pactum*', che chiamano direttamente in causa il concreto contenuto:

'Si convenerit, ut fructus in dotem converteretur, an valeat conventio? et Marcellus ait libro octavo digestorum conventionem non valere: proprie enim indotatam mulierem hoc pacto fieri

stione, piuttosto, in una prospettiva di tipo oggettivistico era stato riconosciuto, con varietà di sfumature, da H. FRITSCHÉ, *Untersuchung über die Bedeutung vom consensus und consentire in den Digesten*, Berlin 1888, 63 ss. («conventio unmöglich etwas Andres als [...] den in die äussere Erscheinung getretenen Thatbestand der "Abmachung, Übereinkunft" bezeichnen kann»: p. 64); E. BETTI, *Sul valore dogmatico della categoria «contrahere»* cit., 42 ss. («atto bilaterale concorde in cui si esprime una volontà conforme (consensus) da entrambe le parti»: p. 44); P. DE FRANCISCI, ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑ cit., II, 480 ss. ('*conventio*' «rappresenta le diverse clausole dei contratti e, pur anche, dei patti»: p. 480; cfr. le giuste critiche di G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 249 ss.); U. BRASIELLO, *Sull'elemento subiettivo dei contratti* cit., 117 nt. 1 (nelle fonti giurisprudenziali *conventio* ricorre, anziché nel senso "astratto e generico" di consenso, o con il significato di "pattuizione che deriva dall'accordo" o con il significato di "ciò che è stato convenuto").

... *Et quid dicimus, si pactum tale intervenit, ut maritus fructus in dotem converteret et mulier se suosque aleret tuereturve et universa onera sua expediret? quare non dicas conventionem valere?*²⁶

Non meno eloquente la testimonianza di D. 23.4.11 (Ulp. 34 *ad ed.*):

‘Cum pater dotem pollicitus fuerit et paciscatur, ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur, ita pactum interpretandum divus Severus constituit, quasi adiectum esset se vivo: hoc enim ita accipiendum esse contemplatione paternae pietatis et contrahentium voluntatis, ut posterior quoque pars conventionis ad vitam patris relata videatur...’

giacché la stessa possibilità di concepire, in relazione ad una specifica pattuizione (*‘paciscatur, ne se vivo petatur neve constante matrimonio dos petatur’*), l’esistenza di una *‘pars conventionis’* presuppone, evidentemente, un’accezione di *conventio* come alludente non certo al momento interiore del consenso, non frazionabile, bensì al contenuto obiettivo del *pacisci*.²⁶

Infine, è il caso di segnalare che una considerazione, da parte di Ulpiano, di *‘conventio’* e *‘consensus’* quali concetti distinti è attestata dall’affermazione di D. 50.12.3 pr. (Ulp. 4 *disp.*) *‘Pactum est duorum consensus atque conventio, pollicitatio vero offerentis solius promissum’*, ove essa venga letta nel modo più naturale e cioè assegnando all’*‘atque’* una funzione di coordinamento e non di instaurazione, in forma endiadica, di un’equipollenza concettuale.²⁷ Il testo va apprezzato alla luce dell’apposito intento di contrapporre in maniera netta la bilateralità del *pactum* e la unilateralità della *pollicitatio*: a tal fine, appariva incisivo²⁸ richiamare sia il fenomeno interiore-volitivo dell’accordo (*consensus*) sia il risultato oggettivo in cui esso si traduce (*conventio*).²⁹

4. Naturalmente, quanto fin qui conseguito in merito al significato di *‘conventio’* nell’affermazione iniziale di D. 2.14.1.3, imposto dal tenore dell’affermazione stessa e perfettamente in linea con un consueto *usus loquendi* (anche) dello stesso Ulpiano,³⁰ si irradia

²⁶ Lo ha notato molto bene G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 260 s.

²⁷ Come, invece, ancora in tempi recenti, hanno ritenuto F. GALLO, *Synallagma e conventio nel contratto*, I, Torino 1992, 47 nt. 59 e R. ZIMMERMANN, *The Law of Obligations. Roman Foundations of Civilian Tradition*, Cape Town-Johannesburg 1992, 563; e come avevano, in passato, ritenuto, fra gli altri, S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, 32 nt. 1 e U. BRASIELLO, *Sull’elemento subiettivo* cit., 117 nt. 1 (il quale proprio per questo ha giudicato il testo interpolato in quanto in contrasto con il convincimento che *‘conventio’* e *‘consensus’* esprimevano due nozioni distinte: *supra*, nt. 25).

²⁸ Certamente, ben più che il semplice ricorso al plurale *‘duorum’*, come riteneva sufficiente H. FRITSCHKE, *Untersuchung* cit., 61.

²⁹ Ha colto bene il senso dell’accostamento tra i due termini G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere. Contributi allo studio del negozio bilaterale romano*, Napoli 1994, 152, il quale, contro una funzione endiadica, afferma che «mentre *consensus* accentua l’esistenza di una ‘comune visione’, *conventio* accentua il requisito del verificarsi della convergenza tra le due parti».

³⁰ Ai riscontri di un’accezione di tipo oggettivo richiamati nel testo sono da aggiungere (per la presenza del dimostrativo *‘hac conventio’*) D. 16.3.1.7 (Ulp. 30 *ad ed.*) e D. 19.1.11.18 (Ulp. 32 *ad ed.*). Diversamente, *‘conventio’* allude al profilo soggettivo-psichico, in contrapposizione al fatto esteriore e materiale della consegna, in Ulp. 40 *ad Sab.* – D. 13.7.1 pr.-1 (*‘Pignus contrahitur non sola traditione, sed etiam nuda conventione, etsi non traditum est. Si igitur contractum sit pignus nuda conventione, videamus an rell.’*) e

direttamente sull'altro segmento nel quale è presente questo termine e cioè sulla citazione tratta da Pedio. Dal momento, infatti, che le parole di raccordo '*a d e o conventiois nomen generale est u t*', che introducono la citazione, mirano appositamente a preparare uno svolgimento e una conferma del pensiero espresso in precedenza, deriva evidentemente che la prospettiva concettuale del segno '*conventio*' che compare nell'indicazione d'apertura deve riconoscersi anche nell'affermazione '*nullum contractum – conventionem*':³¹ anche in quest'ultima, cioè, '*conventio*' deve alludere, non all'idea di consenso o accordo, bensì all'oggetto del consenso.

Questa conclusione deve assumersi con sicurezza per Ulpiano, il quale, in ragione del proprio argomentare (*adeo...ut*), non può che aver adottato come omogenei i due impieghi dello stesso termine. Quanto a Pedio, mi pare che la conclusione possa mantenersi con un grado di verosimiglianza assai elevato. È vero, infatti, che, in linea teorica, di fronte a qualsiasi citazione di parole altrui è sempre immaginabile l'eventualità che la portata e la trama argomentativa originarie fossero non coincidenti con l'ordine di idee in funzione del quale il giurista citante quelle parole riutilizza; ma credo che assai difficilmente Ulpiano avrebbe riportato un'affermazione a conferma di una interpretazione di natura squisitamente giuridica come la spiegazione di un *terminus technicus*, per di più presente nell'editto, e l'avrebbe presentata come avente incisiva efficacia (*ut eleganter Pedius dicat*),³² se ne avesse fatto un uso non corrispondente al significato e al punto di vista che essa assumeva nel luogo d'origine.³³

Ora, proprio le parole '*nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem*' consentono di riconoscere quale dovette essere, più precisamente, il significato di *conventio* in chiave oggettiva che regge l'intero svolgimento del paragrafo. Esse, infatti, portano a scartare la possibilità, teoricamente configurabile, che gli *omnia, de quibus ... consentiunt qui inter se agunt* fossero gli 'atti' negoziali compiuti *contrahendi transigendique causa*.³⁴ Ciò in quanto, qualunque sia il preciso significato che vi assume la locu-

in Ulp. 1 *ad Sab.* – D 18.1.2 pr.-1 ('*Inter patrem et filium contrahi emptio non potest, sed de rebus castrensis bus potest. Sine pretio nulla venditio est: non autem pretii numeratio, sed conventio perficit sine scriptis habitam emptionem*'); ma sulla genuinità di questi due testi gravano forti sospetti, per i quali rinvio alle equilibrate e ben fondate osservazioni di G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 318 ss. (con indicazioni bibl.).

³¹ Va da sé che ciò deve assumersi anche qualora si ammetta, come a me sembra inevitabile, che prima del raccordo stesso nell'originario testo ulpiano vi fosse un tratto omissso dai compilatori (*supra*, n. 2).

³² Sul coinvolgimento dei profili sostanziali, oltre che formali, nell'avverbio '*eleganter*' cfr. la ricca letteratura citata in T. DALLA MASSARA, *Sul responsum di Aristone in D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 ad ed.): l'elaborazione del concetto di causa del contratto*, in *Le dottrine del contratto* cit., 289 nt. 28 (il quale, per parte sua, parla di "apprezzamento per una speciale acribia stilistica e argomentativa").

³³ Altra cosa è la citazione compiuta in funzione della costruzione di un discorso non squisitamente tecnico o, addirittura, fortemente ideologizzato: in simili casi – il più evidente e celebre è la citazione, da parte dello stesso Ulpiano, delle parole celsine '*ius est ars boni et aequi*' in D. 1.1.1.1 – l'eventualità di un riuso, da parte del giurista citante, delle parole estrapolate non coincidente con il senso originario delle stesse è da tenere senz'altro in alta considerazione.

³⁴ Come ritenuto, invece, da Betti e De Francisci (*supra*, nt. 25) e, più di recente, da H. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones III 88-181. Die Kontraktobligationen*, Berlin 1999, 454, ove, con specifico riferimento all'affermazione iniziale di D. 2.14.1.3, si afferma che la *conventio* è "ein allgemeiner Sammelbegriff" comprendente «*contractus, obligationes* und sonstige Rechtsgeschäfte (z. B. auch *transactiones*)». Si tratta, del resto, del tipo di lettura presente in uno dei testi fondativi della nostra tradizione giuridica: «Ce mot de convention est un nom generale, qui comprend toute sorte de contrats, traitez & pactes de toute nature» (J. DOMAT, *Les loix civiles dans leur ordre naturel*, Paris 1735, 20, che rende in questi termini le parole di Ulpiano, appositamente richiamate ivi, in nt. a).

zione ‘*habere in se*’ – quello, unanimemente sostenuto (e dato per scontato), di “avere al suo interno”, “contenere”,³⁵ ovvero quello, anch’esso autorizzato dalle fonti, di “presupporre”³⁶ –, il rapporto che l’affermazione pediana instaura tra le due *d i s t i n t e* entità del contratto³⁷ e della *conventio* non avrebbe un senso accettabile se ‘*conventio*’ indicasse un atto negoziale: non potrebbe certo dirsi (meno che mai, ‘*eleganter*’) che “non v’è contratto che non contenga al suo interno (o che “non presupponga”) un atto concordato”. Né potrebbe immaginarsi di salvare l’assunto ipotizzando che Pedio, nel menzionare la *conventio* quale atto distinto e però necessariamente correlato al contratto, pensasse alla figura del *pactum* aggiunto ad un contratto: è la vecchia tesi di De Francisci, alla quale, tuttavia, è (stato) facile obiettare che nella realtà negoziale non ad ogni contratto si accompagnava un *pactum* (o *lex contractus*).³⁸

Non resta, allora, che tirare la conclusione che nelle parole tratte da Pedio il termine *conventio* indica una determinazione concordemente divisata dalle parti,³⁹ la cui mancanza impedisce che sussista un contratto; e che, giusta l’identità di prospettiva concettuale implicata, come si è detto poc’anzi, dal peculiare raccordo ‘*adeo ...ut*’, anche gli ‘*omnia, de*

³⁵ Evitando una lunga quanto fredda sequenza di autori e titoli, mi limito a richiamare, tra gli studiosi che più particolarmente hanno tratto da questo valore di *habere in se* indicazioni significative ai fini delle proprie interpretazioni del testo, S. RICCOBONO, *La formazione della teoria generale* cit., 141 s.; ID., *Corso di diritto romano* cit., 310 ss.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 193; 200; M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* cit., 211 e nt. 172.

³⁶ Si vedano, almeno, i seguenti testi dello stesso Ulpiano: D. 19.5.15 (Ulp. 42 *ad Sab.*) ‘...et quidem *conventio ista non est nuda, ut quis dicat ex pacto actionem non oriri, sed habet in se negotium aliquod*: ergo civilis actio oriri potest, id est praescriptis verbis...’; D. 21.1.1.8 (Ulp. 1 *ad ed. aed. curul.*) ‘...proinde levis febricula aut vetus quartana quae tamen iam sperni potest vel vulnusculum modicum nullum habet in se delictum quasi pronuntiatum non sit...’; D. 43.16.1.43 (Ulp. 69 *ad ed.*) ‘interdictum hoc (scil. *De vi armata*), quia atrocitatem facinoris in se habet, quaesitum est, an liberto in patronum vel liberis adversus parentes competit...’. Con riferimento alle parole ‘*conventio...habet in se negotium aliquod*’ del primo fra i trascritti brani, lo stesso R. SANTORO, *Il contratto* cit., 244; 247 intende ‘*habet in se*’ non come “ha al suo interno”, bensì come “implica”.

³⁷ Non rileva, qui, se nella frase in questione la figura del contratto sia espressa solamente dal termine *contractus*, assunto con gittata onnicomprensiva, o anche dal termine ‘*obligatio*’, che indicherebbe il contratto unilaterale (come intendono R. KNÜTEL, *La causa nella dottrina dei patti* cit., 133 e L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione* cit., 350). Il mio punto di vista è espresso *infra*, in nt. 54.

³⁸ Cfr. *supra*, nt. 25 e in particolare il lavoro di Romano ivi citato.

³⁹ A questa prospettiva di ‘*conventio*’ all’interno del *dictum Pedii* si era avvicinato M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani*, in *Le droit romain et sa reception en Europe* (Atti Colloquio Varsavia 1973), Varsovie 1978, 253, parlando di “assetto di interessi su cui verte l’accordo delle parti”. L’illustre studioso, tuttavia, ha successivamente virato verso la comune rappresentazione. In ‘*Conventio*’ e ‘*stipulatio*’ cit., 211, infatti, l’autore non solo parla, con una significativa inversione terminologico-concettuale, di “accordo sull’assetto di interessi” (v. anche ID., *Contratto e patto nel diritto romano* cit., 74 s.; ID., *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 537), ma, soprattutto, finisce per esprimere nei termini tradizionali la dialettica tra accordo ed elemento reale, verbale, letterale in relazione alla conclusione del contratto: «Pedio ha, dunque, presente la contrapposizione fra la *conventio* come accordo sull’assetto d’interessi divisato e perseguito che rappresenta, fisiologicamente, il sostrato di qualsiasi *obligatio ex contractu* e la specifica valenza dell’elemento che, in contrapposizione a tale accordo, crea di volta in volta un vincolo, ad eccezione delle *obligationes consensu contractae*, in cui, si sottintende, è proprio la *conventio* ad integrare tale valenza. Pedio viene, in definitiva, ad ammonire che non ci si deve fare ingannare dall’apparenza della *res*, dei *verba*, delle *litterae*: sul piano sociologico, v’è sempre una *conventio* sottostante a questi elementi, per chiamarli così, formali».

quibus ... consentiunt dell'affermazione iniziale sono i concreti contenuti, le concrete determinazioni concordemente stabilite dai soggetti che compiono un'operazione negoziale.⁴⁰

Non depone contro questa conclusione la circostanza che, in un tratto successivo del commento ulpiano, il discorso sulle *species conventionum* segna uno slittamento nell'impiego del termine verso gli atti che veicolano tali concrete determinazioni. Questa circostanza, invero – mentre, come si è detto,⁴¹ appare incompatibile con l'idea che una precedente fissazione, con tanto risalto, della nozione di *conventio* vertesse sul profilo, completamente diverso, del consenso in chiave soggettiva – può giustificarsi alla luce di un interesse di Ulpiano, funzionale al più ampio intendimento sistematico perseguito, a proiettare le concrete determinazioni concordate tra le parti in schemi negoziali, al fine di mostrarne l'idoneità o meno a fondare questa o quella protezione giurisdizionale e dunque la riconduzione a questa o quella previsione (e rimedio) editale. In quest'ottica, anche una enumerazione di contratti come quella che chiude D. 2.14.7.1 (*'... Quae pariunt actiones, in suo nomine non stant, sed transeunt in proprium nomen contractus: ut emptio uenditio, locatio conductio, societas, commodatum, depositum et ceteri similes contractus'*) può leggersi come il risultato del configurarsi di determinati assetti di interessi quali schemi negoziali tipizzati, secondo l'ordine di idee che appare nel commento dell'antecessore (verosimilmente, Stefano) al passaggio ulpiano or ora trascritto, conservato in:

BS 187/5-14 = Hb. I, 559 (sch. Μαθών): 'ἀλλ' ὅσαι μὲν τίκτουσι ἀγωγὴν, ... εἰς ἰδικὸν μεταπίπτουσι ὄνομα συναλλάγματος. Οἷον συνήλθομεν ἐπὶ πράσει καὶ ἀγορασίᾳ ἢ μισθώσει ἢ κοινωνίᾳ καὶ συνήρесе τὸ τίμημα ἢ τὸ μίσθωμα ἢ ὅπερ ὀφείλει ἕκαστος κέρδος λαμβάνειν ἐκ τῆς κοινωνίας ἢ ζημιοῦσθαι· οὐκ ἔστιν κονβεντίων, ἀλλὰ πράσις, μίσθωσις, κοινωνία. Μετὰ γὰρ τὸ συναρέσαι τὸ τίμημα ἢ τὸν μισθὸν ἢ τὸ κέρδος μετατίθεται ἢ κονβεντίων εἰς ἰδικὸν ὄνομα συναλλάγματος καὶ ἀρμόζει ἐξ ἔμπτου, λοκάτου, πρὸ σόκιο. Τὸ αὐτὸ καὶ ἐπὶ κομοδάτου καὶ δεπόσιτου καὶ τῶν ἄλλων συναλλαγμάτων'.

(trad. Heimbach: Quae autem actionem pariunt, ... in speciale nomen contractus transeunt: ut puta convenimus de emptione et venditione, vel locatione, vel societate, et consensus in pretium vel mercedem vel in id, quatenus quisque ex societate lucrari vel damno affici debeat: non est conventio, sed venditio, locatio, societas. Postquam enim de pretio, vel mercede, vel lucro consensus, conventio in speciale nomen contractus transit, et competit actio ex empto, ex locato, pro socio. Idem obtinet et in commodato et deposito et in ceteris contractibus).

5. L'acquisizione del ricorrere, in D. 2.14.1.3, dell'accezione di '*conventio*' nel senso di contenuto negoziale concordato deve peraltro fare i conti, purtroppo, sia con le gravi incertezze che circondano il *dictum* di Pedio in sé preso e che riguardano già l'originario contesto da cui la citazione è tratta (non essendo affatto sicuro che anche Pedio stesse commentando l'editto sui patti)⁴² e perfino l'estensione della citazione stessa (le parole '*nam et stipulatio* –

⁴⁰ Gli altri riscontri ulpiani di '*conventio*' in prospettiva oggettiva più su indicati (D. 2.14.7.3; D. 2.11.4.4; D. 13.7.13 pr.; D. 16.3.1.7; D. 19.1.11.18; D. 21.1.31.22; D. 23.4.4; D. 23.4.11) non sono di per sé idonei a giustificare questa conclusione, giacché non può dirsi con decisione se in essi l'accento cada direttamente sui contenuti concordati o sull'atto che stabilisce quei contenuti.

⁴¹ *Supra*, n. 3 su ntt. 22-24.

⁴² In tal senso, opportunamente, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio* cit., 522 s. e R. FIORI, *The Roman conception* cit., 54.

nulla est sono anch'esse da attribuire a Pedio o costituiscono un commento di Ulpiano?),⁴³ sia con i tagli che sicuramente il complessivo discorso di Ulpiano ha subito: tagli che dovette investire non soltanto, come si è già detto, la parte del discorso originariamente compresa tra la spiegazione '*nam sicut convenire – decurrunt*' e le parole '*adeo autem etc.*',⁴⁴ ma anche la parte incentrata sul richiamo alla notazione di Pedio, posto che la precisazione '*sive re sive verbis fit*' porta senz'altro a credere che la sua esplicitazione (da parte di qualsivoglia dei due giuristi) non si sarà limitata, come invece appare nella stesura attuale, al caso della *stipulatio* ('*nam et stipulatio – nulla est*'), ma avrà considerato anche l'area del '*re fieri*'.⁴⁵

In ragione di questo stato di cose, qualsiasi tentativo di rintracciare 'in positivo' il senso della citazione da Pedio non può che risolversi nella cauta prospettazione di una *s e m - p l i c e c o n g e t t u r a*.

In particolare, ritengo che ogni congettura al riguardo debba necessariamente tenere conto, anzitutto, di due dati offerti dalla stessa scrittura ulpiana, che riassumo in forma schematica:

a) Ulpiano afferma, in apertura, che il segno *conventio* "ha una portata generale, riguardante *tutti gli elementi (tutti i punti, tutti gli aspetti) sui quali consentiunt* coloro che pongono in essere un negozio giuridico" ('... *pertinens ad omnia, de quibus ... consentiunt qui inter se agunt*');⁴⁶

b) le parole di Pedio sono state appositamente citate come svolgimento e conferma di siffatto enunciato:⁴⁶ la loro *f u n z i o n e s p e c i f i c a*, cioè, è quella di indicare un risvolto dell'assunto che '*conventio*' si riferisce a *tutti gli elementi* sui quali *consentiunt* le parti.

Ebbene, quale poté essere, alla luce di questi due dati, il senso dell'affermazione "non vi è alcun contratto ... che *non habeat in se conventionem*"?

L'unica possibilità di decifrazione che, personalmente, riesco a vedere passa da un'altra indicazione del testo ulpiano, che merita un rilievo maggiore di quanto solitamente mi pare le venga attribuito. Mi riferisco alla circostanza che Ulpiano, proprio allo scopo di esplicitare e svolgere il senso delle parole '*omnia, de quibus consentiunt*', insiste particolarmente sul dato della unicità-uniformità del contenuto stabilito dalle parti: '*in unum locum colliguntur*', '*in unum consentiunt*', '*in unam sententiam decurrunt*'. Questa sottolineatura dell'*unum*' quale oggettivo risultato del *consentire* fa pensare ad una specifica attenzione di

⁴³ A Pedio pensano, ad es., P. CERAMI, *D.2.14.5 cit.*, 199; 207; M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio nel sistema dei contratti romani cit.*, 257 s.; R. SANTORO, *Il contratto cit.*, 197 e 206; A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano cit.*, 136 s.; G. MELILLO, *Contrahere, pacisci, transigere cit.*, 178; ad Ulpiano, invece, ad es. F. GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' cit., II, 216; J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit – Irrtum im Klassischen römischen Vertragsrecht*, Berlin 2005, 127; R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale sine nomine e l'evizione dell'ob rem datum*, in *Diritto@storia* 12, 2014, nt. 4; 'possibilisti' verso Ulpiano sono G. ROMANO, *Conventio e consensus cit.*, 326 e L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione cit.*, 352 nt. 37; agnostico C. A. CANNATA, *La nozione di contratto cit.*, 27. L'attribuzione all'uno o all'altro dei due giuristi viene, peraltro, assunta senza richiami a specifici elementi a sostegno. La forma diretta può, in realtà, valere quale indice del fatto che si tratta di un rilievo di Pedio fatto proprio da Ulpiano (così R. SANTORO, *Il contratto cit.*, 197) solo a rincalzo rispetto ad eventuali indizi previamente individuati, non escludendo, invece, di per sé, che si tratti di un'affermazione autonomamente aggiunta a fini adesivo-esplicativi da Ulpiano (come esplicitamente sostenuto, nei luoghi citati, da Romano – con altra bibl. in nt. 236 – e da Fercia). Sul punto v. *infra*, nel testo.

⁴⁴ *Supra*, n. 2.

⁴⁵ Analogamente, di recente, C. GIACHI, *Studi su Sesto Pedio cit.*, 524.

⁴⁶ Cfr. *supra*, su nt. 31.

Ulpiano, non già verso il *consentire* come astratta idea di momento consensuale considerato in contrapposizione ad altri elementi della struttura contrattuale quali la *res*, i *verba*, le *litterae*, bensì verso l'interna *substantia*, per dir così, del *consentire* quale pieno coincidere della percezione e della volontà di più soggetti.

Ora, fra i testi che ci restituisce la documentazione giurisprudenziale riguardante il fenomeno dell'errore è dato incontrare, com'è noto, la rappresentazione di un'alternativa tra *consensus-consentire* e *dissentire* in relazione al verificarsi o meno di una unicità-uniformità di volontà e di percezione tra le parti;⁴⁷ e questa alternativa viene proposta dai giuristi in ordine a qualsiasi elemento del complessivo contenuto di un'operazione negoziale, compresa, 'a monte', l'individuazione dell'operazione stessa. Proprio da Ulpiano provengono due espliciti riscontri di quest'ultima eventualità, uno formulato attraverso la semantica del '*sentire*' (*consensus; dissentire*), l'altro attraverso un riferimento all'*opinio*:

D. 18.1.9 pr. (Ulp. 28 *ad Sab.*) *In uenditionibus et emptionibus consensus debere intercedere palam est: ceterum siue in ipsa emptione dissentient siue in pretio siue in quo alio, emptio imperfecta est. si igitur ego me fundum emere putarem Cornelianum, tu mihi te uendere Sempronianum putasti, quia in corpore dissensimus, emptio nulla est. idem est, si ego me Stichum, tu Pamphilum absentem uendere putasti: nam cum in corpore dissentiatur, apparet nullam esse emptionem;*⁴⁸

D. 12.1.18 pr. (Ulp. 7 *disp.*) *Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederero, tu quasi mutua accipias, Iulianus scribit donationem non esse: sed an mutua sit, uidendum. et puto nec mutua esse magisque nummos accipientis non fieri, cum alia opinione acceperit. quare si eos consumpserit, licet conditione teneatur, tamen doli exceptione uti poterit, quia secundum uoluntatem dantis nummi sunt consumpti. 1. Si ego quasi deponens tibi dederero, tu quasi mutua accipias, nec depositum nec mutuum est: ...*

Alla luce dei dati fin qui segnalati – ai quali va aggiunta la circostanza che il profilo della unicità-uniformità della determinazione percepita e voluta dalle parti è evocato anche nella definizione di '*pactio*' come '*in idem placitum consensus*', fornita da Ulpiano subito prima (§ 2) per spiegare la presunta radice dell'altro termine della rubrica editale, *pactum*⁴⁹ –

⁴⁷ Oltre a D. 18.1.9 pr. e D. 12.1.18 pr., trascritti di seguito nel testo, e oltre ai brani riguardanti la *stipulatio*, riportati *infra*, in nt. 61, cfr. la generalizzante notazione di Pomponio, conservata in D. 44.7.57 (36 *ad Q. Mucium*) '*In omnibus negotiis contrahendis, siue bona fide sint siue non sint, si error aliquis interuenit, ut aliud sentiat puta qui emit aut qui conducit, aliud qui cum his contrahit, nihil ualet quod acti sit. Et idem in societate quoque coeunda respondendum est, ut, si dissentiant aliud alio existimante, nihil ualet ea societas, quae in consensu consistit*'.

⁴⁸ Il ragionamento di Ulpiano prosegue nel § 1 con la seguente prospettazione: '*Plane si in nomine dissentiamus, uerum de corpore constet, nulla dubitatio est, quin ualeat emptio et uenditio: nihil enim facit error nominis, cum de corpore constat. Inde quaeritur, si in ipso corpore non erratur, sed in substantia error sit, ut puta si acetum pro uino ueneat, aes pro auro uel plumbum pro argento uel quid aliud argento simile, an emptio et uenditio sit. Marcellus scribit libro sexto digestorum emptionem esse et uenditionem, quia in corpus consensus est, etsi in materia sit erratum*'.

⁴⁹ '*...est pactio duorum pluriumve in idem placitum consensus*'. È significativo, al riguardo, che i più antichi commentatori bizantini hanno spiegato le parole '*in idem*' di questa definizione con l'ausilio della fattispecie di D. 12.1.18 pr., or ora trascritto nel testo, del dissenso tra due soggetti in merito alla configurazione dell'atto, l'uno pensando di compiere donazione, l'altro ritenendo di ricevere a titolo di mutuo:

si affaccia la possibilità che il ricorso alla citazione da Pedio abbia a che fare con questa specifica angolazione del *consensus/consentire*.⁵⁰

In particolare, la logica del complessivo svolgimento ulpiano⁵¹ sarebbe la seguente. Dapprima, Ulpiano afferma che il termine '*conventio*' ha una portata generale, nel senso che riguarda tutti gli aspetti contenutistici sui quali vi è un *consentire*: Ulpiano, cioè, adotta la qualifica '*generalis*' non per esprimere, in prospettiva diairetica, un configurarsi di '*conventio*' quale *genus* rispetto ad una pluralità di *species*,⁵² bensì per alludere al semplice profilo della latitudine e precisamente alla portata onnicomprensiva del segno '*conventio*' ('...a d o m n i a p e r t i n e n s'), secondo un impiego di '*generalis*' anch'esso attestato (pure) in brani di questo giurista⁵³ e che, in questo caso, sembra inoltre specificamente suggerito dal fatto che una indicazione rafforzativa quale la successiva frase '*adeo ... generalis est ut...*' si adatta meglio al dato dell'ampiezza che non ad una natura di *genus* sovraordinante. Quindi, tramite la connessa spiegazione '*nam – decurrunt*' il giurista esplicita il significato peculiare di '*consentire*' come '*idem sentire*'. Con l'ausilio, infine, delle parole di Pedio, Ulpiano precisa che a tal punto la nozione di *conventio* riguarda tutti gli aspetti contenutistici (= a tal punto è *generalis*) che non sussiste un contratto e, dunque, un rapporto obbligatorio da esso derivante⁵⁴ che non presupponga ('*non habeat in se*') un contenuto concor-

cfr. BS 177-13 = Hb. I, 553 (derivante, con ogni verosimiglianza da Teofilo: cfr. G. FALCONE, *Genesi e valore della definizione di συνόλλαγμα nella Parafrasi di Teofilo*, in *Iuris vincula* cit., III, 102 ss.) e BS 178-35 = Hb. I, 554 testualmente attribuito all'Anonimo.

⁵⁰ Che la generalizzazione di Pedio potesse ricondursi a problemi di «mancanza di accordo, cioè dissenso [...] per causa di errore» era stato, a suo tempo, intuito da P. VOCI, *La dottrina romana del contratto*, Milano 1946, 134 ss. Accenni nel medesimo ordine di idee si trovano anche in TH. MAYER-MALY, *Bemerkungen zum Aspekt der Konsensstörung in der klassischen Irrtumslehre*, in *Mél. Meylan*, I, Lausanne 1963, 248 s.; R. MEYER-PRITZL, *Pactum, conventio, contractus* cit., 110 s.; H. NELSON-U. MANTHE, *Gai Institutiones* III 88-181 cit., 233; J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit* cit., 127 s.; R. FERCIA, *Il 'fieri' della fattispecie contrattuale* cit., su ntt. 12-13 (ma cfr. *infra*, nt. 61).

⁵¹ Naturalmente, al netto dell'eliminazione di passaggi intermedi compiuta dai compilatori: cfr. quanto osservato *supra*, n. 2.

⁵² È quanto ritengono gli studiosi che hanno inteso l'affermazione iniziale come preparatoria rispetto alla successiva distinzione tra le *species conventionum* in D. 2.14.5: cfr., ad es., P. CERAMI, *D.2.14.5 (Ulp. 4 ad ed.)* cit., spec. 202 ss.; M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* cit., 214; F. GALLO, *Eredità di giuristi romani in materia contrattuale*, in *Le teorie contrattualistiche* cit. 56 ss.; S. TONDO, *Note ulpianee* cit., 464.

⁵³ Cfr. D. 42.8.1.2 (Ulp. 66 *ad ed.*) '*Ait ergo praetor 'quae fraudationis causa gesta erunt'. h a e c u e r b a g e n e r a l i a s u n t e t c o n t i n e n t i n s e o m n e m o m n i n o i n f r a u d e m f a c t a m u e l a l i e n a t i o n e m u e l q u e m c u m q u e c o n t r a c t u m . q u o d c u m q u e i g i t u r f r a u d i s c a u s a f a c t u m e s t , u i d e t u r h i s u e r b i s r e u o c a r i , q u a l e c u m q u e f u e r i t : n a m l a t e i s t a u e r b a p a t e n t . s i u e e r g o r e m a l i e n a u i t s i u e a c c e p t i l a t i o n e u e l p a c t o a l i q u e m l i b e r a u i t*' D. 34.2.19.10 (Ulp. 20 *ad Sab.*) '*Sed cui uasa sint legata, non solum ea continentur, quae aliquid in se recipiant edendi bibendique causa paratum, sed et quae aliquid sustineant: et ideo scutellas uel promulsidaria contineri. repositoria quoque continebuntur: nam uasorum appellatio generalis est, ...*' (il § si chiude con le parole '*dicimus uasa uinaria et naualia*', le quali, non legandosi con la frase precedente, denunciano la caduta di qualcosa; Mommsen propone di inserire '*unde*'); D. 50.16.128 (Ulp. 1 *ad l. Iul. et Pap.*) '*Spadonum generalis appellatio est: quo nomine tam hi, qui natura spadones sunt, item thlibiae thlasiae, sed et si quod aliud genus spadonum est, continentur*'.

⁵⁴ Nell'ottica che qui si propone, il rilievo dell'alternativa circa il significato del termine '*obligatio*' nel *dictum* pediano ('atto obbligante' o 'rapporto obbligatorio') si stempera alquanto: ché, mentre assumendo '*conventio*' e '*habere in se*' nei significati tralatzati, rispettivamente, di "consenso" e di "contenere all'interno", un riferimento al rapporto obbligatorio potrebbe apparire una forzatura, tanto di un 'atto obbligante' quanto di un 'rapporto obbligatorio' (s'intende, *ex contractu*) può, invece, ben dirsi che esso "presuppon-

dato: giacché l'uniformità di percezione e volontà (il *consensus*, l'*idem sentire*), che si traduce nel risultato- *conventio*, deve realizzarsi già in ordine alla stessa scelta dello schema contrattuale, prima ancora che sui singoli elementi del complessivo assetto di interessi riversato dalle parti in quello schema.⁵⁵

Nell'ottica qui suggerita si può apprezzare maggiormente il senso pregnante dell'affermazione '*nam et stipulatio, quae verbis fit, nisi habeat consensum nulla est*'. Si è già detto (n. 3) che l'impiego, al suo interno, del termine *consensus* non è in grado di porre in discussione l'oggettiva evidenza del riferirsi di '*conventio*', nel primo segmento dello stesso D. 2.14.1.3, al risultato obiettivo del consenso. Ora si può aggiungere che il fatto che, allo scopo di confermare (*nam*) l'assunto secondo cui non sussiste alcun contratto che non presupponga una determinazione concordata tra le parti (*conventio*), venga addotta la nullità di uno specifico contratto per il caso in cui manchi il presupposto soggettivo di tale determinazione concordata, e cioè il fenomeno interiore del formarsi di una identica percezione e volontà delle parti (*consensus*), è circostanza che ottimamente si coordina con lo specifico puntamento di attenzione, poc'anzi segnalato, di Ulpiano per la *conventio* quale risultato del *consentire in unum*, avente il suo opposto nel *dissentire* quale mancanza di *consensus*.

Siffatto coordinamento, peraltro, mentre da un lato mostra che non sarebbe giustificato dubitare della frase '*nam et stipulatio – nulla est*' per via del semplice fatto che essa esplicita in termini di *consensus* una precedente affermazione imperniata, invece, sul differente concetto di *conventio*,⁵⁶ dall'altro lato lascia impregiudicata la questione della sua riferibilità a Pedio o ad Ulpiano. Potrebbe, infatti, pensarsi che il giurista severiano, dal momento che aveva presentato, nelle battute d'apertura, la *conventio* come oggetto del *consentire* ('*pertinens ad omnia, de quibus ... consentiunt*') e aveva fornito una spiegazione del *convenire* in termini di *consentire in unum* ('*nam sicut – decurrunt*'), avesse aggiunto alle parole di Pedio riguardanti la *conventio* ('*nullum esse – conventionem*') un proprio commento esplicativo

ga" un "contenuto uniformemente concordato". Peraltro, senza il condizionamento costituito dal dover agganciare il *dictum* di Pedio alla definizione labeoniana del *contractus* (*infra*, nt. 65) e dunque all'eventuale uso, in essa, del termine nel senso di atto ('*ultra citroque obligatio*'), tra le due possibilità reputo preferibile attribuire ad '*obligatio*' il significato di "rapporto obbligatorio nascente da un contratto": non già per la preoccupazione di evitare una ridondanza – invero, un rilievo come quello a suo tempo formulato da PEROZZI, *Le obbligazioni romane* cit., 33 nt. 1, «è chiaro che "obligatio" è una tautologia di "contractus"; prolissità inutile, e che stupisce in un classico, ma non in un bizantino», non dovrebbe più avere accoglienza nella ricerca storica, una volta superata la fallace idealizzazione, allora in voga, di un canonizzato e uniforme latino classico contrapposto al latino dei giustinianeî –, ma perché, *in abstracto* (ricordando, cioè, che non conosciamo il contesto originario, che certamente avrà appositamente fondato la scelta espressiva di Pedio), rispetto ad un insistito riferimento all'atto mi parrebbe più incisiva (*elegantèr*) una sottolineatura del fatto che un contenuto concordato sussiste necessariamente in ordine al contratto e dunque in ordine al rapporto che, in base ad esso, lega le parti.

⁵⁵ Si ricordino le parole di Ulpiano '*siue in ipsa et in p t i o n e dissentient siue in pretio siue in quo alio*' (D. 18.1.9 pr.) e la prospettazione, da parte dello stesso giurista, dell'ipotesi '*Si ego qu a s i d e p o n e n s t i b i d e d e r o , t u q u a s i m u t u a m a c c i p i a s*' (D. 12.1.18 pr.).

⁵⁶ Ancora di recente, la questione della genuinità della frase in esame è stata riproposta, e lasciata aperta, da G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 316 ss. (con lett. più antica in nt. 205), proprio in conseguenza del fatto che nell'accostamento tra le frasi '*nullum esse – conventionem*' e '*nam et stipulatio – nulla est*' questo studioso ha riconosciuto, anziché una diversità di piani argomentativi ben compatibili tra loro (la *conventio* e il suo presupposto soggettivo), una «sostituzione di *consensus* a *conventio*» (p. 325), con conseguente prospettazione dell'eventualità che ciò derivi dalla «tendenza dei bizantini ad identificare le nozioni di *consensus* e *conventio*» (p. 317).

che chiamava in causa, appunto, il *consensus* quale fondamento soggettivo della *conventio*. Ma potrebbe anche immaginarsi, invece, che già Pedio avesse consegnato – in relazione all'originario contesto del suo discorso, a noi purtroppo precluso – la complessiva porzione di testo '*nullum esse – nulla est*', comprendente dunque anche il collegamento tra la prospettiva oggettiva della *conventio* e quella soggettiva del *consensus*, e che proprio per questa ragione Ulpiano, riportandola, l'avesse giudicata come formulata efficacemente (*eleganter*): giacché, ai suoi occhi, essa ottimamente si prestava a confermare il collegamento tra *conventio*, *convenire* e *in unum consentire* che egli stesso aveva in precedenza stabilito ('*Conventionis verbum – decurrunt*').

Sempre nel quadro della congettura prospettata può rispettarsi e valorizzarsi la precisazione '*sive re sive verbis fit*' così come pervenuta, senza che sia necessario immaginare un'originaria presenza anche delle parole '*sive litteris*', come qua e là ipotizzato in dottrina⁵⁷ o, addirittura, ritenuto «sicher».⁵⁸ Pedio potrebbe essersi limitato, dando per scontato l'ambito delle *obligationes consensu contractae* (cfr. il '*palam est*' del su trascritto D. 18.1.9 pr.), a considerare le due categorie di operazioni contrattuali rispetto alle quali la questione dell'*idem sentire* doveva essere affrontata con maggiore impegno nella casistica e nella riflessione giurisprudenziale, vuoi per la notevole articolazione e varietà di contenuti che, in codeste operazioni, poteva comporre il complessivo assetto di interessi concordato dalle parti, vuoi per ragioni inerenti alla specificità delle figure contrattuali: con riguardo al contratto che '*re fit*', la pluralità delle *causae* per le quali l'atto in sé neutro della consegna poteva compiersi⁵⁹ esigea piena identità di percezione e volontà tra il dante e l'accipiente già con riguardo alla individuazione stessa della figura contrattuale;⁶⁰ quanto alla *stipulatio*, essa costituiva un tradizionale terreno di elaborazione giurisprudenziale in ordine ad eventuali patologie nel rapporto tra *verba* che dovrebbero realizzare un combaciare tra domanda e risposta adesiva, da un lato, e quanto percepito/voluto da ciascuna delle parti, dall'altro.⁶¹

⁵⁷ Cfr. in tempi recenti, ad es., M. TALAMANCA, *Conventio e stipulatio* cit., 210 ss.; GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' cit., II, 217; C. A. CANNATA, *La nozione di contratto* cit., 27; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione* cit., 341; 351 s.; dubbioso A. SCHIAVONE, *La scrittura di Ulpiano* cit., 136; per la lett. più antica v. i richiami in R. SANTORO, *Il contratto* cit., 199 nt. 104 (contrario, dal canto suo, a questa lettura).

⁵⁸ C. A. CANNATA, *Der Vertrag als zivilrechtlicher Obligierungsgrund in der römischen Jurisprudenz der klassischen Zeit*, in *Collatio Iuris Romani. Études Hans Ankum*, Amsterdam 1995, 66 [ora in L. VACCA (a cura di), *Scritti scelti di diritto romano*, II, Torino 2012, 234].

⁵⁹ Basti richiamare il noto riscontro del carattere neutro di una *datio* offerto da D. 44.7.3.1 (Paul. 2 inst.) '*Non satis est dantis esse nummos et fieri accipientis ut obligatio nascatur, sed etiam hoc animo dari et accipi, ut obligatio constituatur, itaque si quis pecuniam suam donandi causa dederit mihi, quamquam et donantis fuerit et mea fit, tamen non obligabor ei, quia non hoc inter nos actum est*'.

⁶⁰ Cfr. il su trascritto D. 12.1.18 pr.-1, con la prospettazione delle due ipotesi '*Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dederò, tu quasi mutuam accipias*' e '*Si ego quasi deponens tibi dederò, tu quasi mutuam accipias*'.

⁶¹ Cfr. D. 45.1.137.1 (Venul. 1 stip.) '*Si hominem stipulatus sim et ego de alio sensero, tu de alio, nihil acti erit; nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*'; D. 45.1.83.1 (Paul. 72 ad ed. '*Si Stichum stipulatus de alio sentiam, tu de alio, nihil actum erit; quod et in iudiciis Aristo existimavit. Sed hic magis est, ut si petitus videatur, de quo actor sensit, nam stipulatio ex utriusque consensu valet...*'); I. 3.19.23 '*Si de alia re stipulator senserit, de alia promissor, perinde nulla contrahitur obligatio, ac si ad interrogatum responsum non esset*'. Su questi testi cfr. la ricca bibl. richiamata in G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 327 ss. ntt. 237-239, cui adde la ricerca, di poco successiva, di J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit* cit., 137 ss.; 144 s. Il brano conservato nel manuale imperiale si distingue dai primi due in quanto il mancato prodursi

Resta, naturalmente, aperta la possibilità che, piuttosto, la scelta di menzionare solo queste due aree contrattuali fosse più immediatamente ancorata alla specifica tematica e alla specifica questione, purtroppo a noi ignote,⁶² affrontate nell'originario contesto del discorso di Pedio.

Mi fermo qui. La lettura che si è prospettata in queste pagine appare, com'è evidente, meno significativa, sul piano della ricostruzione storica delle dottrine e dei nessi tra posizioni di singoli giuristi, rispetto a molte interpretazioni presenti in letteratura: penso, in particolare, ai collegamenti instaurati, sul parametro del consensualismo, tra Pedio, Giuliano e Gaio⁶³ e, per altro verso, alle varie declinazioni di un ipotizzato rapporto diretto tra il *dictum* di Pedio e le affermazioni di Labeone conservate in D. 50.16.19 (Ulp. 11 *ad*

dell'*obligatio* non è (almeno, non lo è esplicitamente) collegato ad una assenza di *consensus*, bensì è argomentato con una equiparazione al caso di mancata risposta; nondimeno, il brano attesta comunque la rilevanza della questione della non-uniformità tra le percezioni dei contraenti. Tradizionalmente la chiusura di D. 45.1.137.1 '*nam stipulatio ex utriusque consensu perficitur*' è stata considerata di fattura bizantina sulla base dell'argomento secondo cui «per i giuristi classici la *stipulatio* si perfezionava *verbis* e non *consensu*» (così, da ultimo, G. ROMANO, *Conventio e consensus* cit., 327; v.a., sostanzialmente, J. D. HARKE, *Si error aliquis intervenit* cit., 139 e 143). Tuttavia, nel brano di Venuleio non è in questione l'astratta descrizione della struttura della *stipulatio* in chiave di dialettica tra *verba* e accordo (in senso astratto): piuttosto, la specifica angolazione del discorso è quella della mancata coincidenza del *sentire* delle parti su uno stesso punto, con la conseguenza che, nonostante la pronunzia dei *verba*, '*nihil actum est*' (non si configura alcun accordo tra le parti) e il giurista sottolinea la necessità di tale coincidenza (*consensus*) a che si configuri un accordo e, quindi, a che la *stipulatio* possa considerarsi efficacemente conclusa e cioè esista giuridicamente (*perficitur*: cfr. l'equivalenza, nel su trascritto D. 18.1.9 pr., tra '*emptio imperfecta est*' ed '*emptio nulla est*'). A queste attestazioni va aggiunta l'indicazione che, *a contrario*, offre Ulpiano (47 *ad Sab.*) in D. 45.1.32 '*Si in nomine servi, quem stipularemur dari, erratum fuisset, cum de corpore constitisset, placet stipulationem valere*'. Un collegamento tra i brani di Venuleio e di Paolo (D. 45.1.137.1; 45.1.83.1) e la notazione di D. 2.14.1.3 '*nam et stipulatio – nulla est*' (attribuita ad Ulpiano) nel quadro della dialettica '*consensus – error*' era già in H. FRITSCHKE, *Untersuchung* cit., 66 s. e in E. BETTI, *Sul valore dogmatico* cit., 47. Nell'ottica che si prospetta nel testo, la precisazione '*quae verbis fit*', in passato giudicata sospetta per la sua presunta banalità, appare funzionale a rimarcare la necessità del *consentire in unum* in aggiunta alla congruità tra *verba* interrogativi e *verba* adesivi imposta dalla struttura formale dell'atto.

Dal canto suo, R. FERCIA, *Il fieri della fattispecie contrattuale* cit., § 1 *in fine*, il quale, pure, aveva intravisto un possibile collegamento tra la riflessione di Pedio e la prospettiva del *consensus* quale uniforme *sentire* tra le parti (*supra*, nt. 50), ha proposto una spiegazione del circoscritto riferimento '*sive re sive verbis*' che, invece, si riporta alla tradizionale lettura del *dictum* Pedii come attinente al rapporto tra l'accordo astrattamente considerato quale requisito interno al contratto e la *res* e i *verba* quali elementi perfezionatori dello stesso: «Pedio [...] evidentemente insisteva sul *sive re sive verbis fieri* con specifica attenzione per le ipotesi percepite come più problematiche, vale a dire quelle per cui il riconoscimento dell'*habere in se conventionem* dell'*obligatio contracta* poteva ormai risultare 'mascherato' dal formalismo procedimentale».

⁶² Sarebbe improduttivo, al riguardo, avventurarsi in congetture o inseguire suggestioni come quelle, ad es., che potrebbero provenire dal tema della *condictio* – valga per tutte una notazione quale '*quoniam igitur ex omnibus contractibus haec certi conductio competit, sive re fuerit contractus factus sive verbis sive coniunctim...*' (D. 12.1.9.3 – Ulp. 26 *ad ed.*) – o dal misterioso cenno (genuino?) di D. 44.7.52.3 (Mod. 2 *reg.*) '*re et verbis pariter obligamur, cum et res interrogationi intercedit, consentientes in aliquam res*'.

⁶³ Oltre ai contributi di Gallo e Sargenti citati *supra*, in nt. 18, cfr., ad es., con specifico riferimento al rapporto con Gaio, le pagine di SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani* cit., 128 ss. e, più di recente, di L. GAROFALO, *Contratto, convenzione e obbligazione* cit., 369 ss.; ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scambio e gratuità. Confini e contenuti dell'area contrattuale*, Padova 2011, 52 ss.

ed.).⁶⁴ Ma è la sola proposta che mi sento di avanzare muovendo dai due dati poc'anzi schematicamente indicati *sub a*) e *b*), e cioè muovendo dal significato di '*conventio*' in senso oggettivo che è necessario riconoscere nell'incipit del paragrafo e dalla specifica e apposita funzione che, con omogenea prospettiva concettuale, svolge la citazione pediana;⁶⁵

⁶⁴ Il testo è notissimo: '*Labeo libro primo praetoris urbani definit, quod quaedam agantur, quaedam gerantur, quaedam contrahantur: et actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur, ut in stipulatione vel in numeratione: contractum ultro citroque obligationem, quod Graeci συνδύλαγμα vocant, velut emptionem venditionem locationem conductionem societatem: gestum rem significare sine verbis factam*'. In particolare, le parole di Pedio sono variamente intese come una rettifica o come una precisazione o come una esplicitazione in ordine alla presenza del consenso nelle figure menzionate da Labeone all'interno delle categorie dell'*actus* e del *contractus*: mi limito a richiamare, su questo profilo specifico, A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche* cit., 131 ss.; P. CERAMI, *D.2.14.5* cit., 198 s.; R. SANTORO, *Il contratto* cit., 191 ss., spec. 205 s.; F. GALLO, *Eredità di Labeone in materia contrattuale*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale* (Milano 1987), I, Milano 1988, 52 s. (ora in *Le dottrine del contratto* cit., 152 s.); A. BURDESE, *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti del Seminario sulla problematica contrattuale* cit., 26 ss. (ora in *Le dottrine del contratto* cit., 125 s.); C. A. CANNATA, *Der Vertrag* cit., 66 (*Scritti scelti* cit., 233 s.); ID., *La nozione di contratto* cit., 33 ss.; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione* cit., spec. 344 ss.; ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale* cit., 49 ss.; ID., *Teoriche del contratto nella giurisprudenza classica, in Diritto romano fra tradizione e modernità* (Atti Congresso Shangai 2014), Pisa 2017, 207 ss.; R. FIORI, *The Roman Conception* cit., 55 s.

⁶⁵ Se da parte mia si è evitato di percorrere le due piste d'indagine, pur intensamente battute in dottrina, alle quali ho accennato nel testo, è, appunto, perché non ritengo che possa essere accolto il loro presupposto di fondo, costituito dall'assunto che in D. 2.14.1.3 '*conventio*' significhi consenso, accordo. Ma con riguardo alla pista consistente nella lettura del *dictum* di Pedio in funzione delle notazioni labeoniane di D. 50.16.19, la rinuncia è dipesa anche da un'altra considerazione e cioè dal fatto che a me sembra che non vi siano ragioni oggettivamente apprezzabili che portino di necessità a leggere le parole di Pedio come formulate da questo giurista avendo presente la posizione di Labeone ed intervenendo su di essa. Invero, anche là dove ci si è specificamente impegnati a fondare con argomenti appositi questo modello interpretativo – il riferimento è alle dense pagine di R. SANTORO, *Il contratto* cit., 187 ss.; 198 ss. –, non sono emerse indicazioni cogenti e univoche in tale direzione. In particolare: come non è sicuro che anche Pedio, al pari di Ulpiano, stesse commentando l'editto sui patti (cfr. *supra*, su nt. 42) e dunque avesse direttamente dinanzi agli occhi il corrispondente luogo dell'*ad edictum* labeoniano, nel quale sarebbe stata contenuta la definizione di contratto (p. 203), così non vi sono ragioni per assegnare a Pedio, anziché ad Ulpiano, il riferimento al '*convenire ex diversis locis in unum*' (p. 202), che riecheggerebbe l'*ultro citroque*' labeoniano inteso come esprime il consenso (quale incontro di volontà dall'una e dall'altra parte); e così ancora, la presenza del '*consentiunt*' nell'affermazione iniziale di D. 2.14.1.3 (la cui attribuzione a Pedio è, peraltro, anch'essa non dimostrata: *supra* n. 2), anziché comportare, in quanto già le parole *inter se agunt* indicherebbero l'accordo, una tautologia, che si giustificerebbe immaginando una sollecitazione indotta dal richiamo al consenso ipotizzato per l'*ultro citroque* labeoniano (p. 204 s.), ben può svolgere, piuttosto, l'autonoma funzione di esprimere specificamente il profilo del *sentire in idem* tra coloro che pongono in essere il negozio (*supra*, nel testo); d'altra parte, che nel *dictum* di Pedio il termine '*obligatio*' alluda all'atto obbligante, anziché al rapporto obbligatorio (e rifletta, pertanto, l'analogo impiego nella definizione labeoniana), è assunto sulla base di due presupposti, e cioè il significato di '*conventio*' come consenso (p. 196 e 199 s.) e il significato di '*habere in se*' come 'avere al suo interno' (p. 16 e 199: solo di un atto, e non anche di un rapporto obbligatorio, potrebbe dirsi che abbia al suo interno il consenso), dei quali, però, il primo non può essere accolto, il secondo non è sicuro (potendo '*habere in se*' esprimere una prospettiva differente: *supra*, su nt. 36 e in nt. 54); ancora, la derivazione della disgiuntiva '*sive re sive verbis fit*' dalle parole labeoniane '*actum quidem generale verbum esse, sive verbis sive re quid agatur*' (p. 199 ss.) postula l'accoglimento dell'idea che Pedio abbia riletto l'operazione teorico-sistematica di Labeone sostituendo alla categoria generale '*agere*' la categoria generale '*conventio*' (p. 201 s.): senonché, oltre al punto debole costituito dalla presupposta equiparazione *conventio*-consenso, la struttura stessa dell'af-

ed è la lettura congetturale che reputo, pur con l'insopprimibile quota di soggettività di ogni proposta interpretativa, meno arbitraria di fronte a ciò che degli originari ragionamenti di Ulpiano e di Pedio è stato conservato dai compilatori.

fermazione pediana porta a riferire la disgiuntiva non già all'elemento-'*conventio*', bensì a '*contractus*' e '*obligatio*' (cfr. anche il riferimento del medesimo verbo '*fit*' alla *stipulatio* nella frase '*nam et stipulatio – nulla est*', specie ove quest'ultima risalga a Pedio): e, ciò, ulteriormente, segna la distanza tra il '*sive verbis sive re*', che Labeone riferiva alla generalità dell'agire negoziale, compresi gli atti con effetti reali e gli atti con efficacia estintiva, e una disgiuntiva che, invece, Pedio circoscrive ai soli contratti e che nulla impedisce di immaginare, piuttosto, autonomamente concepita in relazione a concrete questioni concernenti la conclusione dei contratti riconducibili a quelle due aree (una possibile questione, legata al realizzarsi dell'*idem sentire*, si è congetturalmente suggerita in queste pagine), affrontate nell'originario, ignoto contesto pediano; che, infine, Pedio abbia deciso di esemplificare con un riferimento alla *stipulatio* – sempre che l'esemplificazione non si debba, invece, ad Ulpiano – è circostanza che, come si è appena detto nel testo (su nt. 61), può ad esempio agevolmente spiegarsi con il tradizionale rilievo che, nella riflessione giurisprudenziale, aveva il fenomeno del possibile scarto tra adesività della risposta e non uniformità di percezione e volontà tra *promissor* e *stipulator*, senza necessità di pensare ad una dipendenza dalla menzione labeoniana della *stipulatio* a proposito della categoria sistematica dell'*actus* (p. 202). A trattenermi, infine, dalla strada del coordinamento tra il pensiero dei due giuristi è stata, altresì, a monte, l'ulteriore circostanza che la stessa definizione labeoniana del *contractus*, che dovrebbe costituire un punto di riferimento fermo in relazione al quale valutare la posizione di Pedio, appare tutt'altro che incontrovertibile in relazione ad alcuni suoi elementi essenziali (contesto originario, significato delle parole '*ultra citroque*', assunzione di '*obligatio*' come atto o come rapporto: cfr. la discussione critica appositamente svolta, per il primo elemento, da G. FINAZZI, *Ricerche in tema di negotiorum gestio*, II.1 *Requisiti delle actiones negotiorum gestorum*, Cassino 2003, 84 ss., e per gli altri due, da R. FIORI, '*Contrahere*' in Labeone, in *Carmina iuris. Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris 2012, 311 ss.).

SALVATORE SCIORTINO
(Università di Palermo)

Le costituzioni superflue del Codice di Giustiniano, secondo Taleleo

ABSTRACT

Justinian, in the introductory constitutions of the *Digesta*, the *Institutiones* and the *Codex*, declares that he wants to pursue, among other things, the result of a *ius certum*, removing *leges* considered superfluous or redundant. However, by investigating *Thalelaeus'* commentary on the *Codex* it is possible to trace back to seven constitutions considered superfluous by this *antecessor*. The paper reflects on the ways in which the Justinian compilers have pursued the aim of legal certainty; furthermore, the research points out the practical suggestions that were given in the antecessors' courses.

PAROLE CHIAVE

Certezza del diritto; *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*; commento di Taleleo al Codice di Giustiniano; antecessori; insegnamento del diritto.

LE COSTITUZIONI SUPERFLUE DEL CODICE DI GIUSTINIANO, SECONDO TALELEO*

SOMMARIO: 1. L'eliminazione dei provvedimenti superflui quale direttiva impartita da Giustiniano ai commissari incaricati di redigere il *Codex Iustinianus repetitae praelectionis*. – 2. La valutazione circa l'utilità delle costituzioni del codice da parte di Taleleo: esame di C. 2.6.6.5 (a. 368). – 3. Esame di C. 1.51.7 e C. 2.7.4 (a. 422). – 4. Esame di C. 2.7.15 (a. 472) e C. 2.7.16 (a. 474). – 5. Esame di C. 2.18(19).3 (a. 199). – 6. Esame di C. 6.58.2 (a. 239). – 7. Riflessioni conclusive.

1. L'ELIMINAZIONE DEI PROVVEDIMENTI SUPERFLUI QUALE DIRETTIVA IMPARTITA DA GIUSTINIANO AI COMMISSARI INCARICATI DI REDIGERE IL *CODEX IUSTINIANUS REPETITAE PRAELECTIONIS*.

Ogni opera di codificazione del diritto persegue ovvie finalità di certezza; così, non stupisce che anche il *Codex Iustinianus repetitae praelectionis* abbia trovato tra i suoi motivi ispiratori l'esigenza di fornire agli operatori del diritto dei tempi di Giustiniano una raccolta di costituzioni imperiali funzionale all'impiego nei tribunali e completa, dotata cioè di tutti i provvedimenti ritenuti utili alla luce dello stato del diritto del VI secolo d.C.¹

* Dedico affettuosamente al Professore Marrone in occasione del Suo novantesimo compleanno.

¹ Sulle esigenze di certezza che mossero l'azione legislativa di Giustiniano, volta a raccogliere e ordinare i materiali ancora utili del passato, da un lato, e farsi interprete delle nuove istanze provenienti dalla pratica del diritto, dall'altro lato, vd.: M. BIANCHINI, *Osservazioni minime sulle costituzioni introduttive alla compilazione giustiniana*, in *Studi in memoria di Guido Donatuti*, I, Milano 1973, 123 s.; F. GALLO, *La codificazione giustiniana*, in *Index* 14, 1986, 34 ss., il quale mette il luce come la certezza del diritto non fu il fine ultimo perseguito da Giustiniano, ma solo il mezzo per il conseguimento di scopi pratici di buon governo. In particolare, un diritto 'certo' avrebbe diminuito le occasioni di controversie e avrebbe permesso ai giudici una rapida e corretta decisione delle liti; S. PULIATTI, *Officium iudicis e certezza del diritto in 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, 56. Per un inquadramento generale della legislazione di Giustiniano, con particolare riferimento ai progetti dei due Codici, cfr. G. G. ARCHI, *Studi sulle relazioni tra la legislazione di Giustiniano (528-534) e la codificazione di *leges* e *iura**, in *SDHI* 59, 1993, 1-173, lavoro in cui lo studioso seleziona un'intera categoria di *leges* volte ad incrementare la certezza del diritto; ID., *Le codificazioni postclassiche*, in M. SARGENTI, G. LURASCHI (a cura di), *La certezza del diritto nell'esperienza giuridica romana. Atti del Convegno Pavia 26-27 aprile 1985*, Padova 1987, 149 ss. (= *Diritto e storia. L'esperienza giuridica di Roma attraverso le riflessioni di antichisti e giusromanisti contemporanei. Antologia*, a cura di A. CORBINO con la collaborazione di F. MILAZZO, Padova 1995, 185 ss.), contributo nel quale lo studioso dedica un apposito paragrafo (intitolato *Nuovi aspetti del problema della certezza con l'avvento dell'epoca di Giustiniano*) proprio al problema della certezza del diritto come fine perseguito da Giustiniano. Ciò, ad

Tuttavia, occorre sottolineare la speciale prospettiva dalla quale Giustiniano – ormai *tam conditor quam interpret legum solus*² – inquadri la questione della certezza del diritto. Come risulta particolarmente evidente dall'analisi della legislazione novellare,³ Giustiniano ammette che per assicurare un diritto certo non sia sufficiente un'opera di codificazione valida una volta per tutte, ma occorra un continuo impegno del legislatore il quale, come un medico, avrebbe dovuto adattare il suo operato alle condizioni del momento.⁴

A prescindere dalla valutazione finale da parte dello stesso Giustiniano sull'operato delle commissioni che si occuparono di redigere le tre parti del *Corpus Iuris*, e specificamente il Codice,⁵ risultano particolarmente significative, da questa angolazione, le direttive im-

esempio, per rendere autentici i testi da esibire e da cui trarre le *recitationes* da esporre in giudizio. Lo studioso non manca di notare anche una intima contraddizione nel modo in cui Giustiniano presenta il problema della certezza del diritto ai suoi tempi: da un canto, il diritto è ormai divenuto una *ars finita* (*const. Omnem* 5), ma sia nelle *Novellae* sia nei *Digesta* si dice che il diritto, per la *humana condicio* cui è connesso, si evolve e quindi la sua finitezza deve essere letta anche in relazione a quest'ultima esigenza. Su questi aspetti cfr. ancora A. M. GIOMARO, *Il Codex repetitae praelectionis*, Roma 2001, 31 nt. 41 e 53.

² C. 1.14.12.5 (a. 529). Su Giustiniano, unico creatore e interprete del diritto vd.: G. G. ARCHI, *Nuovi valori e ambiguità nella legislazione di Giustiniano*, in *Studi sulle fonti del diritto nel tardo impero romano. Teodosio II e Giustiniano*, Sassari 1987, 179 ss.; U. VINCENTI, *Il valore dei precedenti giudiziali nella Compilazione giustiniana*², Padova 1995, 5 ss.; V. GIUFFRÉ, *Dall'imperatore «legge vivente» alla identificazione del diritto con la legge*, in *SCDR* 20-21, 2007-2008, 233 ss.; G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'imperatore unico creatore ed interprete delle leggi e l'autonomia del giudice nel diritto giustiniano*, Milano 1983, 34 ss.; E. QUADRATO, *Legislator. Dal legem ferre al leges condere*, Bari 2014, 109 ss. Per l'impiego dell'espressione *legis lator* nella legislazione giustiniana vd. G. VALDITARA, *Gai. 3,218 – I. 4,3,15 e l'evoluzione del concetto di legislator*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor Filippo Gallo*, II, Napoli 1997, 481 ss. (= *Studi di diritto pubblico romano*, Torino 1999, 111 ss., paginazione che abbiamo seguito).

³ Particolarmente analizzata da questa prospettiva da G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, Napoli 1984.

⁴ Nella *praefatio* di Nov. 111 Giustiniano si paragona ad un medico che deve di continuo modificare i medicamenti a seconda della situazione: *quod medicamenta morbis, hoc exhibent iura negotiis. Unde consequitur, ut nunquam a iudicio discordet effectus, et quod credebatur coniectura prodesse, experimento invenitur inutile*. In particolare, G. G. ARCHI, *La legislazione di Giustiniano e un nuovo vocabolario di questo imperatore*, in *SDHI* 42, 1976, 7 ss. (= *Scritti di diritto romano*, III. *Studi di diritto penale. Studi di diritto postclassico e giustiniano*, Milano 1981, 1943 ss., paginazione che abbiamo seguito) mette a confronto la legislazione del V secolo, che mirava ad essere tendenzialmente definitiva, e la legislazione giustiniana, da cui traspare chiara – come nei proemi di Novv. 7, 22, 60, 73, 111 e 143 – l'esigenza di un costante rinnovamento, anche a costo di sostituire precedenti costituzioni emesse dallo stesso legislatore. Cfr. inoltre dello stesso studioso: *I principi generali del diritto. Compilazione teodosiana e legislazione giustiniana. Principi generali del diritto. Roma 27-29 maggio 1991*, in *Atti dei Convegni Lincei*, 96, 1992, 127 ss. (= *SDHI* 57, 1991, 124 ss.) (= *Scritti di diritto romano*, IV. *Il lascito dell'esperienza giuridica del V e VI secolo*, Milano 1995, 42 ss., paginazione che abbiamo seguito). Sull'opportunità di continui interventi da parte del legislatore vd. R. MARTINI, *Giustiniano «contestato»?*, in *Studi in onore di Gaetano Scherillo*, II, Milano 1973, 762 ss.

⁵ G. LANATA, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane* cit., 27 ss., segnala le Novelle dalle quali traspare una certa insofferenza da parte di Giustiniano per i mancati effetti che egli si aspettava di ottenere dai testi inseriti nella Compilazione. Questi invece, già l'anno successivo alla pubblicazione del Codice, non di rado, risultano disapplicati o equivocati (come si mette in luce in Nov. 1 del 535 d.C., in materia testamentaria), a causa della scarsa coerenza e perspicuità delle leggi inserite nel Codice, nonché dello stato confuso e disordinato del materiale normativo preesistente. Con specifico riferimento al Codice (72 ss.), la studiosa osserva che esso trovò una scarsa applicazione, come dimostrano le frequenti Novelle che vengo-

partite dalla *constitutio Cordi*; esse sono ispirate ad un chiaro intento semplificatorio della legislazione precedente, animato dalla volontà di mettere ordine tra le costituzioni del *Novus Codex* e la legislazione successiva, comprendente le *quinquaginta decisiones* e le *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes*. Tanto più, poi, tali direttive sono rilevanti, in quanto si riferiscono al Codice, che all'interno della compilazione aveva maggiore vocazione pratica, rispetto al Digesto e alle Istituzioni.⁶

In particolare, il terzo paragrafo della *constitutio Cordi* impartisce ai commissari la precisa direttiva consistente nell'eliminare le costituzioni superflue, alla luce della legislazione successivamente intervenuta; nonché di eliminare le costituzioni simili o contrarie fra loro. Inoltre, i commissari incaricati di redigere il Codice avrebbero dovuto separare, naturalmente se opportuno, costituzioni che si presentavano unite nella prima edizione del Codice e correggere le imperfezioni dei testi, al fine di gettare nuova luce sulla precedente oscurità che avvolgeva sia la materia delle *leges* sia il contenuto delle Istituzioni e del Digesto, affinché il Codice risultasse chiaro e privo di costituzioni simili, contraddittorie o cadute in desuetudine:

*const. Cordi 3: Supra dictis itaque magnificis et prudentissimis viris permisimus haec omnia facere et, si qua emendatione opus fieret, hanc facere non titubante animo, sed nostra auctoritate fretos, constitutiones vero superfluas vel ex posterioribus sanctionibus nostris iam vacuatas, vel si quae similes vel contrariae invenirentur, circumducere et a prioris codicis congregatione separare et tam imperfectas replere quam nocte obscuritatis obductas nova eliminationis luce reterege: ut undique non solum institutionum et digestorum via dilucida et aperta pateret, sed etiam constitutionum nostri codicis plenum iubar omnibus clareat: nulla penitus nec simili, nec diversa, nec inusitata relictā.*⁷

Dalle parole stesse di Giustiniano, dunque, traspare un preciso intento di politica legislativa volto ad assicurare la certezza del diritto – tra l'altro – mediante l'eliminazione dal Codice di testi superflui o, comunque, superati dalla legislazione successiva: *constitutiones vero superfluas vel ex posterioribus sanctionibus nostris iam vacuatas*.

no ripetute nel corso del tempo, forse per arginare la disapplicazione delle costituzioni imperiali del Codice, come accade per le Nov. 22, 66 e 119. Né mancano nelle Novelle espressioni critiche nei confronti dell'attività legislativa precedente, e specificamente del Codice (fonti indicate a p. 91 s. ntt. 113-114), a causa del suo scarso contributo in termini di chiarezza delle leggi (101). Di conseguenza, diverse Novelle sono presentate come volte ad introdurre chiarezza a posto dell'oscurità, ordine a posto della confusione, esattezza a posto della precedente imprecisione (94). La studiosa (104 s.) attribuisce proprio alla smania innovatrice di Giustiniano, appositamente stigmatizzata da Procopio, la scarsa eco che la compilazione ebbe tra i contemporanei: il continuo cambiamento e sovvertimento delle precedenti leggi aveva finito per creare in età giustiniana, paradossalmente, uno stato di incertezza giuridica permanente.

⁶ N. VAN DER WAL, *La codification de Justinien et la pratique contemporaine*, in Labeo 10, 1964, 220 ss., sostiene che, mentre l'insegnamento delle scuole d'Oriente era stato piuttosto estraneo alla pratica del diritto di età tardo antica, Giustiniano tentò di ristabilire il vigore reale delle regole di diritto classico contenute nella compilazione. Tuttavia, lo studioso olandese adduce fonti, sia giuridiche sia papirologiche, in grado di attestare che tale tentativo fallì di fronte alle resistenze della pratica di seguire le regole di diritto classico, principalmente rinvenibili nel Digesto e nelle Istituzioni. Se, dunque, possono discutersi i limiti entro i quali il Digesto trovò applicazione giudiziaria, non vi sono dubbi circa la vocazione pratica del Codice.

⁷ Sul provvedimento vd. M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e Giustiniano*, II.2, Perugia 2007, 461 ss.

A soli due anni di distanza dalla pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis*, Giustiniano avrebbe affermato che i compilatori del Codice avevano eliminato le parti superflue dei testi raccolti. Così accade nella *praefatio* di Nov. 19 dell'anno 536, una costituzione greca, che riportiamo in traduzione latina: *ab universa vero illa coacervatione legum in Codicem, qui a nobis nomen traxit, merito haec resecari iussimus, ne superflua multitudo in libris illis scriberetur*.⁸

Del resto, anche in occasione della pubblicazione del Digesto, Giustiniano aveva incaricato i compilatori di eliminare dai testi dei giuristi classici tutto ciò che di *supervacuum*, *imperfectum* o *minus idoneum* si fosse rinvenuto, sia sul piano dei contenuti giuridici sia sul piano della forma linguistica:

const. Tanta 10: ... *hoc tantummodo a nobis effecto ut, si quid in legibus eorum supervacuum vel imperfectum vel minus idoneum visum est, vel adiectionem vel deminutionem necessariam accipiat et rectissimis tradatur regulis*.⁹

E ancor prima, con la costituzione *Summa rei publicae*, con la quale venne promulgato il *Novus Codex Iustinianus*, rinveniamo il medesimo intento dell'imperatore, volto a rendere il sistema di diritto risultante dal Codice appena pubblicato, quanto più possibile funzionale ad una chiara soluzione delle controversie da parte dei giudici, proprio mediante l'eliminazione dei testi che risultavano ormai inutili, perché superati dalla legislazione successiva:

const. Summa rei publicae 1: ... *tollendis quidem tam praefationibus nullum suffragium sanctioni conferentibus quam contrariis constitutionibus, quae posteriore promulgatione vacuae sunt, similibus etiam praeter eas, quae eadem paene sanciendo divisionem iuris aliquam facere noscuntur, ex qua dividendo vetera novum aliquid nasci videtur multis in super aliis ad rectam huius codicis compositionem pertinentibus, iisdem prudentissimis viris a nostro nomine mandatis*.¹⁰

In particolare, Giustiniano impartisce ai commissari il compito di eliminare: (1) le *praefationes* ritenute non pertinenti alla intelligenza dei testi; (2) le costituzioni tra loro contrarie, rese inutili dalla successiva legislazione nel frattempo intervenuta; (3) le costituzioni tra loro simili, salvo quelle che con una stessa sanzione accennano ad una divisione

⁸ Sulla costituzione, dalla prospettiva di nostro interesse, vd. R. BONINI, *Interpretazioni della pratica ed interpretazioni autentiche nel Codice e nelle Novelle giustinianee*, Milano 1968, 257 ss., lavoro in cui lo studioso analizza le reazioni della pratica di fronte a certe riforme introdotte da Giustiniano, specialmente per contrastare il fenomeno dell'elusione delle norme legislative a causa di imperfezioni nella tecnica codificatoria.

⁹ Sul testo, dalla specifica prospettiva della certezza del diritto perseguita da Giustiniano, vd.: M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza*, II.2 cit., 164 ss.; J. H. A. LOKIN, *Il futuro della critica interpolazionistica. Riflessioni sulla costituzione Tanta § 10*, in G. LANATA (a cura di), *Il tardoantico alle soglie del Duemila. Diritto, religione, società. Atti del Quinto Convegno Nazionale dell'Associazione di Studi Tardoantichi*, Pisa 2000, 67 ss. [= T. E. VAN BOCHOVE (a cura di), *Analecta groningana ad ius graeco-romanum pertinentia*, Groningen 2010, 36 ss.].

¹⁰ Sulle esigenze di certezza del diritto che avevano ispirato Giustiniano in occasione della composizione del *Novus Codex*, cfr. M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e Giustiniano*, II.1, Perugia 2001, 27 s., 31, 55 ss., 73 s.

del diritto dalla quale sembra nascere qualcosa di nuovo. Ciò è del tutto conforme alle indicazioni contenute nella costituzione *Haec quae necessario*, nella quale (§ 2) troviamo la precisa indicazione, rivolta ai commissari, di comporre leggi certe e scritte in poche parole, sulla base del materiale normativo contenuto nei tre precedenti codici: *Quibus specialiter permisimus resecatis tam supervacuis ... certas et brevi sermone conscriptas ex isdem tribus codicibus, novellis etiam constitutionibus leges componere* rell.

Infine, sempre procedendo a ritroso nel tempo, anche Teodosio, con la costituzione del 435 d.C. con la quale aveva conferito il secondo incarico per la redazione *codex Theodosianus*, da un lato, aveva invitato i commissari ad eliminare le *praefationes* ritenute superflue rispetto al contenuto giuridico del testo,

CTh. 1.1.6 pr.: *et circumcisis ex quaque constitutione ad vim sanctionis non pertinentibus, solum ius relinquatur*,

e dall'altro, l'imperatore aveva autorizzato i commissari ad adattare i testi delle costituzioni, anche eliminando le parole ritenute superflue:

CTh. 1.1.6.1: *Quod ut brevitate constrictum claritate luceat, adgressuris hoc opus et demendi supervacanea verba et adiciendi necessaria et demutandi ambigua et emendandi incongrua tribuimus potestatem* rell.¹¹

1.1. Alla luce dei riscontri finora addotti, dunque, dovremmo aspettarci l'assenza nel Codice di testi superflui, di costituzioni inutili o non applicabili nei tribunali di Costantinopoli ai tempi di Giustiniano: essi avrebbero solo complicato l'attività dei giudici di fornire soluzioni univoche alle controversie giudiziarie, sulla base del materiale normativo contenuto nella Compilazione. Eppure, un esame – che non ci risulta essere mai stato condotto, neppure da chi si è occupato del tema della effettività sul piano pratico delle regole e dei principi contenuti nella Compilazione¹² – un esame, dicevamo, sui commenti che l'an-

¹¹ Su testo, cfr., per tutti, G. FALCONE, *Teodosio II e la «compendiosa divalium constitutionum scientia»*, in SCDR 28, 2015, 357 s. Sulle esigenze di certezza del diritto quali motivi ispiratori della codificazione teodosiana vd. L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 333 ss., 346 ss.

¹² F. WIEACKER, *Antecessores. Rechtsunterricht im Zeitalter Justinians*, in *Festschrift für H. Niederländer zum siebzigsten Geburtstag am 10. Februar 1991*, Heidelberg 1991, 215 ss.; ID., *Πόνοι τῶν διδασκάλων. Leistung und Grenzen der frühen oströmischen Rechtswissenschaft*, in *Beiträge zur europäischen Rechtsgeschichte und zum geltenden Zivilrecht*, in *Festgabe für Johannes Sontis*, München 1977, 53-89; J. H. A. LOKIN, *Reading Basilica cum Scholiis: 11.2.4 und 5*, in I. PIRO (a cura di), *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, *Atti della 51a Sessione della SIHDA*, Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997, Soveria Mannelli 1999, 397 ss.; B.H. STOLTE, *Legal Practice in Justinian's Time: the Scholia on the Basilica*, in *Règle et pratique du droit* cit., 525 ss., i quali ultimi due studiosi hanno segnalato alcuni scolii significativi circa l'attenzione posta dai giuristi bizantini alla pratica forense del VI secolo. A questi riscontri si può aggiungere lo sch. 8 ad B. 8.2.85 = C. 2.12(13).11 (BS I 150/13-16; Hb. I 407), testo in cui Taleleo motiva la geminazione in altro luogo del Codice della costituzione contenuta in C. 5.61.1, con la necessità di agevolare la *recitatio* del testo, evidentemente nel corso dei processi di età giustiniana. Sullo scolio vd. S. SCIORTINO, *Conjectures regarding Thalelaios' Commentary on the Novus Codex*, in SG 9, 2014, 171 s. In termini generali, sulla portata della codificazione di Giustiniano nella pratica del diritto del VI secolo d.C. cfr., infine, P. E. PIELER, *Die justinianische Kodifikation in der juristischen Praxis des 6. Jahrhunderts*, in *Legislazione, cultura giuridica* cit., 211 ss., anch'egli convinto della effettività delle regole contenute nelle varie parti della Compilazione.

tecessore Taleleo ebbe modo di dedicare alle costituzioni accolte nel Codice, sembra smentire tale assunto.

Naturalmente, lo stato frammentario in cui ci è pervenuto il commento di Taleleo al Codice¹³ non permette di esprimere un giudizio complessivo su quanti testi ‘superflui’ a parere di questo antecessore si riscontrino nel *Codex repetitae praelectionis*. Constatiamo che i sette riscontri rinvenuti ci sembrano un numero sufficiente per dire che l'intento di Giustiniano di concepire un Codice privo di provvedimenti superati non possa dirsi del tutto riuscito. Non mancano, in altri termini, testi di costituzioni imperiali il cui accoglimento nel Codice desta forti perplessità, perché esse appaiono non più attuali o superate dalla legislazione successiva.

Un dato è certo: Taleleo, al momento di spiegare, di volta in volta, le *leges* ai suoi studenti si poneva il problema della loro utilità pratica; l'antecessore esponeva il suo punto di vista circa l'applicabilità delle costituzioni analizzate nella pratica forense. Colpisce, in particolare, lo sforzo interpretativo compiuto da Taleleo il quale, anche di fronte ad un testo apparentemente superfluo, tenta di recuperarne l'utilità, proponendo una interpretazione capace di renderlo ancora applicabile nel contesto normativo vigente nel VI secolo d.C.

Al termine della ricerca di cui stiamo per dare conto cercheremo di comprendere perché i compilatori del Codice – che pure ricevettero chiare istruzioni in questo senso – si convinsero comunque a recepire alcuni testi effettivamente superflui, come è possibile riscontrare almeno nei casi ai quali sono dedicati i successivi paragrafi (§§ 2-6). Ne trarremo

¹³ A Taleleo si deve il più ampio commentario al Codice di Giustiniano (τὸ πλᾶτος τοῦ Κώδικος) che ci è pervenuto in modo frammentario attraverso gli scolii antichi ai Basilici. Come dimostrato da autorevole dottrina [A. BERGER, *Studies in the Basilica*. I. *To kata podas*, in BIDR 55-56, 1952, 66 ss.; N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du Code de Justinien*, 's-Gravenhage 1953; H. J. SCHELTEMA, *Subseciva VII. Der Kodexunterricht des Thalelaeus*, in TR 31, 1963, 97 s. (= *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningue 2004, 126 s.); ID., *Das Kata Podas*, in TR 31, 1963 99 s. (= *Opera minora* cit., 130 s.); ID., *L'enseignement de droit des antecessors*, Leiden 1970; N. VAN DER WAL-J.H.A. LOKIN, *Historiae iuris graeco romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, 42 ss.; TH. E. VAN BOCHOVE-J.H.A. LOKIN, *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. Atti Cedant 2009*, Pavia 2011, 131 ss.], le lezioni di Taleleo sul Codice, al quinto anno del percorso di studi indicato dalla *const. Omnem*, si dividevano in due corsi: in un primo corso, l'antecessore avrebbe fornito una breve presentazione del testo della costituzione, evidenziandone i motivi ispiratori (θεματισμός) e avrebbe tradotto il testo (su questa opera di traduzione cfr. il nostro *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del Codex*, in AUPA 56, 2013, 113-157, lavoro nel quale abbiamo sostenuto che Taleleo avrebbe provato a tradurre i testi in latino, specialmente dei rescritti, solo che, dopo i primi libri, e precisamente i primi due, per ragioni di tempo, egli deve avere preferito servirsi di una copia del Codice munita della traduzione anonima detta κατὰ πόδας, ossia parola per parola la quale, nonostante le non rare imprecisioni, avrebbe comunque consentito agli studenti di orientarsi sui testi); in un secondo corso, l'antecessore avrebbe spiegato i testi attraverso specialmente commenti (παραγραφαι) e risposte alle domande (ερωτοποκρίσεις) poste dagli studenti.

Sull'opera di insegnamento di Taleleo e sul suo commentario al Codice vd.: E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX. t. vi. Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 13 ss.; D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaeos. A. Methode*, in ZSS 86, 1969, 337 ss.; ID., *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaeos. B. Die Heroen*, in ZSS 87, 1970, 315 ss.; ID., *Aus dem Codexunterricht des Thalelaeos. C. Interpolationsberichte*, in RIDA 16, 1969, 283 ss.; ID., *Aus dem Codexunterricht des Thalelaeos. D. Divergenzen zwischen Thalelaeos-Kommentar und Codexüberlieferung*, in RIDA 17, 1970, 291 ss.; F. GORIA, *Thalelaeos und die Rechtsregeln*, in SG 9, 2014, 37 ss.; S. SCIORTINO, *Conjectures* cit., 157 ss.; D. CECCARELLI MOROLLI, *Il diritto dell'impero romano d'Oriente. Introduzione alle fonti e ai protagonisti*. Pontificio Istituto Orientale KANONIKA 21/2016, Roma 2016, 53.

qualche spunto per riflettere, dall'angolazione privilegiata dal presente contributo, sul modo in cui i compilatori del Codice intesero realizzare l'obiettivo di certezza del diritto manifestato dalle costituzioni introduttive alle varie parti della Compilazione di Giustiniano.

2. LA VALUTAZIONE CIRCA L'UTILITÀ DELLE COSTITUZIONI DEL CODICE DA PARTE DI TALELEO: ESAME DI C. 2.6.6.5 (A. 368).

Cominciamo ad esaminare una costituzione degli imperatori Valentiniano e Valente, inserita nel titolo *De postulando* del Codice, volta a regolamentare l'esercizio della professione forense, disponendo, tra l'altro, il divieto di cumulo delle cariche di avvocato e di giudice nella medesima causa, ovvero vietando le contumelie nell'esercizio della professione o la connivenza con altri difensori in danno dei propri assistiti. Si ribadisce il divieto per gli avvocati di pattuire alcunché con i clienti, di piegare la professione a mercimonio, di prolungare artificiosamente i processi:

C. 2.6.6 pr.-4: IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA AD OLYBRIUM P.U. *Quisquis vult esse causidicus, non idem in eodem negotio sit advocatus et iudex, quoniam aliquem inter arbitros et patronos oportet esse delectum. 1. Ante omnia autem universi advocati ita praebeant patrocinia iurgantibus, ut non ultra, quam litium poscit utilitas, in licentiam conviciandi et maledicendi temeritatem prorumpant: agant, quod causa desiderat: temperent ab iniuria. nam si quis adeo procax fuerit, ut non ratione, sed probis putet esse certandum, opinionis suae imminutione quatiatur. nec enim coniventia commodanda est, ut quisquam negotio derelicto in adversarii sui contumeliam aut palam pergat aut subdole. 2. Praeterea nullum cum eo litigatore contractum, quem in propria recepit fide, ineat advocatus, nullam conferat pactionem. 3. Nemo ex his, quos licebit accipere vel decebit, aspernanter habeat, quod sibi semel officii gratia libero arbitrio obtulerit litigator. 4. Nemo ex industria protrahat iurgium. PP. X k. Sept. Valentiniano et Valente AA. II cons. [a. 368-370].¹⁴*

I paragrafi di maggiore interesse ai nostri fini sono i due finali, nei quali la costituzione prende in esame l'esercizio della professione nella città di Roma, di fronte al tribunale del *praefectus urbi*:

C. 2.6.6.5-6: IMPP. VALENTINIANUS ET VALENS AA AD OLYBRIUM P.U. *Apud urbem autem Romam etiam honoratis, qui hoc putaverint eligendum, eo usque liceat orare, quousque maluerint, videlicet ut non ad turpe compendium stipemque deformem haec adripiatur occasio, sed laudis per eam augmenta quaerantur. nam si lucro pecuniaque capiantur, veluti abiecti atque degeneres inter vilissimos numerabuntur. 6. Quisquis igitur ex his, quos agere permisimus, vult esse causidicus, eam solam, quam sumit tempore agendi, sibi sciat*

¹⁴ Sul testo cfr.: F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, III, Milano 1888, 10-11; D. SIMON, *Aus dem Codexunterricht des Thalelaos*, D cit., 283-284; R. ROSSI, *Observaciones sobre la figura del abogado en derecho romano*, in *Studi Grosso*, III, Torino 1970, 280 ss.; R. ANDREOTTI, *Problemi della constitutio de postulando attribuita all'imperatore Giuliano e l'esercizio della professione forense nel tardo impero*, in *RIDA* 19, 1972, 181 ss., con indicazione di letteratura; S. PULIATTI, *Officium iudicis* cit., 94, sotto il profilo della incompatibilità tra le funzioni di avvocato e quelle di *adessor* nonché di giudice e avvocato; S. BARBATI, *Studi sui 'iudices' nel diritto romano tardo antico*, Milano 2012, 8 nt. 21; S. SCIORTINO, *Conjectures* cit., 177 e nt. 64.

esse personam, quousque causidicus est, nec putet quisquam honori suo aliquid esse detractum, cum ipse necessitatem elegerit standi et ipse contempserit ius sedendi. PP. X k. Sept. Valentiniano et Valente AA. II cons. [a. 368].

Si permette l'esercizio della professione di avvocato nella città di Roma, innanzi al tribunale del *praefectus urbi*, anche agli *honorati*, gli incaricati di pubblici uffici di alto rango,¹⁵ se e fino a quando costoro vogliano sostenere l'incarico (*eo usque liceat orare, quousque maluerint*), ma non certo al fine di lucrare turpi e disdicevoli compensi, ma solo per accrescere la loro fama. Nella chiusa si ribadisce il divieto di cumulo tra il ruolo di causidico e altri uffici, a cominciare dalla funzione di giudice, durante il tempo d'esercizio della professione di avvocato.

Premesso il testo della costituzione, volgiamoci adesso ad una ἑρμηνεία di Taleleo¹⁶ di commento al paragrafo quinto della *lex*:¹⁷

Sch. 12 *ad B.* 8.1.15 = C. 2.6.6.5 (BS I 67 s./27-5; Hb. I 338): Ἑρμηνεία. Καὶ τοῖς ἀξίᾳ κεκοσμημένοις – Ἐν Ῥώμῃ δὲ νόησον τὸ οἰαδήποτε ἀξία εἶτε μετὰ ζώνης, εἶτε

¹⁵ In questo senso, la definizione che troviamo nell'*Oxford Latin Dictionary*, I, Oxford 1968, 802, v. '*honoratus*', sub. 2), con la quale si intende il titolare di una magistratura o di un pubblico ufficio, ma anche coloro che in passato hanno rivestito questa carica. Similmente, gli *honorati* sono identificati con coloro che ricoprono o hanno ricoperto un importante ufficio pubblico (*Ehrenstelle*), civile o militare da H. HEUMANN-E. SECKEL, *Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts*⁹, Jena 1926, 238, v. '*Honoratus*'. In Æ. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, II, Patavii 1940, 674, v. '*honoratus*', si identificano gli *honorati* a partire dall'età tardo antica con i magistrati municipali, i presidi provinciali, i *tribuni* o *magistri militum*, i *praefecti* e i *magistri*.

¹⁶ Lo scolio, benché adespota, va senz'altro riferito a Taleleo, in base al ricordo della disciplina del Codice Teodosiano, che doveva essere noto al nostro antecessore, il quale lo ha addirittura espressamente citato proprio nello scolio oggetto del nostro esame. Per la paternità di Taleleo del testo vd., specificamente, E. HEIMBACH, *Manuale Basilicorum* cit., 352. Sul valore della citazione del Teodosiano e sulla sua attribuzione a Taleleo cfr., per tutti, M. MIGLIETTA, *A proposito di una citazione espressa del Codice Teodosiano in sch. 12 ad B. 8.1.15*, in SCDR 28, 2015, 711 ss. e 719 nt. 20.

¹⁷ A Taleleo, invero, risale anche un altro commento al paragrafo 5 della costituzione:

Sch. 3 *ad B.* 8.1.5 = C. 2.6.6 (BS I 65 s./18-24; Hb. I 335 s.): Θαλαλαίου. Ταῦτα ὡς ἐν ἐπαρχίᾳ νομοετήσασα ἡ διάταξις παρακελεύεται τοὺς ἐν τῇ Ῥώμῃ ἀξιωματικοὺς ἐλομένους δικολογήσai μέχρι τοσοῦτου δύνασθαι τοῦτο ποιεῖν, ἕως ὅτε βούλονται ἵνα μέντοι μὴ εἰς κέρδος αἰσχροὺν καὶ εἰς ἔρανον ἀπρεπῇ τὴν τοῦ συνηγορεῖν ἐξουσίαν λαμβάνωσιν ἀλλ' εἰς αὐξήσai τῶν ἐπαίνων αὐτῶν, τουτέστιν ἵνα προῖκα δικολογῶσιν. Εἰ κέρδει καὶ χρήμασιν ἀλίσκονται, ὥσανει ἀποβεβλημένοι καὶ ἀγενεῖς μετὰ τῶν εὐτελεστέρων ἀριθμηθήσονται. ... [HEIMBACH]: *Haec tamquam in provincia sanciens constitutio iubet honoratos in urbe Roma, qui postulandi officium elegerint, eo usque causas orare, quoad libuerit, videlicet, ne ad turpem quaestum, stipemque deformem haec arripiatur occasio, sed ad laudis incrementum, id est, ut gratis patrocinium praestent. Nam si lucro pecuniaque capiantur, veluti abiecti atque degeneres inter vilissimos homines referentur...*

Verosimilmente il testo va identificato con un θεματισμός dettato agli studenti durante il primo corso (sulla articolazione delle lezioni di Taleleo in due corsi cfr. *supra*, nt. 13). Infatti, si tratta di una semplice parafrasi della costituzione, volta ad inquadrare il provvedimento, rinviando al secondo corso per un maggiore approfondimento. In riferimento al paragrafo 5 di nostro interesse, Taleleo ricorda che nella città di Roma coloro che hanno scelto l'*officium postulandi* possono perorare le liti per tutto il tempo che desiderano, naturalmente prestando gratuitamente il loro patrocinio, senza cioè trasformare l'esercizio della professione in una occasione per lucrare un turpe guadagno. Il testo, che non abbiamo trascritto, prosegue mediante l'indicazione di alcune cautele da osservare durante l'esercizio del *munus postulandi*.

δίχα ζώνης. Οὐ παύεται δ' αὐτοῦ γενέσθαι φισκοσυνήγορος, ἀλλ' ἔωσγε βούλεται συνηγορεῖν; Μάθε. Οὐ πρὸς τοῦτο βλέπει τὰ ῥήματα ταῦτα τῆς διατάξεως, ἀλλ' ἐπειδὴ ἦσαν τοῦ τότε Θεοδοσιανοῦ Κώδικος διατάξεις ῥητοῖς ἐνιαυτοῖς περικλείουσαι τὴν συνηγορίαν, τούτου ἀπήλλαξε τοὺς ἀξιοματικούς συνηγοροῦντας ἢ διάταξις αὕτη. Τὴν γὰρ τάξιν τὴν νῦν κρατοῦσαν ἐπὶ τῷ φισκοσυνηγόρῳ οὐδὲ ἡπίστατο ἢ διάταξις αὕτη. Σήμερον οὖν καὶ περιττῶς κεῖται τό, ἕως ὅτε βούλεται, συνηγορεῖν αὐτοῦς. Εἰ μὴ ἄρα ἐκεῖνο αἰνίττεται, ὅτι ἕξεσι τοῖς ἀξιοματικοῖς ἀφίστασθαι τοῦ συνηγορεῖν, ὅτε βούλονται. Πολλάκις γὰρ, οἷα συμβαίνει, ἀπαρέσκει αὐτῷ μετὰ χρόνον ὀλίγον τὸ συνηγορῆσαι καὶ θέλει μᾶλλον τοῖς ἀξιοματικοῖς χρήσασθαι δικαίοις. Καὶ πρὸς τοῦτο ἐστὶ τό, ἕως ὅτε βούλεται, ἵν' ὅταν βουλευθῇ, ἀπραγμόνως ἀφίσταται τοῦ συνηγορεῖν.¹⁸

Taleleo esordisce precisando che con la parola *honorati* occorre intendere qualunque *dignitas*, ossia tutti i funzionari *sive cum sive sine cingulo*; a questo punto l'antecessore pone la seguente domanda: decade dalla carica di *patronus fisci* colui il quale abbia deciso di esercitare la professione di avvocato e per il tempo in cui voglia esercitare la professione, seguendo le regole dettate dalla costituzione, con riferimento al *munus postulandi* presso il tribunale del *praefectus urbi*? La questione viene sollevata poiché, ormai, è lecito per costoro *orare* per tutto il tempo che desiderano e una eventuale sospensione dalla carica di *patronus fisci* potrebbe, quindi, durare a vita.

L'antecessore giudica la questione impostata in modo non corretto e, certamente, non attuale. Essa, infatti, poteva avere un senso sotto il vigore del Codice Teodosiano, quando il *munus postulandi* doveva evidentemente essere permesso solo entro un tempo limitato e, quindi, dobbiamo arguirne, si poneva il problema di stabilire se il *patronus fisci* poteva cumulare la sua carica con quella di avvocato o se doveva attendere la fine del termine di esercizio di quest'ultima professione.

Ma successivamente e, ormai, dopo l'entrata in vigore del *codex repetitae praelectionis*, l'esercizio della professione di avvocato opera nella prassi per gli *honorati* senza limiti di tempo; quindi non si pone più la questione della cessazione dalla carica di *patronus fisci*, salvi sempre i divieti di cumulo posti in termini generali dalla nostra costituzione.

Non sappiamo esattamente a quale regime e a quali costituzioni *de postulando* contenute nel Codice Teodosiano si riferisse esattamente Taleleo,¹⁹ né è facile ricostruire l'esatto

¹⁸ [HEIMBACH]: *Interpretatio. Et honoratis. In urbe Roma vero intellige illa, quacumque dignitate, sive cum, sive sine cingulo. Utrum autem ideo cessat esse fisci patronus, an, quoad velit, advocacionem praestat? Disce. Non eo respiciunt verba ista constitutionis, sed quoniam tum erant Codicis Theodosiani tunc extantibus constitutiones certis annis postulationem concludentes, constitutio praesens hoc mutavit, quod ad honoratos attinet postulandi munere fungentes. Nam ratione, quae nunc in avvocato fisci obtinet, ne norat quidem haec constitutio. Hodie igitur superflue dicitur eoque licet orare, quousque voluerint, nisi forte illud subindicetur, honoratis a postulando, quodcumque voluerint, discedere licere. Saepe enim, ut fieri solet, ipsis post breve tempus elapsum postulandi munus displicet; maluntque honoratorum iure uti. Propterea dicitur quousque maluerint, ut, quando placuerit, sine offensa a postulando desistere possint.*

¹⁹ La questione è espressamente affrontata da M. MIGLIETTA, *A proposito di una citazione espressa del Codice Teodosiano* cit., 721 s. Lo studioso si chiede a quale costituzione del Teodosiano avrebbe fatto riferimento Taleleo, esclusa la breve versione del testo contenuta in CTh. 2.10.5 che, però, resta fuori gioco perché non affronta la questione dei tempi di esercizio della professione forense. Né si deve pensare ad una citazione parzialmente scorretta (722 ss.) da parte di Taleleo, perché si potrebbe credere «che esistesse un'altra versione del provvedimento letta dai Compilatori», diversa dunque dallo stringato testo *de postulando* che oggi leggiamo in CTh. 2.10.5 e che, invece, era conosciuta da Taleleo, il quale l'avrebbe espressamente richiamata.

contesto normativo che doveva essere chiaro agli occhi dell'antecessore e che egli sottintende nel suo discorso. Possiamo solo provare ad abbozzarlo. Come ci sembra di dovere ipotizzare, sotto il vigore del Codice Teodosiano, l'esercizio della professione di avvocato a Roma da parte degli *honorati*, innanzi al tribunale del *praefectus urbi*, doveva essere limitato all'interno di un preciso arco temporale. Del resto, in questo senso depone il fatto che nel Codice Teodosiano ricorre solo una riduzione della nostra costituzione (in CTh. 2.10.5), priva proprio del paragrafo quinto di nostro interesse, nel quale si permette agli *honorati* l'esercizio della professione senza limiti di tempo, ossia fino a quando costoro vogliano: (C. 2.6.6.5) *Apud urbem Romam etiam honoratis, qui hoc putaverint eligendum, eo usque liceat orare, quousque maluerint*.

D'altra parte, il riferimento da parte di Taleleo al Codice Teodosiano potrebbe spiegarci come il ricordo di una disciplina ormai vetusta e da lungo tempo superata nella pratica del tribunale del *praefectus urbi* della città di Roma. L'idea si fonda sulla previsione di Nov. Theod. 10.2 del 439 d.C., testo che Th. Mommsen-P. M. Meyer, nell'edizione berlinese del 1905 delle *Leges Novellae ad Theodosianum pertinentes*, collocano sotto il titolo '*De postulando et de perpetuanda advocazione*', identico per materia al titolo 2.6 '*De postulando*' in cui è contenuta C. 2.6.6 nel Codice di Giustiniano.

Orbene, questa Novella, di un solo anno successiva alla pubblicazione del Codice Teodosiano e indirizzata a *Florentius* prefetto del pretorio, disciplina l'esercizio della professione di *advocatus*, stabilendo la regola secondo la quale '*postulandi sibi licentiam datam nullo tempore praescribendam*'. È lecito arguire, dunque, che la Novella incise sui tempi di esercizio della professione di avvocato di fronte, almeno, al tribunale del prefetto del pretorio di Roma, cui in origine essa si riferiva. Essa dovette aprire ad un esercizio della professione forense priva dei limiti temporali precedentemente in vigore ai sensi delle costituzioni del Teodosiano inserite nel titolo *de postulando*; ciò dovette incidere sulla prassi forense, con la conseguenza che ormai nel VI secolo doveva essere largamente invalso l'uso di non sottoporre l'esercizio della professione di avvocato a nessun limite temporale presso tutti i tribunali di Roma (e, verosimilmente di Costantinopoli), anche diversi da quello del prefetto del pretorio.

Forse, per questa ragione Taleleo giudica superfluo (περιττώς) l'inciso di C. 2.6.6.5 '*usque liceat orare, quousque maluerint*': ormai da molto tempo agli *honorati* doveva essere permesso esercitare il *munus postulandi* senza alcun limite di tempo; agli occhi dell'antecessore la detta previsione doveva risultare superflua perché tutti gli *honorati*, compresi i *patroni fisci*, potevano scegliere di esercitare la professione di avvocato senza limiti di tempo, salve tutte le altre cautele poste dalla costituzione.

È da apprezzare, a questo punto, il tentativo di Taleleo di recuperare un senso giuridico al provvedimento. L'inciso '*usque liceat orare, quousque maluerint*', contenuto in C. 2.6.6.5, secondo il quale gli *honorati* possono esercitare la professione di avvocato per tutto il tempo che desiderano potrebbe intendersi – argomenta Taleleo – nel senso che costoro, una volta scelto di esercitare questa professione, possono decidere di smettere lecitamente quando vogliono. Infatti, osserva Taleleo, sovente accade che, trascorso solo un breve lasso di tempo dall'assunzione del *munus postulandi*, gli *honorati* decidano di non esercitare più la professione di avvocato.

Il tentativo di recuperare un senso all'inciso superfluo di C. 2.6.6.5 non può certo dirsi riuscito: se, secondo la costituzione, gli *honorati* possono esercitare la professione di avvocato per tutto il tempo che desiderano, da ciò consegue che costoro possono decidere di recedere dall'esercizio dell'avvocatura lecitamente in ogni momento. In ogni modo, resta da apprezzare il tentativo dell'antecessore di dare un senso giuridico al paragrafo quinto

della nostra costituzione, per consentire agli studenti di potere impiegare il provvedimento una volta divenuti operatori del diritto.

Concludendo, ai nostri fini, preme sottolineare che l'inciso '*eo usque liceat orare, quousque maluerint*' di C. 2.6.6.5 è superfluo; esso avrebbe dovuto essere espunto dai compilatori, secondo la testimonianza dell'antecessore Taleleo, perché probabilmente una Novella di Teodosio II doveva avere indirizzato la prassi dei tribunali nel senso di non limitare temporalmente l'esercizio della professione di avvocato da parte degli *honorati*, anche a Roma, con riferimento, almeno in origine, alla giurisdizione del prefetto del pretorio. Certo è che la pratica del tribunale del *praefectus urbi* di Roma ammetteva da tempo che gli *honorati* potessero esercitare la professione di avvocato senza limiti di tempo, compreso il *patronus fisci*: ne deriva la ridondanza della previsione contenuta in C. 2.6.6.5, secondo la quale gli *honorati* avrebbero potuto esercitare la professione di avvocato innanzi al tribunale del *praefectus urbi* di Roma fino a quando volevano.

3. ESAME DI C. 1.51.7 E C. 2.7.4 (A. 422).

Volgiamoci adesso all'esame di due costituzioni degli imperatori Onorio e Teodosio del 422 d.C. che recano lo stesso destinatario e la stessa *subscriptio*; per queste ragioni nelle varie edizioni del Codice si è ipotizzato, a ragione, che i testi in origine fossero uniti:²⁰

C. 1.51.7: IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. EUSTATHIO P.P. *Velut castrense peculium filiifamilias adsesores [etiam] post patris obitum vindicent, qui consiliis propriis administratores iuvare consueverunt, si quid licitis honestisque lucris coadunare potuerunt. Dat. X k. April. Constantinop. DD. NN. Honorio XIII et Theodosio X AA. cons. [a. 422].*

C. 2.7.4: IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. EUSTATHIO P.P. *Fori tui culminis et universorum iudiciorum advocati quidquid ex huiusmodi professione vel ipsius occasione quaesierint, id post patris obitum praecipuum, veluti peculium castrense, ad exemplum militum proprio dominio valeant vindicare. Dat. X k. April. Constantinop. DD. NN. Honorio XIII et Theodosio X AA. cons. [a. 422].*²¹

In effetti, anche in ragione del comune oggetto, i testi appaiono intimamente connessi. Essi si occupano, nel primo caso, dalla sorte dei proventi guadagnati dai *fili fa-*

²⁰ Nella *editio minor* curata dal Krüger (Berlino 1892) compare (89 e 98) la laconica indicazione *iunge*, che invita ad unire C. 1.51.7 a C. 2.7.4 e allo stesso modo accade nella *editio maior* (Berlino 1877) del Codice. Nella diciassettesima ristampa (Stuttgart 1890) dell'edizione del Codice curata dai fratelli Krieger si legge nell'apparato critico relativo a C. 1.51.7 (122): *Videtur nostra lex communem fontem habere cum l. 4 C. de adv. divers. iudicior. II,7.*

²¹ Sui testi vd. E. ZACHARIAE VON LINGHENTHAL, *Die Meinungsverschiedenheiten unter den Justinianischen Juristen*, in ZSS 6, 1885, 35-37, il quale analizza le costituzioni nella prospettiva di dimostrare come Taleleo abbia approntato un commentario sulla prima edizione del Codice. Sulla riforma introdotta dalle due costituzioni e volta ad inquadrare i proventi dei *fili in potestate adsesores e advocati* nel *peculium* poi denominato '*quasi castrense*', che non incrementava il patrimonio del *pater* e che era disponibile per testamento, cfr. S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano 2003, 31 s. nt. 57.

miliis in potestate in qualità *adseors*,²² con i *consilii* dati agli *administratores*²³ e, nel secondo caso, dei proventi derivanti dall'esercizio della professione di *advocatus*²⁴ nel foro del prefetto del pretorio di Costantinopoli. Anche la disciplina è simmetrica, infatti, i figli avrebbero potuto rivendicare i beni in questione dopo la morte del padre, come se si trattasse di beni rientranti nel *peculium castrense*,²⁵ quindi di loro spettanza. Occorre credere, dunque, che vivo il *pater*, egli sarebbe stato titolare dell'usufrutto sui beni pervenuti ai figli *in potestate* in ragione della carica di *adseors* o della professione di *advocatus*; una volta deceduto il padre, la morte avrebbe estinto l'usufrutto e il *filius*, ormai *sui iuris*, divenuto *dominus* dei beni, avrebbe potuto rivendicarli.

Crea qualche difficoltà l'*etiam* che compare nel testo di C. 1.51.7 e che sembrerebbe dettare un regime derogatorio circa i beni pervenuti ai figli *adseors*: tali beni, proprio in virtù dell'*etiam*, avrebbero potuto essere rivendicati anche dopo la morte del padre, il che lascia credere che i figli in potestà ne divenissero proprietari anche mentre il padre era in vita e che, di conseguenza, avrebbero potuto rivendicarli vivo il padre. Tuttavia, proba-

²² Sugli *adseors* quali consulenti tecnico-giuridici dei giudici nel Basso Impero vd.: O. SEEK, v. 'Adseors', in PWRE 1, Stuttgart 1894, 423 ss.; G. IMPALLOMENI, v. 'adseors', in NNDI I.1, 1957, 305 [= A. BURDESE (a cura di), *Scritti giuridici vari*, Padova 1996, 7 s.], il quale evidenzia che la loro retribuzione mediante salario, essendo ottenuta nell'esercizio di una pubblica carica, rientrava nel *peculium quasi castrense*, per l'ipotesi che l'*adseors* fosse stato *filius familiae*. Ciò conferma che sui proventi in questione il *pater* avrebbe acquistato l'usufrutto, a differenza di quanto accadeva per il *peculium castrense* che rientrava nel *dominium* del *filius*. Cfr. inoltre O. BEHREND, *Der adseors zur Zeit der klassischen Rechtswissenschaft*, in ZSS 86, 1969, 192 ss. e S. PULIATTI, *Officium iudicis* cit., 89.

²³ Ormai da intendere quali *iudices*, come chiarito da S. BARBATI, *Studi sui 'iudices'* cit., 34 ss., il quale sottolinea il dato che emerge dalle fonti tardo antiche, secondo il quale il cumulo dei poteri di *administratio* e *iurisdictio* avrebbe determinato un continuo interscambio dei titoli di *administrator* e *iudex*, a partire dall'età postclassica.

²⁴ Sullo stato dell'avvocatura in Oriente ai tempi di Giustiniano, S. PULIATTI, *Officium iudicis* cit., 93, osserva che esisteva un *numerus clausus* di esercenti la professione forense ed era prestabilito il corso della carriera, alla fine della quale l'*advocatus* poteva scegliere se ritirarsi, gratificato con l'attribuzione di compensi straordinari e dignità onorifiche, ovvero se rivestire da anziano la carica di *patronus fisci*. Ancora, (93) l'autore segnala la progressiva tendenza a confondere i ruoli di *adseors* e avvocato, patrocinando cause in cui svolgevano funzioni giudicanti. Di C. 2.7.4 ha modo di occuparsi G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 228 nt. 145, il quale inquadra la nostra costituzione all'interno di un più ampio spettro di provvedimenti tardo antichi che riconoscono il *peculio quasi castrense* ad *advocati*, giudici e *adseors*. Tuttavia, sarebbe stato solo Giustiniano ad introdurre la terminologia e lo stesso concetto di *peculio quasi castrense*, come riconosce G. G. ARCHI, *In tema di peculio quasi castrense*, in *Scritti di diritto romano*, III, 1761 ss. In effetti, anche nello scolio 4 ad B. 8.1.19 = C. 2.7.4 (BS I, 73/7-31; Hb. I 342), su cui *infra* p. 235 s., si riconosce che i beni *ex adseorsione* ed *ex advocazione* rientrino nel *peculio quasi castrense*, con la conseguenza che su di essi i *patres* avrebbero esercitato l'usufrutto. Questo inciso, tuttavia, non può essere attribuito a Taleleo perché certamente aggiunto dopo la pubblicazione dei Basilici, i quali vengono espressamente menzionati come opera già pubblicata.

²⁵ Sul *peculium castrense* vd.: H. FITTING, *Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung*, Halle 1871; E. ALBERTARIO, *Appunti sul peculio castrense*, in BIDR 39, 1931, 5 ss. [= *Studi di diritto romano*, I. *Persone e famiglia*, Milano 1933, 159 ss.]; A. GUARINO, *L'oggetto del «castrense peculium»*, in BIDR 48, 1941, 41 ss. [= PDR, VI, Napoli 1995, 105 ss.]; D. DAUBE, *Actions between paterfamilias and filiusfamilias with peculium castrense*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, I, Milano 1950, 435 ss. [= *Collected Studies in Roman Law*, herausgegeben von David Cohen und Dieter Simon, I, Frankfurt am Main 1991, 359 ss.]; F. LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano*, Milano 1953; EAD., *Ancora in tema di «peculium castrense»*, in *Studi De Francisci*, 2, Milano 1956, 391 ss.; A. DAIN, *Sur le «peculium castrense»*, Paris 1961.

bilmente l'*etiam* deve essere considerata una glossa inserita, non dai commissari di Giustiniano, ma da un maldestro annotare del testo, in una copia del Codice peraltro sconosciuta a Taleleo. Infatti, l'*etiam* né compare nella versione della costituzione conservata in CTh. 1.34.2,²⁶ né viene letto da Taleleo – come presto ci accorgeremo –, il quale commenta entrambe le costituzioni imperiali trascritte in questo paragrafo partendo dal presupposto comune che il *filius* avrebbe potuto rivendicare “solo”, e non “anche”, dopo la morte del padre il possesso dei beni.

Certo, se si crede alla svista di un copista i testi possono tranquillamente essere esaminati prescindendo dall'*etiam*. Ma se, al contrario, si pensa ad una interpolazione volontaria,²⁷ allora l'*etiam* depone per una disciplina derogatoria in diritto giustiniano del regime dei beni acquistati dai figli *in potestate adseorsores* rispetto al regime generale dei beni acquistati dai figli *in potestate advocati*: sui primi i *fili* sarebbero stati *domini*, mentre sui secondi solo nudi proprietari, fino alla morte del padre, al quale sarebbe spettato l'usufrutto.

Parliamo di regime derogatorio rispetto ad una regola generale di diritto giustiniano, secondo la quale sui beni acquistati dai *fili* *in potestate* in ragione della loro professione o del loro lavoro in genere i *patres* acquistano l'usufrutto, perché proprio Giustiniano aveva disposto in tal senso:

C. 6.61.6.1: IMP. IUSTINIANUS A. DEMOSTHENI PP. *Si quis itaque filius familias vel patris sui vel avi vel proavi in potestate constitutus aliquid sibi adquisierit non ex eius substantia, cuius in potestate sit, sed ab aliis quibuscumque causis, quae ex liberalitate fortunae vel laboribus suis ad eum perveniant, ea suis parentibus non in plenum, sicut antea erat sancitum, sed usque ad solum usum fructum adquirat, et eorum usus fructus quidem apud patrem vel avum vel proavum, quorum in sacris sit constitutus, permaneat, dominium autem filiis familias inherereat ad exemplum tam maternas quam ex nuptialibus causis filiis familias adquisitionum rerum. Recitata septimo miliario in novo consistorio palatii dn. iustiniani. D. III k. Nov. Decio vc. cons. [a. 529].*²⁸

La costituzione, inserita nel titolo '*De bonis quae liberis in potestate constitutis ex matrimonio vel aliter adquiruntur, et eorum administratione*', detta una disciplina generale valevo-

²⁶ CTh. 1.34.2: IMPP. HONORIUS ET THEODOSIUS AA. EUSTATHIO P.P. *Velut castrense peculium filii familias adseorsores post patris obitum vindicetur, qui consiliis propriis administratores iuvare consueverunt, si quid licitis honestisque lucris coadunare potuerint. Dat. x k. April. Constantinop. DD. NN. Honorio XIII et Theodosio X AA. cons. [a. 422].* Secondo L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (materiali)*, a cura di G. FALCONE, Torino 2018, 228, l'*etiam* sarebbe stato aggiunto a C. 1.51.7, ma senza alcun valore sostanziale, solo per dare maggiore chiarezza al testo. Ciò potrebbe avvalorare la tesi della glossa, come abbiamo sostenuto nel testo.

²⁷ I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis*, I, Lipsiae 1736 (rist. Hildesheim-New York 1975), 75, ad CTh. 1.12.2 nt. d) considera l'*etiam* una aggiunta di Triboniano, ma della quale non c'era bisogno, appunto perché si tratta di una inserzione che complica, piuttosto, l'intelligenza del testo.

²⁸ Sul testo vd.: D. DALLA, *Praemium emancipationis*, Milano 1983, 80 ss. il quale nota come ormai in età giustiniana, a parte gli acquisti *ex re patris*, su tutti i beni pervenuti al figlio si realizza una separazione quanto alla titolarità (del figlio) e all'usufrutto (del padre). Fanno eccezione i peculi castrensi e quelli loro assimilati ai sensi di C. 6.61.6.1b; S. LONGO, *Filius familias se obligat?* cit., 34 s. e nt. 70, la quale definisce una 'rilevante innovazione' giustiniana quella dettata dalla nostra costituzione, per effetto della quale venivano ricompresi tra i *bona materna* tutti i cespiti comunque acquistati dal *filius*, ad esclusione di quelli provenienti dal patrimonio paterno (*ex paterna substantia*).

le per tutti i beni che i *fili* in potestate abbiano acquistato *non ex eius substantia, cuius in potestate sit*. In particolare, si prescrive che i beni che pervengano ai figli per la liberalità della sorte o in virtù delle proprie fatiche lavorative non spettino in piena proprietà ai padri come in passato, ma gli aventi potestà godranno solo dell'usufrutto; mentre sarebbero rientrati nel *dominium* dei figli i beni di provenienza materna e per cause nuziali, in questi ultimi casi, tali beni sarebbero stati trattati, dunque, alla stregua del *peculium castrense*.²⁹

Alla luce di questa costituzione, dunque, i beni acquisiti dai *fili* in potestate in ragione della professione di *adsores* e *advocati* dovevano essere trattati come beni provenienti *ex laboribus suis*, con la conseguenza che su di essi il padre o l'ascendente titolare della *patria potestas* avrebbe acquistato solo l'usufrutto, già in virtù della previsione di C. 6.61.6.

Premesso questo quadro normativo e il principio che lega le tre costituzioni, secondo il quale in diritto giustiniano i proventi derivanti dall'esercizio di una attività professionale da parte dei *fili* in potestate vengono acquistati in usufrutto da parte dell'avente potestà, possiamo analizzare con maggiore consapevolezza il commento che Taleleo dedica a C. 2.7.4:

Sch. 3 *ad* B. 8.1.19 = C. 2.7.4 (BS I, 72 s./19-6; Hb. I 341 s.): Θαλελαίου. Πρὸς ἔπαρχον πραιτωρίων ἡ διάταξις αὕτη ἀντιγραφεῖσα νομοθετεῖ καὶ τοὺς ἐν τῷ φόρῳ τῆς ἐπαρχίας, καὶ τοὺς παρὰ πᾶσι τοῖς ἄρχουσι συνηγόρους, εἴ τι δυνηθεῖσαν ἐκ τῆς συνηγορίας ἢ προφάσει αὐτῆς κτήσασθαι ἢ εἴ τι ἤδη ἐκτήσαντο, τοῦτο μετὰ τὴν τοῦ πατρὸς αὐτῶν τελευτὴν κατ' ἐξαίρετον ὥσανεὶ κανστρέσιον πεκουλίον αὐτοὺς ἔχειν κατὰ μίμησιν τῶν στρατιωτῶν, καὶ εἰς τὴν οἰκείαν ἐξουσίαν αὐτὸ διεκδικεῖν. Ταύτης ἐμνημόνευσά σοι τῆς διατάξεως καὶ ἐν τῷ α'. βιβ. [[καὶ ἐν]] τῷ να', τιτ. ὑπομνηματίζων τὴν ζ'. τοῦ τιτ. διάταξιν. Ἐκεῖνη γὰρ τὰ ἀπὸ συνεδρίου κτηθέντα βουλομένη ἐξαίρετα εἶναι τῶν κτησαμένων ἰδικῶς προσέταξε τὸ μετὰ τελευτὴν τῶν πατέρων ἔχειν αὐτοὺς ἐξαίρετα, ἅπερ ἐκτήσαντο. Καὶ αὕτη δὲ τοῖς αὐτοῖς ἐχρήσατο περὶ τοῦτου ῥητοῖς καὶ δοκεῖ μοι ὁ νοῦς τοιοῦτος εἶναι· ἵνα ἐν ζωῇ μὲν τοῦ πατρὸς δοκῶσιν εἶναι δεσπότηαι τῶν ἀπὸ συνηγορίας ἢ συνεδρίου κτηθέντων οἱ ὑπεζούσιοι, μετὰ δὲ τελευτὴν τῶν πατέρων αὐτῶν, ἵνα τότε ὅσα ἐκτήσαντο, μόνοι διεκδικῶσι. Ταράττει γάρ με τὸ ῥητόν, ὥς ἐκατέραν διάταξιν μνημονεῦσαι τῆς τοῦ πατρὸς τελευτῆς, καὶ τότε ἐπαγαγεῖν τὸ ἐξεῖναι τοῖς κτησαμένοις διεκδικεῖν, ἅπερ ἐκτήσαντο. Εἰ γὰρ καὶ ἐν ζωῇ τοῦ πατρὸς ἤθελον αἱ διατάξεις αὗται τὸν συνηγορήσαντα καὶ τὸν συνεδρεύσαντα ἔχειν ἴδια, ἅπερ ἐκτήσαντο, τίς χρεῖα ἦν ἐπαγαγεῖν *Postatis obitur*; Ἐγὼ οὖν τῆς περὶ τοῦτου γνώμης οὐκ ἀφίσταμαι. Ὁ δὲ βουλόμενος ἐτέρως τὰς δύο ταύτας διατάξεις <νοεῖν>, ὥς βούλεται νοεῖτω αὐτάς. Ἑρμηνεύοντος γάρ ἐστιν τὸ λέγειν, ὅπερ νομίζει, εἰ καὶ τινες μὴ πείθονται τῇ αὐτοῦ ἐρμηνείᾳ.³⁰

²⁹ In questo identico senso il commento di Taleleo al testo: sch. 3 *ad* B. 45.4.9 = B. 6.61.6 (BS VII 2714/27-34; Hb. IV 535): Θαλελαίου. Ἡ διάταξις κελεύει κατὰ μίμησιν τῶν μητρώων πραγμάτων καὶ τῶν ἀπὸ γαμικῆς αἰτίας διαφερόντων τοῖς παισὶ καὶ πάντα τὰ ἄλλα πράγματα, ὅσα μὴ εἰσιν ἐξῆρ τῶν γονέων, μὴ προσπορίζεσθαι αὐτοῖς κατὰ δεσποτείαν, ὥσπερ πρότερον, ἀλλὰ κατὰ οὐσοφρουκτον. Τῶν δὲ κανστρεσίων πραγμάτων οὐδὲ τὸν οὐσοφρουκτον ἔχουσιν οἱ γονεῖς φυλάττοντες ἐπὶ αὐτοῖς καὶ τοῖς κουάσι κανστρεσίοις πεκουλίοις καὶ τὰ παλαιὰ νόμιμα. Τελευτῶντος οὖν τοῦ πατρὸς πάντως οἱ παῖδες λαμβανέτωσαν ταῦτα τὰ πράγματα, ὥσπερ καὶ τὰ μητρώα καὶ τὰ ἀπὸ γαμικῆς αἰτίας κερδαινόμενα [HEIMBACH]: *Thalelai. Constitutio iubet ad exemplum bonorum maternorum eorum, quae ex causa nuptiali ad liberos pertinent, alias quoque res omnes, quae non sunt ex re parentum, non acquiri eis quantum ad proprietatem, sicut antea, sed quantum ad usumfructum. Bonorum autem castrensiarum ne usumfructum quidem habent parentes, servantes in eis et quasi castrensibus pecuniis veteres leges. Mortuo ego patre filii omnino haec bona capiant, sicut et materna et quae obveniunt ex causa nuptiali.*

³⁰ [HEIMBACH]: *Thalelai. Haec constitutio ad Praef. Praet. rescripta sancit, ut advocati cum in foro P. P.*

Taleleo collega C. 2.7.4 a quanto egli stesso aveva avuto modo di osservare in relazione a C. 1.51.7: in entrambi i casi, nota l'antecessore, è solo dopo la morte del padre che i *filii* ormai divenuti *sui iuris* avrebbero potuto rivendicare i proventi acquistati dalla professione di *advocatus* o di *adessor*, quasi si trattasse di beni rientranti nel *peculium castrense, ad exemplum militum*. Per prima cosa notiamo che Taleleo dimostra di non leggere la parola *etiam* in C. 1.51.7: la copia del Codice a sua disposizione doveva dettare per quest'ultima costituzione la stessa regola che leggiamo relativamente a C. 2.7.4, ossia che solo dopo la morte del padre i *filii in potestate* potevano considerarsi *domini* e rivendicare i proventi delle professioni di *adessor* e *advocatus*.

Del resto, proprio su questo punto Taleleo insiste molto, anche in tono apertamente polemico nei confronti di altri giuristi che sostenevano la tesi secondo la quale i *filii*, anche se il *pater* fosse stato ancora in vita, dovevano considerarsi *domini* dei proventi in questione e avrebbero così potuto rivendicarli. Non sapremo mai se quest'altra ipotesi interpretativa si spieghi in base alla lettura in altre copie del Codice del testo di C. 1.51.7 munito di *etiam*.

Certo è che Taleleo, per entrambe le costituzioni, sottolinea l'inciso *post patris obitum* – riportato in caratteri latini, secondo l'uso degli antecessori – il quale evidentemente significa che finché il padre fosse stato vivo, i *filii* non avrebbero potuto rivendicare i beni acquistati nell'esercizio della professione di *adessor* e di *advocatus*. Altrimenti, ribadisce l'antecessore, tale inciso non si spiegherebbe né in C. 1.51.7 né in C. 2.7.4; Taleleo respinge con forza l'altra lettura dei passi e resta fermo nella propria interpretazione dei testi, nonostante altri giuristi abbiano espresso un parere contrario.

A questo punto segue una domanda che rappresenta il cuore del ragionamento che a noi interessa. Infatti, la diretta conseguenza dell'interpretazione propugnata da Taleleo di C. 1.51.7 e C. 2.7.4 – e che diciamo subito a noi pare la più convincente – è che sui beni provenienti dalla professione di *adessor* e di *advocatus* esercitate dai *filii in potestate* il *pater* acquisti l'usufrutto. Solo così si spiega il sorgere del diritto dei figli di rivendicare i proventi unicamente dopo la morte del padre (*post patris obitum*), perché solo in quel momento si sarebbe estinto l'usufrutto; mentre, vivo il padre, la legittima costituzione dell'usufrutto avrebbe ostato all'esercizio della rivendica.

È questo il ragionamento che deve essere presupposto alla seguente ἐρωταπόκρισις:

Sch. 4 ad B. 8.1.19 = C. 2.7.4 (BS I, 73/7-31; Hb. I 342): Ἡρωτήθη· τί γὰρ ὅλως ἢ ταύτην ἢ ἐκείνην τὴν διάταξιν νομίζεις εἶναι χρειώδη σήμερον μετὰ τὴν τοῦ εὐσεβεστάτου βασιλέως νομοθεσίαν τὴν ἐπιτρέπουσαν τὰ ἐκ πάσης αἰτίας κτώμενα τοῖς ὑπεξουσίοις μὴ προσιοπορίζεσθαι τοῖς πατράσιν αὐτῶν (αὕτη ἢ διάταξις κεῖται

tum aliorum iudiciorum, si quid ex advocacione vel occasione eius acquirere potuerint, aut iam acquisierint, id post patris obitum, praecipuum veluti castrense peculium habeant, ad exemplum militum, idque proprio dominio vindicent. Cuius quoque constitutionis mentionem feci lib. 1 tit. 51 commentatus in 7 eius tituli constitutionem. Illa enim, quae ex adessionis officio acquisita erant, acquirentibus propria esse volens, specialiter sancivit ut, post patris obitum, quod acquisivissent, sibi proprium haberent. Haec vero iisdem hac de re usa est verbis; mihiq; eius sensus talis esse videtur, videlicet ut filii familias, patre superstite, eorum, quae ex advocacionis vel adsessionis munere acquisierint, domini esse credantur, post patris vero obitum, illa ipsa sibi solis vindicent. Movet enim me, quid in utraque constitutione mentio fit patris obitus, et tum demum additur, licere acquirentibus vindicare, quae acquisierint. Quodsi enim harum constitutionum ea fuisset sententia, ut advocatus et adessor, patre etiam nunc superstite, quaecumque acquisivissent, sibi propria haberent, quid addere necesse erat, post patris obitum. Itaque ego ab hac sententia non discedo. Qui aliter has constitutiones intelligere velit, intelligat, ut volet. Nam interpretis est dicere, quid sibi videatur, quamvis alii eius sententiae non accedunt.

βιβ. με', τιτ. δ', κεφ. θ'). Μάθε. Γέγονε μὲν ἀληθῶς τοιαύτη διάταξις, ἥτις ἐκέλευσεν, ὅσα κτῶνται οἱ ὑπεξούσιοι μὴ ἐκ τῆς ὑποφάσεως τῶν ἐχόντων αὐτοὺς ἱμποτεστάτε, ἀλλ' ἐξ ἄλλων οἰωνδήποτε αἰτίων, εἴτε ἀπὸ καμάτων οἰκείων, εἴτε ἀπὸ φιλοτιμίας τῆς τύχης, ταῦτα εἰσφέρειν τοῖς ἀπὸ γαμικῆς αἰτίας κτηθεῖσι, καὶ τοῖς ἐκ μητρώου γένους περιελθοῦσιν εἰς τοὺς ὑπεξουσίους πράγμασιν. Ἀλλὰ καὶ ἐν αὐτοῖς τοῖς ἀπροσπορίστοις ἐφύλαξεν ἡ διάταξις ἐκείνη τὸν οὐσούφρουκτον τοῖς πατράσιν. Ἐὰν δὲ ὅλως αἱ διατάξεις αὗται κατὰ τὴν τινων ἐρμηνείαν καὶ ζώντων ἔτι τῶν πατέρων βούλωνται τὰ ἀπὸ συνηγορίας ἢ συνεδρείας κτηθέντα τοῖς υἱοῖς διαφέρειν, ὥς τὰ ἀληθῆ κανστρέσια πεκούλια, τότε οὐδὲ τὸν οὐσούφρουκτον, ἐφ' οἷς ἐπεκτήσαντο οἱ παῖδες ἀπὸ συνηγορίας καὶ συνεδρείας, ἔχουσιν οἱ πατέρες αὐτῶν, ὥσπερ οὐδὲ ἐπὶ τοῖς κανστρεσίοις πεκουλίοις ἔχουσιν οἱ πατέρες οὐσούφρουκτον. Κατὰ μέντοι τὴν ἐμὴν παράδοσιν ὁμῶς εὐρίσκεται τὰ ἀπὸ συνηγορίας κτηθέντα σήμερον τοῖς ἐξ ἄλλης οἰασητοτοῦν αἰτίας κτηθεῖσι καὶ μὴ προσποριζομένης κατὰ ἐκείνην τὴν διάταξιν. Ἔως γὰρ ὅτε περίεστιν ὁ πατήρ, δύναται αὐτοῖς κεκρῆσθαι καὶ μετὰ τὴν αὐτοῦ τελευτὴν τότε διεκδικοῦσιν αὐτὰ κατεξαίρετον οἱ κτησάμενοι. Ἐπεὶ γὰρ ὥσανει κανστρέσιά εἰσι τὰ ἀπὸ τινος τέχνης τῷ ὑπεξουσίῳ προσποριζόμενα, διὰ τοῦτο καὶ ὥς ιδιόκτητον πεκούλιον εἶπε τοῦτο ὁ Βασιλικός. Κυρίως γὰρ ιδιόκτητον τὸ κανστρέσιον, ὥσανει δὲ ιδιόκτητον τὸ μὴ ὄν κανστρέσιον ἀλλ' ὥσανει κανστρέσιον.³¹

La domanda posta dallo studente è la seguente: possono considerarsi ancora necessarie C. 1.51.7 e C. 2.7.4 alla luce della riforma introdotta da Giustiniano (C. 6.61.6) in virtù della quale tutti i beni acquistati dai *fili* in *potestate* a qualunque titolo non entrano nel *dominium* dei loro *patres*? Lo studente deve avere notato, in altri termini, che la riforma propugnata da Giustiniano introduceva la regola generale secondo la quale, a parte i beni acquistati dai *fili* in *potestate ex substantia patris* che erano acquistati in proprietà dal *pater*, su tutti gli altri beni pervenuti ai *fili* – compresi quelli provenienti dall'esercizio di attività lavorative (*laboribus suis*) – i padri avrebbero acquistato l'usufrutto. Alla luce di questa riforma, dunque, anche i beni *ex adsessione* ed *ex advocazione* sarebbero rientrati nell'usu-

³¹ [HEIMBACH]: *Interrogatio: quid vero est, quod vel hanc vel illam constitutionem hodie necessariam putes post promulgatam piissimi Imperatoris sanctionem, qua, quaecumque filiifamilias ex qualibet causa acquisita sunt non acquiruntur eorum patribus? (Haec constitutio reperitur lib. 45 tit. 4 cap. 9). Disce. Est sane talis constitutio sanciens, quaecumque filiifamilias sibi non ex substantia eorum, in quorum potestate sunt, adquisierint, sed ex aliis quibuscumque causis, sive ex laboribus suis, sive ex liberalitate fortunae, ea similia videri illis, quae ex nuptialibus causis acquisita sunt, atque his, quae ex materno genere ad filiosfam. perveniunt. Sed et in his adventiis eadem constitutio usufructum patribus reservavit. Quodsi vero omnino hae constitutiones, secundum nonnullorum interpretationem, patribus adhuc viventibus, ea, quae ex advocazione vel adsessione quaesita sunt, filiis prodesse volunt, tamquam vera peculia castrensis, tunc neque usufructum eorum, quae filii ex advocazione vel adsessione adquisieverunt, patres habebunt, uti nec in castrensibus peculiis habent. At secundum explicationem meam ea quae ex advocazione obtigerunt, hodie pari iure censentur cum illis, quae ex quavis alia causa acquisita sunt, et neutiquam cum illis, quae parta sunt secundum illam constitutionem. Quousque enim pater superstes est, illis uti frui potest; et post eius obitum demum ea sibi vindicant acquirentes. Quoniam vero quasi castrensis sunt, quae ex arte quadam filiofamilias obveniunt, ideo etiam Basilicus ὡς ιδιόκτητον hoc peculium appellavit, id est, proprio labore partum. Proprie enim ιδιόκτητον castrense est; sed quasi ιδιόκτητον, non castrense, sed quasi castrense.*

La chiusa del frammento è stata, certamente, aggiunta più tardi in calce al commento di Taleleo, poiché si menzionano i Basilici come opera già pubblicata. La chiusa conferma l'interpretazione di Taleleo, secondo la quale i proventi *ex adsessione* ed *ex advocazione* rientrano nel peculio quasi castrense, quindi i *fili* avrebbero potuto rivendicarli solo dopo la morte del *pater*, al quale spettava, invece l'usufrutto.

frutto dei *patres*, rendendo superflue le previsioni di C. 1.51.7 e C. 2.7.4 che prescrivono che solo *post patris obitum* sia possibile da parte dei *fili* in *potestate* rivendicare i beni *ex adsessione* ed *ex advocazione*.

La risposta di Taleleo, per cominciare, ripercorre il contenuto di C. 6.61.6 che già conosciamo. Per prima cosa si esplicita l'interpretazione con la quale l'antecessore era entrato in contraddizione nel commento che abbiamo analizzato in precedenza: nonostante il *ductus* logico di C. 6.61.6 sia chiarissimo nell'attribuire ai *patres* solo l'usufrutto sui beni che ai *fili* sono pervenuti in ragione di qualunque causa (salvi i beni acquistati *ex substantia patris*), alcuni giuristi ritengono che i proventi *ex adsessione* ed *ex advocazione* vengano acquistati in proprietà dai *fili* in *potestate*, come se si trattasse del *peculium castrense*, quindi senza che si possa configurare l'usufrutto a favore dei *patres*.

Seguendo quest'ultima chiave interpretativa, che però non tiene conto come sappiamo dell'inciso *post patris obitum* che compare sia in C. 1.51.7 sia in C. 2.7.4, queste due ultime costituzioni disegnerebbero un regime derogatorio dei beni *ex adsessione* ed *ex advocazione* rispetto a tutti gli altri proventi *ex laboribus suis*.

Diversamente, secondo Taleleo, i beni *ex advocazione* (ma il discorso è identico per quelli *ex adsessione*) rientrano tra tutte quelle cause che C. 6.61.6 individua come estranee rispetto alla *substantia patris*; di conseguenza su questi beni i *patres* sarebbero stati titolari di un diritto di usufrutto e, solo dopo la sua morte, i *fili* avrebbero potuto rivendicare in qualità di proprietari i beni in questione. A nostro avviso, l'interpretazione propugnata da Taleleo è quella corretta: solo così leggendo i testi si spiegherebbe, infatti, l'inciso *post patris obitum* che compare in C. 1.51.7 e C. 2.7.4 e non si creerebbe una disparità di trattamento tra i proventi *ex advocazione* ed *ex adsessione* e i proventi derivanti da altre simili attività professionali dei *fili* in *potestate*. Del resto, l'interpretazione di Taleleo pare quella accolta dai giuristi bizantini più tardi, tanto che nella chiusa del frammento – certamente scritta dopo la pubblicazione dei Basilici³² – proprio a conferma che sui proventi in questione i *patres* sarebbero stati titolari dell'usufrutto, si dice che essi dovevano considerarsi inclusi nel *peculium quasi castrense* e non nel *peculium castrense*. Solo in quest'ultimo caso il *filius in potestate* avrebbe potuto considerarsi proprietario dei beni avrebbe potuto rivenderli anche se il *pater* era ancora in vita.

In conclusione, accogliendo la chiave di lettura propugnata da Taleleo sia C. 1.51.7 e C. 2.7.4 sono costituzioni superflue nel sistema del Codice, perché sarebbe bastata la previsione generale di C. 6.61.6 per fare rientrare i beni *ex adsessione* ed *ex advocazione* tra quelli sui quali, in diritto giustiniano, i *patres* sarebbero stati titolari del diritto di usufrutto, e non nel *dominium*.

4. ESAME DI C. 2.7.15 (A. 472) E C. 2.7.16 (A. 474).

Proseguiamo con l'esame di due costituzioni imperiali che analizzeremo nello stesso paragrafo perché Taleleo svolge per esse un identico ragionamento, occasionato dal medesimo problema giuridico posto dai testi. Cominciamo da:

C. 2.7.15 pr.-1: IMP. LEO A. DIOSCORO PP. *Post duos fisci patronos, qui ex anterioribus constitutionibus iisdem beneficiis muniuntur, sexaginta quattuor togatos, qui in praesenti sunt, a primo usque ad sexagesimum quartum imperialibus beneficiis perfrui censemus, quibus fisci patroni liberique eorum honorati sunt. 1. His quoque illud adiciendum esse statuimus, ut, si*

³² Cfr., *supra*, nt. precedente.

*quis patronatus fisci adeptus gradum fatalem diem obierit, universa totius anni solacia, ex quo hoc idem officium peragere coeperit, ad heredes seu successores suos, sive liberi sive extranei fuerint, transmittendi tam ex testamento quam ab intestato liberam habeat facultatem. D XVII k. Iun. Constantinop. Marciano cons. [a.472].*³³

Si tratta di un provvedimento temporaneo dell'imperatore Leone che concede ai sessantaquattro avvocati della prefettura del prefetto del pretorio, *qui in praesenti sunt*, ossia che sono in carica alla data di emanazione della costituzione, gli stessi benefici imperiali che spettano ai *patroni fisci* e ai loro figli. Il paragrafo primo contiene una precisazione utile ai nostri fini, come ci accorgeremo: in caso di decesso, il *patronus fisci* ha diritto di trasmettere, sia per testamento sia *ab intestato*, lo stipendio annuale che compete al suo ufficio. Si tratta di un beneficio che alla luce del *principium* della costituzione si può considerare esteso anche ai sessantaquattro avvocati cui si riferisce la costituzione.

Volgiamoci a questo punto al commento di Taleleo:³⁴

Sch. 2 *ad* B. 8.1.27 = C. 2.7.15 (BS I 78/10-14; Hb. I 346): Ἑρμηνεία. Ἡ διάταξις αὕτη πρόσκαιρός ἐστι καὶ κατὰ τὸ πολὺ μέρος περιττὴς ἐν τούτῳ τῷ Κώδικι κεῖται, ὥς ἡδὴ περαιωθέντων τῶν ἐν αὐτῇ νομοθετηθέντων. Παρεκελεύσατο γὰρ τοὺς ἐν ἐκείνῳ τῷ χρόνῳ εὗρεθέντας ξδ'. συνηγόρους ἀπὸ τοῦ φισκοσυνηγόρου ἀριθμουμένους καὶ ἕως τῶν ξδ'. ἔχειν τὰ προνόμια τὰ τοῖς συνηγόροις τοῦ φίσκου ἢ τοῖς παισὶν αὐτῶν δεδομένα.³⁵

Sch. 3 *ad* B. 8.1.27 = C. 2.7.15 (BS I 78/15-27; Hb. I 346 s.): Εἰ καὶ αὐτοὶ οἱ τότε ὄντες ξδ'. δικολόγοι μετὰ τὸν φισκοσυνήγορον πάλαι καὶ πρόπαλαι ἐτελεύτησαν, ὥς τῆς διατάξεως πρὸ πολλῶν ἐνιαυτῶν ἐκφωνηθείσης, ὅμως δύναται ζητηθῆναι ὁ νομοθέτης αὐτοῦ, πολλάκις τέκνων αὐτῶν περιόντων καὶ ἐναγομένων περὶ τύχης βουλευτικῆς ἢ ταξεωτικῆς ἢ πραγμάτων διενεγκόντων αὐτοῖς λεγομένων νῦν εἶναι βουλευτικῶν. Ἐκ γὰρ τῆς διατάξεως ταύτης δύνανται καὶ υἱοὶ καὶ ἔγγονοι αὐτῶν περὶ

³³ J. CUIACIUS, *Paratitla in libros novem Codicis Justiniani repetitae praelectionis*, in *Opera*, 8, Prati 1839, coll. 606 s., analizza il titolo settimo del Codice *De advocatis diversorum iudiciorum* e ricorda alcune particolari prerogative e privilegi che spettano agli avvocati dei fori speciali, come quello del prefetto del pretorio o del *praefectus urbi*. Lo studioso, sulla base dei riscontri forniti dalla *pro Cluentio* di Cicerone e dal commento di Asconio, distingue tra *patroni* e *advocati*, dicendo che i primi sono coloro che patrocinano le cause davanti ad un giudice, mentre i secondi si limitano solo a suggerimenti e, quindi, possono intervenire anche in sede extra giudiziale. La trattazione sugli avvocati del fisco ricorre nella col. 609. Per una panoramica generale del titolo cfr. J. CUIACIUS, *In lib. IX. Codicis. Recitationes solemnes. Ad tit. VII De advocat. divers. iudiciorum*, in *Opera*, 9, Prati 1839, coll. 2361 s. Invece, nessun riferimento alla costituzione è presente in H. GIPHANIUS, *Explanatio Difficiliorum & Celebriorum Legum Codicis Iustiniani*, Coloniae 1615; nella Glossa (*Codicis Iustiniani sacratissimi principis PP. Augusti repetitae praelectionis libri XII Accursii Commentariis*, Venetiis 1584, col. 351-352) si dice solo che la legge prevede la trasmissione all'erede del salario di tutto l'anno in cui è morto l'avvocato beneficiario; peraltro, nella glossa s) alla costituzione si specifica che il numero di 64 avvocati deve essere letto in rapporto al numero complessivo di 150 giudici di quel foro.

³⁴ Per la paternità di Taleleo di questi commenti cfr. E. HEIMBACH, *Manuale Basilicorum* cit., 353.

³⁵ [HEIMBACH]: *Haec constitutio temporaria est, et magnam partem superflua in hoc Codice legitur, propterea quod, quae ea sancita sunt, iam dudum transiere. Iussit enim, advocatos LXIV qui tum erant, a Fiscis advocato usque ad sexagesimum quartum numeratos, iisdem privilegiis perfrui, quibus fisci patroni, eorumque liberi.*

τύχης ἐναγόμενοι ταξεωτικῶς ἢ βουλευτικῆς βοηθήσαι αὐτοῖς· δύναται δὲ καὶ ἐναγόμενος περὶ πραγμάτων διενεγκόντων αὐτοῖς δεῖξαι, ὅτι οὐκ ἔστι βουλευτικὰ τὰ ἐκείνους διενεγκόντα πράγματα, ὥς τῆς διατάξεως ταύτης καὶ τὴν περιουσίαν αὐτοῦ ἐναλλαξάσης ἀπὸ πάσης ἐναγωγῆς. Ταῦτα γὰρ εἶχον κατὰ ἐκείνους τοὺς χρόνους τὸ προνόμια οἱ φισκοσυνήγοροι, τὸ πάσης τύχης ἀπαλλάττεσθαι. Ἐν τούτοις οὖν μόνοις τοῖς θεματισμοῖς δύναται χρειώδης εἶναι ἡ νομοθεσία ταύτης τῆς διατάξεως.³⁶

Taleleo esordisce etichettando il testo come in gran parte superfluo nel sistema del Codice. Infatti, esso si rivolge ai sessantaquattro avvocati della prefettura del pretorio del 472 ma, ormai, al momento della redazione del commento al Codice,³⁷ nessuno di loro doveva essere più in vita. Tanto che l'antecessore ritiene che l'unica ipotesi in cui il testo potrebbe tornare ad essere utile è quella relativa alle controversie che potrebbero essere incardinate dai figli o nipoti dei sessantaquattro avvocati, a cui i detti benefici si trasmettevano. Se questi ultimi, infatti, avessero rivendicato una specifica condizione (di *curiali* o *cohortali*) o certi beni, avrebbero potuto avvalersi del testo in questione per fornire un titolo alla loro pretesa.

Si lascia apprezzare il tentativo dell'antecessore di salvare il testo della costituzione proponendone una interpretazione conservativa, piuttosto che considerarlo irrimediabilmente superfluo. Il tentativo si inquadra evidentemente in un'ottica pratica dei corsi, volti a fornire agli studenti anche un apparato di conoscenze capaci di salvare testi superflui, o almeno considerati tali ad una prima lettura.

Un percorso argomentativo simile a quello appena visto è impiegato da Taleleo con riferimento a:

C. 2.7.16 pr.-1: IMP. LEO IUNIOR ET ZENO AA. IUSTINIANO PU. *Ad similitudinem sexaginta quattuor advocatorum fori amplissimae praetorianae praefecturae quindecim tantum ex foro tuae magnitudinis, qui in praesenti gradus primos obtinent, post fisci videlicet patronum, isdem privilegiis nostrae mansuetudinis beneficio perfruantur, quibus fisci patroni libere eorum muniuntur. D XVII k. Apr. Costantinop. Leone iuniore A. cons. [a.474].*³⁸

A due anni di distanza dalla estensione dei privilegi spettanti ai *patroni fisci* a beneficio dei sessantaquattro avvocati della prefettura del pretorio, sempre a Costantinopoli, viene

³⁶ [HEIMBACH]: *Etsi advocati LXIV qui tum erant post fisci patronum, iam dudum in vivis esse desierunt, constitutione quippe ante plurimos annos promulgata, potest tamen, quod tum sancitum est, saepe usui esse liberis superstitibus, si actione de conditione curiali vel cohortali petantur, vel si res, quae ad ipsos pertinent, adhuc curiales esse dicuntur. Nam ex hac constitutione, et filii et nepotes eorum, quibus de conditione curiali vel cohortali lis movetur, sibi auxilium petere possunt. Potest etiam is, qui de rebus ad se pertinentibus litigat, ostendere, eas non amplius curiales esse, hac scilicet constitutione bona eius ab omni actione liberante. Erat enim tum fisci patronum privilegium, ab omni nexu liberos esse. In his igitur casibus solis praesens constitutio utilis esse potest.*

³⁷ Commento che in letteratura si tende a datare intorno tra il 536 e i 538 d.C. La prima data si giustifica in ragione della Novella più recente conosciuta da Taleleo; mentre la seconda deriva dalla considerazione del quinto anno di corso (contando dal primo anno inaugurato nel 534 d.C con il nuovo sistema varato dalla *constitutio Omnem*) nel quale per la prima volta Taleleo commentò il *codex repetitae praelectionis*. Sulla questione cfr. il nostro *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del Codex cit.*, 155 e nt. 150-153, con indicazione di letteratura, e quanto osservato *infra*, nt. 39.

³⁸ Per la letteratura su questo testo, rinviamo alla nota 33.

pubblicata un'altra costituzione che, sulla falsariga della prima, estende quegli stessi privilegi a favore dei primi quindici avvocati del foro della prefettura *urbi* che, per grado, occupano i primi posti dopo il *patronus fisci*.

Ancora una volta Taleleo giudica il testo superfluo perché i quindici avvocati in carica destinatari dei benefici sono da considerare tutti morti, essendo passati più di cinquant'anni dall'emanazione di quella costituzione;³⁹ ma, ancora una volta, Taleleo non esclude che il provvedimento possa tornare utile ai successori dei destinatari di quei benefici, i quali potrebbero addurre C. 2.7.16 come titolo per rivendicare singoli beni o reclamare la condizione di beneficiari dei privilegi spettanti al *patronus fisci*. Anche questa costituzione – prosegue infatti Taleleo – come già C. 2.7.15 si estende agli eredi, gli unici che, dopo l'emanazione del Codice, potrebbero ancora avere un interesse ad esibire la costituzione di fronte ad un giudice:

Sch. 1 *ad* B. 8.1.28 = C. 2.7.16 (BS I 79/1-18; Hb. I 347): Τῆς προλαβούσης διατάξεως τοῖς ξδ'. συνηγόροις τοῖς μετὰ τὸν φισκοσυνήγορον χαρισαμένης τὰ περιεχόμενα αὐτοῦ προνόμια, αὕτη κατὰ μίμησιν ἐκείνης νομοθετεῖ ιε'. συνηγόρους τοῦ ἐπάρχου τῆς πόλεως, τοὺς τότε πρώτους εὐρεθέντας μετὰ τὸν φισκοσυνήγορον τῶν αὐτῶν ἐκείνοις ἀπολαύειν προνομίων. Οὐδὲν οὖν ξένον ἔχει, ἀλλὰ τὰ αὐτὰ τῇ προλαβούσῃ περὶ τῶν ιε'. συνηγῶρων τοῦ ἐπάρχου τῆς πόλεως νομοθετεῖ, ἅπερ ἐκείνη περὶ τῶν ξδ'. παρὰ τῷ ἐπάρχῳ τῶν πραιτωρίων εὐρεθέντων πρῶτον ἐνομοθέτησεν. Ὡς περ οὖν ἐν ἐκείνῃ εἰπὼν σοι, ὅτι αὐτοὶ μὲν, περὶ ὧν ἡ νομοθεσία γέγονε, σήμερον οὐχ ὕπαισιν οὐδὲ τρακταῖζεται ἐπὶ τούτων τῶν προσώπων ἡ νομοθεσία, συμβαίνει δὲ τέκνα αὐτῶν ἢ ἐγγόνους περὶ τύχης ἐνάγεσθαι ἢ πράγματα αὐτῶν, ὥς βουλευταὶ ἢ ταξεῶται ἢ κογχυλευταὶ ὄντες, διεκδικεῖσθαι· καὶ ἐπὶ τούτοις τοῖς πράγμασιν αὐτῶν ἢ τοῖς διαδόχοις αὐτῶν χρειώδης ἐστὶν ἡ νομοθεσία ἐκείνη μέχρι σήμερον· οὕτω καὶ αὕτη ἐπὶ τέκνων καὶ ἐγγόνων αὐτῶν καὶ ἐπὶ τοῖς πράγμασιν αὐτῶν δύναται ζητηθῆναι·

³⁹ Non sembra conducente il riferimento all'arco temporale di 'più di cinquant'anni' di cui si fa menzione nel testo per datare il commento di Taleleo al 533 d.C. Infatti, secondo alcuni studiosi (P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*², München und Leipzig 1912, 411; ID., *Über wirkliche und scheinbare Überlieferung vorjustinianischen Wortlauts im Kommentar des Thalelaeus zum Codex Iustinianus*, in ZSS 26, 1915, 86 s.; G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del codice giustiniano. Continuazione*, in BIDR 29, 1916, 154 s. [= V. ARANGIO-RUIZ (a cura di), *Scritti giuridici*, I, *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Pavia 1922, 238 s.]; F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig 1916, 131 s.; B. KÜBLER, v. 'Thalelaios', in PWRE, *zweite Reihe, neunter Halbband*, Stuttgart 1934, 1208 ss.; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 689; H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln-Graz 1968, 131 nt. 4) l'indicazione temporale fornita da Taleleo andrebbe intesa nel senso che per più di cinquant'anni si dovrebbe intendere un tempo massimo di cinquantanove anni, che sommati a 474 danno come risultato il 533 d.C. Ciò fornirebbe una prova della prima redazione del commento sul *Novus Codex*. Tuttavia, l'arco temporale è indicato in maniera troppo vaga; più di cinquant'anni potrebbero infatti corrispondere anche a cento e più anni; e sarebbe, peraltro, arbitrario limitare l'arco temporale in questione a soli cinquantanove anni (in quest'ultimo senso vd. E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Von den griechischen Bearbeitungen des Codex*, in ZSS 8, 1887, 43 (= *Kleine Schriften zur römischen und byzantinischen Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1973 306); P. KRÜGER, *Über wirkliche und scheinbare Überlieferung vorjustinianischen Wortlauts im Kommentar des Thalelaeus zum Codex Iustinianus*, in ZSS 36, 1915 87; D. SIMON, *Aus dem Codexunterricht des Thalelaios*. D. cit., 283 nt. 33, con ulteriore indicazione di letteratura]. Altri gli indizi possono essere impiegati per tentare di datare il commento di Taleleo. Sul tema di una prima stesura del commentario di Taleleo al *Novus Codex*, cfr. S. SCIORTINO, *Conjectures* cit., 157 ss.

ἐν αὐτοῖς δὲ τοῖς προσώποις οὐκ ἐνδέχεται αὐτὴν τρακταῖσθῆναι πάλαι καὶ πρόπαλαι τελευτησάντων τῶν τότε εὐρεθέντων ἰε'. πρώτων συνηγόρων διὰ τὸ ἀνύεσθαι ἐκ τῶν χρόνων τῆς διατάξεως ὑπὲρ τοὺς πεντήκοντα καὶ πλεον ἐνιαυτούς.⁴⁰

Ancora una volta, di fronte ad un testo ormai divenuto superfluo, Taleleo non si sottrae al tentativo di proporre una interpretazione che possa rendere ancora utile il provvedimento nella pratica forense, a favore degli eredi dei quindici avvocati della *praefectura urbi*. Ci sembra una importante conferma dell'attenzione che gli antecessori prestavano durante i loro corsi alla pratica del diritto.⁴¹ Lo sforzo di Taleleo di fornire ai suoi studenti una interpretazione conservativa di C. 2.7.15-16 si inquadra all'interno di una più ampia attenzione alla formazione pratica, specialmente per gli studenti che al quinto ed ultimo anno di corso si dedicavano allo studio delle costituzioni imperiali.

5. ESAME DI C. 2.18(19).3 (A. 199).

Ancora un giudizio in termini di inutilità di una costituzione imperiale contenuta nel *codex repetitae praelectionis* viene formulato da Taleleo in riferimento a:

C. 2.18(19).3 IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. HADRIANO. *Sive pro fratre coherede pecuniam solvisti, negotiorum gestorum actione experiri potes, sive pignoris liberandi gratia debitum universum solvere coactus es, actionem eandem habebis vel iudicio familiae herciscundae, si non est inter vos redditum, eam quantitatem adsequeris*. PP. VIII k. Febr. Anullino et Frontone cons. [a. 199].

La costituzione, un rescritto, dispone che se il richiedente ha pagato una somma di denaro in favore del fratello coerede, egli avrebbe potuto esperire l'*actio negotiorum gestorum* per il recupero della *pecunia*; se poi il postulante era stato costretto a pagare l'intero debito per liberarlo dal peso di un pegno, spetterà, in alternativa all'*actio negotiorum gestorum*, l'*actio familiae herciscundae* per il recupero dal fratello della somma pagata.

Orbene, Taleleo commenta il testo nell'ottica del processo libellare giustiniano, precisando ai suoi studenti che se il testo fosse letto nel senso che, una volta esperita l'*actio familiae herciscundae*, essa non sarebbe stata poi più esperibile e si sarebbe dovuto fare ricorso necessariamente all'*actio negotiorum gestorum*, il provvedimento sarebbe inutile, poiché in diritto giustiniano non vige più l'effetto preclusivo *ipso iure* della *litis contestatio*, caratteristico del processo formulare relativamente ai *iudicia legitima, in personam e in ius*:

⁴⁰ [HEIMBACH]: *Interpretatio*. Cum superior constitutio LXIV advocatis, qui fisci patronos proximo gradu sequebantur, eadem cum ipsis privilegia indulerit, haec ad eius exemplum sanxit, XV Praefecturae Urbicariae, togatos qui primos gradus post fisci patronus, obtinent iisdem cum ipso privilegis perfrui. Nihil igitur novi continet, sed, quae praecedens constitutio de LXIV Praefecturae Praetorianae, advocatis, haec de XV Praefecturae Urbicariae statuit. Sicut igitur ibi dixi, eos, in quorum gratiam illa sanctio promulgata est, hodie non amplius superesse, neque adeo de iis personis tractari; contingere tamen ut, vel liberi eorum vel nepotes propter conditionem actione petantur, vel etiam eorum bona, tamquam curialium aut cohortalium aut murilegularum vindicentur, tali denique in negotio illam sanctionem eorum successoribus usque ad hodiernum diem utilem esse posse: ita et haec constitutio super liberis et nepotibus et negotiis eorum proferri potest; super ipsis vero personis, quarum causa data est, tractari nequit, quippe dudum mortuis XV togatis, qui tum primum gradum obtinebant. Anni enim plus quinquaginta ex eo tempore sunt praeterlapsi.

⁴¹ Cfr. *infra*, § 7.

Sch. 2 *ad* B. 17.2.3 = C. 2.18(19).3 (BS III 1051/4-11; Z. 156): Ἀκολουθῶς οὖν τοῖς παλαιοῖς τὰ β'. μέρη ταῦτα ἔφρασεν ἡ διάταξις. Καὶ τοῦτο σήμερον ἐκ περίττου πρόσκειται· τὸ γὰρ εἰρημένον 'φαιμλίαε νερκισκούνδαε κινούμενον ἅπαξ οὐκ ἐτι κινεῖται ἐκ δευτέρου' ἐπὶ τῶν λεγιτίμων κρατεῖ δικαστηρίων, ἅτινα σήμερον οὐκ ἔστιν ἐν πολιτείᾳ. Ἐγὼς γάρ, <ὅτι> τοῖς ἐξτραορδιναρίοις ὅμοια σήμερόν ἐστι πάντα τὰ δικαστήρια, καὶ ἐκ δευτέρου κινεῖται καλῶς τοῦτο τὸ δικαστήριον, ἀντίκειται δὲ αὐτῷ ἡ REI IN ΙΟΥΔΙΚΙΟΥΜ DEDUCTAE ἢ REI IUDICATAE παραγραφή.⁴²

Sul piano storico, osserva Taleleo, opportunamente la costituzione ha previsto la concessione di due azioni poiché, a causa dell'effetto preclusivo *ipso iure* che operava con riferimento ai *iudicia legitima* (nel caso di azioni *in personam* con *intentio in ius*), si sarebbe potuto verificare che una volta intentata, l'*actio familiae erciscundae* non si sarebbe più potuta esercitare, con la conseguenza che l'attore avrebbe potuto giovare dell'*actio negotiorum gestorum*. Tuttavia, prosegue Taleleo, questo sistema valeva per il processo formulare, per il quale era possibile distinguere tra *iudicia legitima* e *iudicia quae imperio continentur*. Ma, ormai, in diritto giustiniano, essendo tutti i *iudicia extra ordinem*, sarebbe stato sempre possibile intentare una seconda volta l'azione, salva naturalmente l'opposizione della *exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

Il ragionamento di Taleleo, poi, tanto più vale in diritto giustiniano il quale ammetteva l'esercizio della stessa azione o di un'altra azione *de eadem re* in tutti i casi in cui l'attore potesse ancora recuperare un residuo.⁴³ Ragione per cui, a leggere il testo nel senso che esercitata una delle due azioni, l'esercizio della stessa azione *de eadem re* una seconda volta sarebbe stato precluso *ipso iure*, si sarebbe scontrato, ai tempi dell'emanazione del Codice, sia con l'abolizione dei *iudicia legitima*, sia con la possibilità di reiterazione l'azione per un residuo. Sotto il primo profilo, l'azione si sarebbe potuta intentare una seconda volta *de eadem re*, salva naturalmente l'opponibilità dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*; sotto il secondo profilo, da C. 8.41(40).28 pr.-1 una costituzione di Giustiniano del 531, gli studiosi⁴⁴ traggono il principio generale secondo il quale il debitore in diritto giustiniano sarebbe stato libero solo dopo che il creditore fosse stato soddisfatto, eventualmente anche attraverso l'esercizio dell'azione per una seconda volta, al fine di ottenere un residuo di credito che gli era stato possibile soddisfare precedentemente.

Solo accogliendo la lettura della costituzione orientata nel senso chiarito da Taleleo, essa avrebbe avuto un senso ancora comprensibile per gli studenti del quinto anno di corso che studiavano le costituzioni del Codice di Giustiniano: l'abolizione dei *iudicia legitima*,

⁴² L'attribuzione del testo a Taleleo deriva da chiari indizi di antichità consistenti, oltre che nell'impiego di caratteri latini per descrivere gli istituti del diritto romano classico, anche da un confronto con i principi classici del processo formulare, anch'esso rinvenibile solo nelle spiegazioni degli antecessori. Anche lo Zachariae von Lingenthal propende per l'attribuzione del testo a Taleleo, come si evince dalla traduzione latina curata dallo studioso e che riportiamo di seguito: [*Thal. παραγγ.*]: *Convenienter igitur iuri antiquo haec duo constitutio posuit. Hoc autem hodie supervacaneum est: nam quod dicitur, familiae erciscundae iudicium semel motum non posse iterum moveri, in legitimis iudiciis obtinet, qualia hodie non sunt in usu: didicisti enim, hodie omnia iudicia extraordinariis similia esse, ideoque recte iterum hoc iudicium moveatur, sed obstat ei rei iudicium deductae vel rei iudicatae exceptio.*

⁴³ Per un quadro di sintesi sulla abolizione in età giustiniana della preclusione processuale e della distinzione tra i *iudicia legitima* e i *iudicia imperio continentia*, vd. S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustiniano*, Torino 2018, 122.

⁴⁴ I. ALIBRANDI, *Del concorso delle azioni*, in *Opere giuridiche e storiche*, I, Roma 1896, 163 ss.; U. BRASIELLO, *Corso di diritto romano. Atto illecito, pena e risarcimento del danno*, Milano 1957.

infatti, privava di fondamento giuridico il provvedimento, occasionato dalla opportunità di evitare che l'attore, esercitato un *iudicium legitimum in personam e in ius*, non potesse *ipso iure* agire una seconda volta con la stessa azione. Piuttosto, in diritto giustiniano, essendo ormai tutti i *iudicia extra ordinem*, sarebbe sempre stato possibile agire una seconda volta – tanto più per recuperare un residuo – salva naturalmente l'opponibilità da parte del convenuto dell'*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*.

6. ESAME DI C. 6.58.2 (A. 239).

Concludiamo l'esame delle costituzioni imperiali contenute nel *Codex repetitae praelectionis* e valutate da Taleleo come superflue con l'esame di:

C. 6.58.2: IMP. GORDIANUS A. TATIANAE ET ALIIS. *Si eius, quae vos heredes instituit, patri non quaesistis hereditatem posteaque mortuo patre ac repudiata eius hereditate defunctae successionem agnovistis, ea, quae bonorum sunt defunctae, ab his separari, quae patris vestris fuerunt, praeses provinciae non ignorabit. PP. VI id. April Gordiano A. et Aviola cons.* [a. 239].⁴⁵

Il provvedimento affronta un caso di separazione dei beni dell'erede rispetto a quelli del defunto, sulla base di un presupposto giuridico ormai venuto meno in età giustiniana. Il *casus* presupposto dal rescritto può essere ricostruito come segue: i richiedenti, *filii in potestate*, per evitare di acquistare al *pater* il *dominium ex iure Quiritium* dell'eredità di una defunta, rispetto alla quale avevano ricevuto una delazione, non avevano effettuato l'*aditio hereditatis*. Una volta morto il *pater* e ripudiata la sua eredità, i richiedenti avevano deciso di accettare l'eredità della defunta: ebbene, costoro avrebbero beneficiato del diritto di ottenere la separazione dei beni della defunta rispetto a quelli appartenuti al loro *pater*.

La decisione da parte dei richiedenti di non accettare l'eredità di una defunta, dalla quale erano stati istituiti eredi, trova la sua motivazione nel volere evitare che il *pater* acquisisse il *dominium* sui beni ereditari pervenuti ai *filii in potestate*. Tuttavia, una serie di riforme che si sono susseguite a partire dall'età postclassica avevano tagliato in radice il presupposto della costituzione, poiché, a più riprese, era stato disposto che il *pater* acquistasse sui beni *ex hereditate* pervenuti ai *filii in potestate* solo l'usufrutto.

Una prima previsione di questo genere si può rinvenire in una costituzione degli imperatori Leone e Antemio del 472 d.C.,⁴⁶ che aveva disposto che sui beni pervenuti ai *liberi in potestate* a titolo di eredità, il *pater* acquistasse l'usufrutto e non il *dominium*. Del resto,

⁴⁵ Sulla costituzione, forse proprio perché superflua, non si è concentrata l'attenzione della dottrina e attorno ad essa non si è aggregata alcuna letteratura. HOMMEL REDIVIVUS, *Oder Nachweisung der bei den vorzüglichsten älteren und neueren Civilisten vorkommenden Erklärungen*, hrsg. Th. Schimmelpfeng, III, Cassel 1859, 233, rinvia solo ai Basilici e dunque a Taleleo; non si occupa del testo neppure H. GIPHANIUS, *Explanatio difficiliorum & celebriorum legum codicis Iustiniani* cit. Infine, nella Glossa non si trova nulla più che la descrizione del *casus* in questi termini: "Pone, Berta me fecit heredem sibi, quandiu fui in potestate patris mei, hereditatem eius non adiui, postea mortuo patre meo hereditatem patris mei repudiaui, & hereditatem Bertae agnoui, dicit, si uolo bona Bertae separari a bonis patris, praeses provinciae interponet partes suas, ut separatio fiat".

⁴⁶ C. 6.61.4 pr.: IMPP. LEO ET ANTHEMIUS AA. ERYTHRIO PP. *Quaecumque res ad filium vel filiam, nepotes, sive pronepotes utriusque sexus in potestate constitutos ex priore vel secundo aut tertio seu coniugio numerosiore pervenerint ex dote vel quacumque donatione seu hereditate legato vel fideicommisso, earum usque in diem vitae suae pater vel avus vel proavus usum fructum habeant* rell. [a. 472].

Giustiniano, come già sappiamo,⁴⁷ aveva esteso questa riforma, disponendo che tutti i beni pervenuti ai *filii in potestate non ex substantia patris* sarebbero stati acquistati all'avente potestà solo in usufrutto. Giustiniano era tornato, poi, a ribadire lo stesso principio due anni dopo, sempre con una costituzione accolta nel Codice, la quale aveva stabilito che tutti i beni dei figli *in potestate*, acquisiti *non ex paterna substantia*, sarebbero spettati ai padri o agli altri aventi potestà solo in usufrutto.⁴⁸

Era questo lo stato del diritto di Giustiniano al tempo dell'emanazione del Codice e della redazione del commento di Taleleo, il quale, con riferimento alla nostra costituzione nota quanto segue:

Sch. 2 *ad* B. 45.1.44 = C. 6.58.2 (BS VII 2674/20-32; Hb. IV 498 s.): Σήμερον ἡ διάταξις περιττὴ ἐστίν. Οὐδὲ γὰρ δυνατόν προσπορισμὸν γίνεσθαι, ἵνα μόνον <ὁ> οὐσούφρουκτος καὶ αἱ κληρονομιαῖαι ἀγωγαὶ προσπορίζωνται, τελευτήσαντος δὲ τοῦ πατρὸς καὶ ὁ οὐσούφρουκτος αὐτομάτως καὶ αἱ ἀγωγαὶ πρὸς τοὺς παῖδας ἐπανατρέχουσιν. Εἰ δὲ βούλει, μὴ περιττὴν, ἀλλὰ χρειώδη τὴν διάταξιν ποιήσον καὶ θεμάτισον, ὅτι τῇ περὶ τὸν πατέρα διαθέσει οἱ παῖδες ἐγράφησαν κληρονόμοι· τότε γὰρ δοκεῖ ἑξέρε τοῦ πατρὸς προσπορισμὸς αὐτῆς τρακταῖσθῆναι, καὶ πᾶσα ἡ διάταξις εὐρίσκεται ἀναγκαία. Ὅτι δὲ ὁ διαθέσει τῇ πρὸς ἐμὲ γραφεὶς κληρονόμος *extremea* δοκεῖ κτᾶσθαι τὴν κληρονομίαν, μάθε ἀπὸ διαιρέσεως τῶν βοναφίδε δουλευόντων ἐλευθέρων, οἵτινες τὰ *ex re uel ex re* προσπορίζουσιν ἡμῖν, καὶ ἐὰν γραφῶσι κληρονόμοι τῇ περὶ ἡμᾶς διαθέσει, προσπορίζουσιν ἡμῖν τὴν κληρονομίαν, οὐχ ὥς ἐξ ὁπέρις, ἀλλ' ὥς ἐξέρε. Καὶ τοῦτο τὸ νόμιμον εἴρηται ἐν τῷ μς'. (45) διγ. τοῦ β'. τιτ. τοῦ κθ'. τῶν Διγ. βιβ., ὅπερ ἐστὶ δεύτερον <δε>τεσταμέντις.⁴⁹

Presupponendo che il *pater* acquistasse sui beni ereditari accettati dal *filius in potestate* solo l'usufrutto, Taleleo giudica il testo superfluo, infatti, non ci sarebbe alcun motivo da

⁴⁷ Abbiamo già avuto modo di occuparci, *supra*, § 3, di C. 6.61.6, la costituzione di Giustiniano del 529 d.C. alla quale facciamo riferimento nel testo.

⁴⁸ C. 6.61.8 pr.: IMP. IUSTINIANUS A. IOHANNI PP. *Cum non solum in maternis rebus, quae filii familias deferunt, sed etiam de aliis omnibus, quae acquisitionem effugiunt, et maxime post novellam nostri numini legem, quae omnia, quae extrinsecus ad filios familias perveniunt et non ex paterna substantia, non esse adquirenda patribus statuit, nisi tantummodo ad usum fructum, variae altercationes exortae sunt et varios eventus variosque continent tractatus et semper in iudiciis versantur, necesse est utiliter et apertissime omnia dirimere.* La precedente costituzione dello stesso Giustiniano richiamata nel testo è proprio C. 6.61.6. Abbiamo trascritto solo il *principium* che svolge la funzione di una prefazione, dopo la quale il testo risolve alcuni problemi interpretativi che si erano presentati nella pratica e legati alle riforme di cui è menzione in premessa.

⁴⁹ [HEIMBACH]: *Hodie supervacanea est constitutio. Neque enim acquisitio fieri potest ita, ut acquiratur tantum usufructus et actiones hereditariae, mortuo autem patre usufructus per se et actiones ad filios redeant. Sin autem velis non supervacaneam, sed utilem facere constitutionem, posse etiam, patris contemplatione filios heredes esse scriptos: tunc enim acquisitio ex re patris facta videtur, et tota constitutio invenitur necessaria. Eum autem, qui mei contemplatione heres scriptus est, ex re mea videri quaerere hereditatem, disce ex divisione hominum liberorum bona fide servientium, qui ex re vel ex operis nobis acquiruntur, et si heredes scripti fuerint affectione erga nos, hereditatem nobis acquirunt, non tamquam ex operis, sed tamquam ex re. hoc ius autem habetur dig. 45 tit. 2 lib. 29 Digestorum, qui est secundus de testamentis.* Il testo può senz'altro essere attribuito a Taleleo (in questo senso cfr. E. HEIMBACH, *Manuale Basilicorum* cit., 388), poiché si tratta di un commento ad una costituzione del Codice che tradisce chiari indizi di antichità come l'uso, tipico degli antecessori, di citare parole del linguaggio giuridico in latino; ovvero l'uso, altrettanto tipico degli antecessori, di richiamare passi paralleli del Digesto che erano stati oggetto di studio negli anni di corso precedenti al quinto.

parte del figlio in potestà di rifiutare un'eredità, poiché essa non sarebbe stata acquistata in *dominium* al *pater* – con la conseguenza che questi avrebbe potuto disporne in vita a suo piacimento – ma solo in usufrutto. E anche le azioni ereditarie spettanti al *pater*, alla sua morte, si sarebbero trasmesse ai figli.

Tale giudizio di inutilità cadrebbe e la costituzione potrebbe tornare utile – prosegue Taleleo – se si considera l'istituzione di erede avvenuta *ex contemplatione patris*. Se, in altri termini, si ritiene che l'istituzione di erede sia avvenuta in ragione della qualità di *filius in potestate*, quindi in ragione del legame con il *pater*, allora l'istituzione di erede è da qualificare *ex re patris* e di conseguenza, essa viene acquisita nel *dominium* del *pater* e non solo in usufrutto. Si applicherebbe lo stesso regime descritto nel Digesto⁵⁰ per il *liber homo bona fide serviens* il quale, appunto, acquista al *dominus* servito erroneamente e in buona fede l'eredità pervenutagli *ex re*, ossia proprio in ragione del suo stato di *liber homo bona fide serviens*.

Interpretata in tale maniera C. 6.58.2, tornerebbero valide le ragioni che spingono il *filius in potestate* a non accettare l'eredità che gli dovesse pervenire da un estraneo, proprio per evitare che il *pater* l'acquisti in proprietà; e tornerebbe utile anche la previsione del beneficio della separazione dei beni previsto dalla costituzione in favore del *filius*. Egli, ripudiata l'eredità paterna, potrebbe infatti beneficiare della separazione del patrimonio del *pater* rispetto a quello pervenuto in eredità da un terzo, eredità *ex re patris* che finalmente, dopo la morte del padre, il figlio potrebbe acquistare evitando che essa venga acquistata in proprietà al *pater* titolare della *patria potestas*.

7. RIFLESSIONI CONCLUSIVE.

Non abbiamo elementi per giudicare se alle costituzioni imperiali (C. 1.51.7; C. 2.6.6.5; C. 2.7.4; C. 2.7.15; C. 2.7.16; C. 2.18(19).3 e C. 6.58.2) valutate come superflue da Taleleo, se ne debbano aggiungere altre. Lo stato frammentario in cui ci è pervenuto il commento di questo antecessore al Codice non consente di verificarlo. Tuttavia, un dato statistico balza all'occhio: cinque dei sette casi di giudizi di superfluità di costituzioni imperiali che abbiamo rinvenuto riguardano costituzioni contenute nel secondo libro del Codice, il libro in relazione al quale sono pervenuti i più ampi stralci del commento di Taleleo al Codice.⁵¹ Naturalmente, per ciò solo non si può inferire che anche per gli altri libri l'antecessore avesse formulato giudizi di superfluità con la stessa ricorrenza statistica, tuttavia è lecito congetturare anche per gli altri libri il ricorrere di una significativa presenza di giudizi di superfluità.

Quel che è certo è che il nostro antecessore si pose in una precisa prospettiva nell'analisi del diritto codificato nel 529 d.C. Ciò sembra rilevare uno scopo che Taleleo dovette prefiggersi nella sua opera e cioè di chiarire ai suoi allievi quali costituzioni erano superate e come poterle rendere ancora utili, proponendone interpretazioni conservative.

Su questo punto è possibile compiere una breve riflessione. In particolare, ci pare legittimo ipotizzare che i compilatori del Codice si fossero sentiti, per così dire, pressati dal-

⁵⁰ D. 29.2.45.4 (Iul. 1 ad Urs. Fer.): *Et quod a quibusdam respondetur, si liber homo, qui bona fide mihi serviebat, propter me heres institutus erit, posse eum iussu meo adire hereditatem, potest verum esse, ut intelligatur, non opera sua mihi adquirere, sed ex re mea, sicut in stipulando et 'per traditionem' accipiendo ex re mea mihi adquirat.*

⁵¹ Cfr., sul punto, il nostro *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del Codex cit.*, 113 ss.

l'istanza, proclamata propagandisticamente da Giustiniano, di redigere un codice completo e privo di lacune, al punto da collocare, talvolta, nella raccolta legislativa costituzioni delle quali si sarebbe potuto fare a meno o perché contenevano regole di dettaglio desumibili da costituzioni più generali (C. 1.51.7; C. 2.6.6.5; C. 6.58.2) o perché si trattava di costituzioni occasionali, contingenti e superate dallo scorrere del tempo (C. 2.7.4; C. 2.7.15; C. 2.7.16) o, infine, perché lo stato del diritto che le aveva occasionate (come nel caso di C. 2.18(19).3) era da considerare ormai mutato.

È da apprezzare, allora, l'atteggiamento di Taleleo volto a recuperare, per quanto possibile, la funzionalità dei testi, proponendone letture conservative e armonizzatrici con il sistema del Codice, al fine di renderli ancora utilizzabili nei tribunali. Dal che, peraltro, si può trarre una conferma dell'idea, che abbiamo recentemente prospettato,⁵² di un approccio anche pratico seguito dagli antecessori nell'insegnamento del diritto e impostato, oltre che in chiave teorico-dogmatica, anche sul piano della fruizione dei testi nella prassi forense.

⁵² In S. SCIORTINO, *Il nome dell'azione nel libellus conventionis giustiniano* cit., 179 ss.

EMANUELE STOLFI
(Università di Siena)

Attorno a critica del testo
e storia del pensiero giuridico.
Alcune riflessioni

ABSTRACT

This paper focuses on the relations between textual criticism and history of Roman legal science, in a perspective not only methodological but also historiographical. The author considers particularly the researches of five scholars, Italian (Riccobono, Ferrini, Di Marzo) and German (Lenel and Schulz), that worked in the age of the interpolation criticism. For this reason their studies on Roman jurists are still more significant: the respective approaches and interpretative results offer from some angles continuities and analogies, from others important differences (especially with reference to philological sensibility and textual criticism adopted).

PAROLE CHIAVE

Critica del testo; interpolazionismo; storia del pensiero giuridico romano; storiografia romanistica fra XIX e XX secolo.

ATTORNO A CRITICA DEL TESTO E STORIA DEL PENSIERO GIURIDICO. ALCUNE RIFLESSIONI

SOMMARIO: 1. Il senso di un itinerario. – 2. Qualche equivoco da fugare. – 3. Alcune vicende esemplari, in Italia ... – 4. ... e in Germania.

1. IL SENSO DI UN ITINERARIO.

Le considerazioni che affido a queste pagine nascono da un incontro di studio e anche da un'occasione di festa, non solo per la comunità romanistica palermitana. Il ritrovamento della *Parte speciale* dei *Confronti testuali* di Lauro Chiazzese costituisce infatti un evento quasi miracoloso, e la sua pubblicazione, curata da Giuseppe Falcone¹, assume particolare importanza da molteplici punti di vista (lo verificheremo fra breve): così da farci tornare a meditare, disponendo di ulteriori strumenti, sugli «orizzonti della critica testuale fra tradizione e nuovi indirizzi». Questo appunto il titolo del seminario, svoltosi a Palermo il 16 novembre 2018, da cui è scaturito il presente contributo – qui integrato da qualche approfondimento, oltre che dagli indispensabili riferimenti bibliografici, pur senza alcuna velleità di completezza, e lasciandone comunque invariata l'impostazione d'insieme, legata al contesto e all'originaria forma espositiva.

Nella mia comunicazione, adesso come allora, vi sono come due anime distinte, sebbene connesse. L'una è costituita da alcune rapidissime notazioni di metodo, che ovviamente non aspirano ad altro che a rendere esplicito il mio personale orientamento (come tale fatalmente opinabile) e indurre qualche ulteriore riflessione. L'altra si esprimerà attraverso alcuni sondaggi – inevitabilmente rapsodici, procedendo *per exempla* – di storia della storiografia. Trovo opportuno segnalare subito questa duplice prospettiva, sia per illustrare quali siano state privilegiate fra le molte *positiones studii* da cui il tema può essere affrontato, sia per chiarire significato e portata del percorso che seguirò nella romanistica fra Otto e Novecento, sul quale potrà anche incidere (come sempre accade) la discrezionalità di chi seleziona voci e pagine, ma che spero proprio di non aver piegato a fungere, strumentalmente, da supporto argomentativo a favore o contro questo o quello stile di ricerca. In definitiva, e nonostante le ovvie intersezioni teoriche, altro è porsi il problema delle modalità in cui esercitare, oggi, la critica testuale nelle ricerche dedicate al pensiero dei giuristi romani; altro è ripercorrere forme e limiti in cui, in un passato più o meno recente, essa è stata praticata in indagini di tal genere.

¹ Il riferimento è ovviamente a L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. FALCONE, Torino 2018.

Spero del resto che questo doppio registro risulti non incongruo anche rispetto alla visuale, a sua volta duplice, da cui l'amico Falcone ha suggerito di leggere il prezioso materiale inedito di Chiazzese dalla cui pubblicazione, come segnalato, ha tratto spunto il nostro incontro: nel senso che rendere accessibile agli studiosi quella capillare, amplissima «rilevazione 'al microscopio'»² che in larga parte risale a novant'anni fa³ assume «un valore sia su un piano storiografico sia su un piano più direttamente scientifico».⁴ E ciò nel senso, ovviamente, non che la storia della storiografia non abbia di per sé valore scientifico, ma che molti dei dati e dei rilievi rinvenibili nelle pagine di Chiazzese possono tuttoggi riuscire utilissime per chi esamini, anche in una difforme logica ricostruttiva, qualcuna delle fonti coinvolte nella sterminata serie di quei «confronti testuali» – ben 1170: un lavoro titanico, che conferisce ulteriore solidità, e un più profondo spessore, alla *Parte generale* (da cui appunto il notevole significato storiografico di cui parla il curatore del volume).

2. QUALCHE EQUIVOCO DA FUGARE.

Iniziamo dunque dal ruolo che la critica del testo ha, o dovrebbe avere, nelle indagini dedicate alla storia del pensiero giuridico romano. Sintagma, quest'ultimo, la cui portata non riesce invero così scontata,⁵ ma possiamo qui assumere come essenzialmente coestensiva con l'apporto dell'antica *scientia iuris*, anche e soprattutto nella sua cifra tecnica, guardando cioè alle logiche che ne scandivano l'elaborazione (forme dell'*interpretatio*, *rationes decidendi*, schemi argomentativi, assimilazione, e immancabile «metabolizzazione»,⁶ di motivi provenienti da altri saperi) e ai principali nuclei dottrinari che è dato ricomporre in quanto ci è giunto della produzione letteraria di ciascuno dei *prudentes*.

Già questi primissimi rilievi inducono a marcare un dato, peraltro ovvio: e che cioè sotto la complessiva designazione di «storia del pensiero giuridico» sono riconducibili approcci alquanto eterogenei, legati ora allo statuto oggettivamente variegato delle testimonianze a noi pervenute, ora semplicemente alle diverse inclinazioni scientifiche di chi le esamina. Ed è non meno evidente come il problema dell'analisi e della critica testuale conosca mol-

² Così G. FALCONE, *Premessa. Chiazzese, Riccobono e i confronti ritrovati*, in L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (Materiali)* cit., XVI.

³ Sulle ragioni per cui possiamo ritenere che il manoscritto di Chiazzese «rifletta lo stadio di elaborazione dell'indagine fino al 1929» cfr. G. FALCONE, *Premessa* cit., VII s. Ove si tenga conto che la *Parte generale* dei *Confronti testuali*, pur recando in copertina come anno di edizione il 1931, venne effettivamente ultimata nel 1933 (si veda ancora G. FALCONE, *Premessa* cit., V nt. 2), ben si comprende la profonda unitarietà della ricerca, in cui le indagini puntuali, rimaste sinora inaccessibili, hanno di fatto preceduto e sorretto la stesura di quella «generale sistemazione delle interpolazioni risultanti da confronto testuale» (così già nel titolo del cap. I della *Parte generale*, 114).

⁴ Cfr. G. FALCONE, *Premessa* cit., XVI.

⁵ Come ho cercato di illustrare in E. STOLFI, *Diritto romano e storia del pensiero giuridico*, in L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC*. Roma 10-11 ottobre 2014, Napoli 2017, 100 ss.

⁶ Nel senso soprattutto di R. ORESTANO, *Edificazione e conoscenza del 'giuridico' in Savigny. Tre motivi di riflessione*, in QF 9, 1980, 25 e ID., *'Diritto'. Incontri e scontri*, Bologna 1981, 723 ss. Cfr. anche E. STOLFI, *Il contesto culturale*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte und historische Individualität der römischen Juristen. Storia dei dogmi e individualità storica dei giuristi romani. Atti del Seminario internazionale* (Montepulciano 14-17 giugno 2011), Trento 2012, spec. 260 ss. ove altra bibl.

teplici declinazioni e rivesta anche un'importanza sensibilmente difforme – per quanto rimanga, a mio avviso, sempre e comunque ineludibile – a seconda di ciò che attorno a quei giuristi si intende sapere: cosa, come e per chi essi scrissero, in quale forma e misura vissero il proprio compito di intellettuali, se e quale ruolo assunsero sulla scena pubblica oppure quale fu la loro specificità di esperti e produttori del *ius*, dalla frastagliata empiria delle loro innumerevoli soluzioni casistiche alle opzioni di politica del diritto che sono talora, almeno per qualche segmento, più agevolmente riconoscibili.⁷

Ho già anticipato, più o meno esplicitamente – e ho sempre cercato di dimostrare nel concreto della ricerca, pur con tutti i miei limiti – la convinzione secondo cui è proprio in quest'ultima prospettiva che trovo doveroso concentrare il maggiore impegno, così da sforzarsi di seguire i giuristi sul terreno del loro lavoro. Il che non significa affatto riconsegnarci alla pesante ipoteca della «Isolierung»,⁸ ma piuttosto cercare di penetrare nella specificità di un pensiero che è dissimile, in molti e decisivi tratti, da quello della modernità giuridica, ma anche mai integralmente sovrapponibile con quello delle altre *artes* antiche (pur nelle evidenti contiguità e anche contaminazioni, specie con la retorica). E se questa è la meta, una sola è la rotta: l'indagine minuziosa dei testi, nella loro dimensione letteraria e al tempo stesso tecnico-giuridica. Gli attrezzi di bordo di cui servirsi nel viaggio possono essere i più disparati – e sono sempre più persuaso di quel che ho ad esempio appreso da molte pagine di (e da alcuni colloqui con) Dieter Nörr, ossia che fra tali attrezzi risultino spesso non meno preziosi quelli attinti all'esterno della letteratura strettamente romanistica.⁹ Ma lo scavo esegetico rimane irrinunciabile, e – dirò parafrasando Adso da Melk¹⁰ – «compito del ... romanista fedele sarebbe ripetere ogni giorno con salmodiante umiltà» la «preghiera della decifrazione» esercitata sui «segni di segni» a noi trasmessi dall'antica sapienza giuridica.

Abbandoniamo perciò qualsiasi immagine semplicistica e settaria, o atteggiamenti prevenuti – in cui rischia di cadere tanto chi si dedica a questo tipo di ricerche, quanto chi ne critica presupposti e intenti, o più spesso le effettive o potenziali derive. L'analisi del pensiero giuridico non costituisce una pratica altra e incomunicante rispetto alla critica del

⁷ Pur nell'esigenza (forse avvertita, talora, meno del dovuto) di non sovradimensionarne significato e implicazioni: col rischio di inchiodare alle linee di più ampio respiro affioranti in pochi passi la valutazione complessiva di un'intera produzione, assai più corposa, eterogenea e (come spesso accade nel discorso giuridico, tanto più se afferente al diritto privato) ideologicamente opaca. Già mi soffermavo su questi delicati profili del nostro lavoro in E. STOLFI, *Pensiero 'epiclassico' e problemi di metodo*, in Labeo 48, 2002, 417 ss. ove bibl., spec. 419 s., 435 nt. 64. Cfr. anche ID., *I «libri disputationum» di Ulpiano e la storiografia sulle opere dei giuristi romani*, estr. da RDR 3, 2003, 5 ss., spec. 9.

⁸ Su questa nozione – nota (soprattutto nella declinazione che ne offrì Schulz, «molto più formalistica» della «Isolirtheit» di Puchta) quanto discussa – basti qui il rinvio ad A. MANTELLO, *Per una storia della giurisprudenza romana. Il problema dei Miscelliones*, Milano 1985, 165 s., 203, e ID., *Un'etica per il giurista? Profili d'interpretazione giurisprudenziale nel primo Principato*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Per la storia del pensiero giuridico romano. Da Augusto agli Antonini*, Torino 1996, 147 s. Cfr. anche A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino 2017², 39 ss. Ulteriori indicazioni in E. STOLFI, *Diritto romano e storia del pensiero giuridico* cit., 109.

⁹ Si veda al riguardo, in una sorta di rapido bilancio retrospettivo sulla propria esperienza di studioso e le proprie letture di formazione, D. NÖRR, *Sull'utilità e gli svantaggi della storia del diritto per la vita, ovvero: un romanista si sottopone al test di Nietzsche*, in E. STOLFI (a cura di), *Dieter Nörr e la romanistica europea tra XX e XXI secolo*. Atti del Convegno, Torino 26-27 maggio 2005, Torino 2006, 67 s.

¹⁰ Nell'*incipit* del *Prologo* del suo presunto manoscritto (una finzione letteraria, sulla cui frequenza si è soffermato, nel seminario palermitano, Oliviero Diliberto): U. ECO, *Il nome della rosa*, Milano 1980, 19.

testo. Direi anzi che non può farne a meno: come momento (almeno) preliminare di ogni indagine sul contenuto delle diverse posizioni giurisprudenziali. Dedicarsi alle vicende della *scientia iuris* non può mai, meccanicamente, implicare un (pre)giudizio di completa e quasi scontata genuinità di quanto (soprattutto) il Digesto ci trasmette. Il problema dell'analisi testuale permane, e va affrontato di volta in volta, nel vivo dell'indagine. Spero valga ora a dimostrarlo, anche per fugare ogni equivoco, l'apparato critico che accompagna la riproduzione dei *Fragmenta* nei primi volumi degli *Scriptores iuris Romani*,¹¹ e poi il taglio del relativo commento, tale da rivelare come il tentativo di fare ordine in complesse stratigrafie di scritture, sedimentate nei secoli (non esclusi quelli della tarda antichità), sia non di rado decisivo già in sede di attribuzione palinogenetica e ricostruzione del pensiero.

Nei fraintendimenti e nelle visuali riduttive – su entrambi i fronti, ripeto – ha giocato con ogni evidenza un'indebita assimilazione: quella tra un problema che necessariamente dobbiamo porci (il problema del testo, appunto) e una delle risposte che storicamente vi sono state date, fornita dall'interpolazionismo.¹² Guardarsi dagli eccessi di quest'ultimo – come anche respingere alcuni dei suoi presupposti – non significa (non deve significare) che sia lecito sottrarsi a quel problema, eluderlo o sterilizzarlo, né affrontarlo in modo sbrigativo. I piani devono essere distinti – come, del resto, era ad esempio già chiaro (soprattutto) all'ultimo Riccobono.¹³ E neppure la questione, almeno nella prospettiva che seguirò, è tanto o solo di ciò che ancora possiamo apprendere di utile – talora qualcosa, e non irrilevante; spesso poco; in certi casi nulla – dalle pagine degli interpolazionisti,¹⁴ né di dividere questi ultimi in «buoni» (tendenzialmente i primi) o «cattivi» (i più radicali, Beseler e Albertario in testa),¹⁵ o distinguerli fra quanti seppero tenere ben separato il profilo degli

¹¹ Penso soprattutto (in ragione della tipologia di fonti che ne formano oggetto) ai primi due: J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018 e G. LUCHETTI, A.L. DE PETRIS, F. MATTIOLI, I. PONTORIERO (a cura di), *Iulius Paulus. Ad edictum libri I-III*, Roma 2018.

¹² Senz'altro condivisibili, in tal senso, le osservazioni di D. MANTOVANI, *La critica del testo del Digesto fra passato e futuro*, in M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale. Atti del 'Seminario internazionale di diritto romano' e della 'Presentazione' del terzo volume dei 'Iustiniani Digesta seu Pandectae' Digesti o Pandette dell'imperatore Giustiniano. Testo e traduzione a cura di Sandro Schipani* (Trento, 14 e 15 dicembre 2007), Trento 2011, spec. 151 s. Circa la parabola storica dell'interpolazionismo e gli odierni orizzonti della critica testuale cfr. inoltre M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, ora *ibid.*, 217 ss. Si vedano anche, fra gli altri, J.H.A. LOKIN, *The end of an epoch. Epilegomena to a century of interpolation criticism*, in *Collatio Iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum à l'occasion de son 65e anniversaire*, 1, Amsterdam 1995, 263 ss.; F. DE MARINI, C. LANZA, *Critica testuale e studio storico del diritto*, Torino 20013, spec. 153 ss., 167 ss.; F. D'IPPOLITO, *Saggi di storia della storiografia romanistica*, Napoli 2009, XIV ss. (con acuti rilievi circa il rapporto tra la filologia interpolazionistica e quello che egli denomina «principio di autosufficienza»); J.G. WOLF, *Interpolationen in den Digesten*, in SDHI 79, 2013, 3 ss.; F.J. ANDRÉS SANTOS, *El interpolacionismo. Auge y decadencia de un método de investigación sobre el Digesto*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto. Storia e metodi*, Pavia 2014, 557 ss.

¹³ Di cui si veda, in particolare, *Fine e conquiste delle indagini interpolazionistiche*, in BIDR 55-56, 1951-1952, 396 ss.

¹⁴ Mi sembra invece vertano su questo, essenzialmente, *dissensiones* come quella cui hanno dato vita, alcuni anni fa, Giuseppe Falcone e Dario Mantovani: possono leggersene i termini nella «Postilla» del primo e nella «Appendice» del secondo, entrambe in M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale* cit., rispettivamente 207 ss. e 173 ss.

¹⁵ Contrapposizione che ricorre, da ultimo, in molti contributi leggibili in M. AVENARIUS, C. BALDUS,

interventi sostanziali e di quelli formali (come era già nel primo Riccobono, anche anteriormente alla svolta negli anni della Grande Guerra,¹⁶ e poi naturalmente nello stesso Chiazzese) e quanti invece risolsero tutto sulla sola scorta di criteri linguistici, non di rado artefatti ed estremamente discutibili (se non proprio evanescenti),¹⁷ alla cui stregua i resti autentici del pensiero e della scrittura giurisprudenziale finivano col divenire pressoché irreperibili nei brani del Digesto.

Certo è innegabile che ogni direttiva d'indagine può dare prove assai differenti, e non è raro che un indirizzo di per sé serissimo traligni, nelle mani degli zelanti più imprudenti, in una moda acritica o addirittura in una spirale di esasperazioni.¹⁸ E tuttavia ritengo che, in realtà, anche nelle versioni più caute e attrezzate – la cui messa a punto dipende anche, e talora prevalentemente, dalle maggiori capacità dei singoli esponenti –, tutto l'interpolazionismo del XIX e XX secolo¹⁹ ruoti attorno a un perno teorico rispetto al quale l'unico atteggiamento praticabile mi sembra quello dell'assoluto rigetto.

È l'idea – l'autentico postulato – dell'esistenza di un unitario e coeso diritto privato «classico», a suo modo “sistematico” e sempre privo di antinomie,²⁰ incarnato in una trama

F. LAMBERTI, M. VARVARO (Hrsgg.), *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert* | Gradenwitz, Riccobono e gli sviluppi della critica interpolazionistica. Circolazione di modelli e metodi fra giuristi europei nel tardo Ottocento, Tübingen 2018, su cui cfr. E. STOLFI, *Protagonisti e percorsi dell'interpolazionismo. A proposito di una recente indagine su Gradenwitz e Riccobono*, in corso di pubblicazione in SDHI, spec. § 3. Già propendeva per trattare in modo ben differenziato le diverse espressioni dell'interpolazionismo, coi suoi ‘sani propositi’ e i più misurati inizi a fronte di esasperazioni solo successive, M. VARVARO, *La storia del 'Vocabularium iurisprudentiae Romanae' 1. Il progetto del vocabolario e la nascita dell'interpolazionismo*, in *Quaderni Lupiens di Storia e Diritto* 7 (2017), spec. 310 ss. ove altra bibl., con un'aspra critica rivolta al diverso atteggiamento assunto da Dario Mantovani (del quale vengono però sensibilmente forzate, a mio avviso, alcune affermazioni).

¹⁶ Con quella sua «clamorosa conversione» (l'espressione, di Odoardo Carrelli, è stata ripresa da G. SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in I. BIROCCCHI, M. BRUTTI [a cura di], *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino 2016, 88 ove altra bibl.), che si manifesta soprattutto – al di là di certi motivi che vedremo già ben presenti nelle indagini sui libri paolini *ad Plautium* – negli studi in tema di *stipulatio* (i cui primi risultati compaiono nella *Savigny-Zeitschrift* del 1914) e nel saggio *Dal diritto romano classico al diritto moderno* (del 1917). In proposito cfr., da ultimo, M. VARVARO, *Circolazione e sviluppo di un modello metodologico. La critica testuale delle fonti giuridiche romane fra Otto Gradenwitz e Salvatore Riccobono*, in M. AVENARIUS, C. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO (Hrsgg.), *Gradenwitz cit.*, 68 ss. e (con una lettura non sempre adesiva) E. STOLFI, *Protagonisti e percorsi cit.*, § 2 ove altra bibl. Si veda inoltre G. FALCONE, *Premessa cit.*, X ss.

¹⁷ Tali da destare le drastiche censure di un Giorgio Pasquali, che è stato proposto di accostare alle riserve che sull'interpolazionismo formulava, da altra prospettiva, Francesco Carnelutti: cfr. M. BRUTTI, *I romanisti italiani in Europa*, in *Il diritto italiano in Europa (1861-2014). Scienza, giurisprudenza, legislazione (Annuario di diritto comparato e di studi legislativi* 5, 2014, a cura di M. BUSSANI), 236.

¹⁸ Sino a generare, nel nostro caso, quella «sorta di metastasi ingovernabile che sfuggiva a qualunque controllo» di cui ha parlato G. SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere» cit., 80.

¹⁹ Lascio qui da parte i suoi precedenti umanistici, con le propaggini che raggiungono il Sei-Settecento tedesco (su quest'ultimo profilo si veda ora M. VARVARO, *Circolazione e sviluppo cit.*, 64 ove bibl.).

²⁰ Nell'impegnativa portata che al sostantivo – e all'intento di scongiurare ogni ricorrenza, nel *Corpus iuris*, del fenomeno con esso designato – già attribuiva Giustiniano: cfr. M. BRUTTI, *Dal Digesto ai giuristi*, in D. MANTOVANI, A. PADOA SCHIOPPA (a cura di), *Interpretare il Digesto cit.*, 599 ss. ed E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie*, in *Legal Roots* 6, 2017, 382 ss. ove altra bibl.

di istituti e regole in grado di vivere come di vita propria, perfetta e ideale, assolutamente metastorica. Una trama rispetto alla quale doveva essere elisa ogni voce discordante dei giuristi, e questi strettamente inchiodati a una savignyana fungibilità. La stessa visione diacronica introdotta dall'interpolazionismo – visione dapprima binaria, con la sola opposizione «classico»-giustiniano, poi arricchita dalla consapevolezza di una più complessa vicenda testuale intermedia²¹ – sarebbe stata congiunta a «un irrigidimento a sistema almeno del «diritto classico»», con «evidenti valenze giuspositivistiche»,²² se è vero che «l'unità» di quel «diritto classico»,²³ costituisce «una struttura concettuale quant'altre mai lontana dall'essenziale “controversialità” dei *iura populi Romani*, ... vale a dire del modo romano di vivere il diritto». In quella tensione (che voleva essere) storicizzante, non a caso affermata in Germania allorché l'imminente promulgazione del BGB imponeva di accostarsi ai materiali giuridici antichi ormai fuori della logica dell'«*heutiges römisches Recht*»,²⁴ emergeva – e ne operava spesso come autentico fondamento, esplicito o meno – un impegno di «normalizzazione dogmatica», tramite il quale era reintrodotta «sotto nuove spoglie un afflato pandettistico».²⁵

Ecco, questo – e non certo l'esigenza della critica testuale – è esattamente quanto, a mio avviso, un'autentica storiografia romanistica deve essere in grado di respingere e compiutamente destrutturare. Il nostro compito è quello di recuperare una polifonia di impostazioni e di metodi, di dottrine non di rado dissenzienti: il volto irriducibilmente plurivo-co e dialettico, aperto e fluido, di un'esperienza giuridica guidata dai *prudentes*, cui presie-

²¹ Una consapevolezza di cui era peraltro qualche traccia già in Gradenwitz (come di recente ha dimostrato S. BARBATI, *Nota minima sulle interpolazioni delle costituzioni imperiali nel pensiero di Gradenwitz*, in M. AVENARIUS, C. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO [Hrsgg.], *Gradenwitz cit.*, 103 ss.), e poi in Ferrini (cfr. F. BONA, *Contardo Ferrini tra storia e sistematica giuridica*, rist. in V. MAROTTA, G.G. MELLERIO [a cura di], *Cento anni di bibliografia su Contardo Ferrini*, Pavia 2002, 100 s.).

²² Sono parole di M. TALAMANCA, *La romanistica italiana fra Otto e Novecento*, in *Index* 23, 1995, 177. In termini non troppo difforni R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, spec. 555 s. Si vedano altresì F. D'IPPOLITO, *Saggi di storia della storiografia romanistica cit.*, XIV ss. e M. BRUTTI, *I romanisti italiani cit.*, spec. 231, 235 s.

²³ Come ha scritto altrove lo stesso Talamanca: *Otto Lenel e la 'Palingenesia'*, in O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, rist. Roma 2000, VII, segnalando (p. VIII) come «quel “pandettismo del diritto classico” ... del resto era solidale con l'altro aspetto ... della bipolarizzazione classico-giustiniano».

²⁴ Il rapporto fra gestazione e promulgazione del codice civile e i nuovi indirizzi (interpolazionismo incluso) della giusantichistica tedesca dell'epoca sono esaminati da tempo: cfr. ad esempio – dopo le classiche pagine di P. KOSCHAKER, *L'Europa e il diritto romano*, tr. it. Firenze 1962, 494 ss., pur appesantite da qualche datata perplessità in merito a quello che egli denominava «indirizzo neo-umanistico» – L. LABRUNA, *La «romanistica»*, in *Introduzione allo studio della cultura classica*, II, Milano 1973, 147 ss.; G. CRIFÒ, *Sul contributo dei giuristi allo studio del mondo antico*, in *Annali della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Macerata* n.s. 1993-1994, spec. 549; D. MANTOVANI, *La critica del testo cit.*, spec. 155.

²⁵ L'espressione è di D. MANTOVANI, *La critica del testo cit.*, 156. Rilievi in analogia direzione già si rinvenivano in F. BONA, *Contardo Ferrini cit.*, 95 e poi in M. BRETONNE, *Diritto e tempo nella tradizione europea*, Roma-Bari 1999⁴, spec. 133, 185 s. Ho assunto una posizione non troppo difforme, da ultimo, in E. STOLFI, *Protagonisti e percorsi cit.*, § 3; ma cfr. già – guardando all'interazione fra mito del «classico», idea di «fungibilità» dei giuristi romani e certi presupposti dell'interpolazionismo – ID., *Studio e insegnamento del diritto romano dagli ultimi decenni dell'Ottocento alla prima guerra mondiale*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari cit.*, 19 ss. e ID., *Fra «Kunstgeschichte» e «Künstlergeschichte». Il problema dei generi letterari*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna. Dalla Palingenesia iuris civilis gli Scriptores iuris Romani*, Torino 2017, 53 s.

deva una concezione del giuridico e delle sue fonti profondamente diversa da quella che vi verrà sovrainpressa dalla *permutatio legum* giustiniana, che in larga misura continua a condizionare le nostre visuali.²⁶ E sarebbe stato sufficiente seguire – l’ho segnalato volentieri nel seminario tenuto a Palermo – certi ammonimenti di Riccobono e Chiazzese per avvedersi della falsa premessa da cui muovevano gli interpolazionisti (i più accaniti ma per certi versi anche i più misurati), e quindi del vicolo cieco verso il quale essi procedevano. Sarebbe cioè bastato riflettere sulla circostanza, sottolineata da quei due studiosi, che constatare l’esistenza di un intervento giustiniano non è che il primo passo²⁷ e che, secondo la terminologia di Chiazzese,²⁸ al momento della «diagnosi dell’emblema» deve necessariamente seguire quello della sua «valutazione storico-dogmatica», ossia dell’indagine circa le ragioni che avrebbero indotto i compilatori a intervenire.

Muovendosi in questa logica non sarebbe stato difficile comprendere (andando anche al di là, per molti aspetti, della critica “dall’interno” che i due studiosi muovevano a quella metodologia)²⁹ che il proposito di chi compose il Digesto non poteva essere quello di creare difformità laddove erano state concordi le soluzioni dei giuristi di età imperiale,³⁰ ma al contrario, in ottemperanza alle prescrizioni ricevute, quello di rimuovere o spegnere le *dissensiones prudentium*. E per questo neppure era sempre necessario alterare i testi: era sufficiente non riportarli, o almeno non nella loro integrità.³¹ A ciò appunto tendevano certe operazioni «meccaniche», riconoscibili nei tagli giustiniani volti a «neutralizzare» taluni dissensi, sulle quali insisteva Riccobono,³² oppure le amputazioni dei dibattiti giurisprudenziali dettagliatamente ripercorsi dai referenti severiani e di cui Triboniano volle invece cancellato il ricordo, o conservata una versione assai più succinta, per porre essenzialmente in primo piano (o lasciare addirittura in assoluto isolamento) solo la dottrina alla lunga prevalsa – un fenomeno che proprio i confronti testuali consentono più volte di riportare

²⁶ Come ha mostrato F. GALLO, *La permutatio legum giustiniana: rivoluzione giuridica ignorata dalla nostra tradizione*, in *Estudios Jurídicos en Homenaje A. Guzmán Brito*, II, Alessandria 2011, 527 ss. Cfr. anche ID., *Celso e Kelsen. Per la rifondazione della scienza giuridica*, Torino 2010, spec. 2 s., 18 s. e ID., *Consuetudine e nuovi contratti. Contributo al recupero dell’artificialità del diritto*, Torino 2012, 31 ss.

²⁷ Davvero significativo quanto leggiamo in S. RICCOBONO, *Studi critici sui libri XVIII di Paulus ad Plautium*, in BIDR 6, 1893, spec. 124 s. Si veda inoltre ID., *Dal diritto romano classico al diritto moderno. A proposito di D. 10, 3, 14 (Paul. 3 ad Plautium)* [1917] ora in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Palermo 1964, 7. Richiama le posizioni assunte in questo secondo scritto G. FALCONE, *Premessa cit.*, X s.

²⁸ *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte generale*, estr. da AUPA, Cortona 1931 (ma cfr. *supra*, nt. 3), 12 ss.

²⁹ In particolare, riguardo a Riccobono, M. TALAMANCA, *Diritto romano*, in *Cinquanta anni di esperienza giuridica in Italia*. Messina-Taormina 3-8 novembre 1981, Milano 1982, 714, ha segnalato come anche «la sua reazione tende a rimanere, in una certa misura, iscritta all’interno della critica interpolazionistica, non ne esce radicalmente al di fuori». Dello stesso autore, e in termini non troppo difforni, si veda anche *La ricostruzione del testo cit.*, 220, 223 ss.

³⁰ Nel tardo Ottocento questo dato, di per sé ovvio, non sembra godesse di particolare considerazione. Isolata, e in controtendenza, la voce di Philipp Lotmar (non a caso il censore più critico delle *Interpolationen in den Pandekten* di Gradenwitz): cfr. I. FARGNOLI, *Poche ombre sugli entusiasmi coevi. Letture critiche della teoria interpolazionistica di Otto Gradenwitz tra Germania e Italia*, in M. AVENARIUS, C. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO (Hrsgg.), *Gradenwitz cit.*, 245 ss., spec. 248.

³¹ Magari per inserirli in un nuovo campo discorsivo, dalla portata ben più ampia di quello originario: pensiamo solo – è cosa notissima – alla forte decontestualizzazione cui andarono soggetti i frammenti destinati agli ultimi due titoli del Digesto.

³² *Studi critici cit.*, spec. 129 s.

alla luce.³³ In definitiva, e secondo un paradosso solo apparente, sospetti di alterazione compilatorie dovrebbero essere nutriti più dinanzi a frammenti di giuristi diversi in cui rinveniamo soluzioni identiche, piuttosto che laddove si incontrino (contro il volere, nella sostanza, dello stesso Giustiniano) residui di quanto siamo soliti denominare *ius controversum*.³⁴

3. ALCUNE VICENDE ESEMPLARI, IN ITALIA ...

Questi riferimenti all'impostazione di Riccobono inducono a passare senz'altro a quello che, come accennavo (§ 1), costituisce il secondo piano della mia comunicazione: qualche sondaggio (niente più) di storia della storiografia. Vorrei soffermarmi, oltre che sullo stesso Riccobono, su altre quattro personalità – due italiane e due tedesche – al lavoro sulla giurisprudenza romana nell'età del decollo e poi dell'affermazione della metodologia interpolazionistica (circoscrivo non a caso quest'arco cronologico): Ferrini e Di Marzo da un lato, Lenel e Schulz dall'altro. Se drastica è la selezione, spero che varranno a renderla un po' meno arbitraria il carattere emblematico di queste figure e il ruolo centrale da loro assunto nella vicenda dei nostri studi (a sé stante è il solo caso di Di Marzo).

Molte delle considerazioni di Riccobono che ho richiamato, letteralmente o condensandone il pensiero, provengono dal saggio del 1893 sui libri *ad Plautium* di Paolo: «studi critici» che non furono poi proseguiti – per le ragioni che l'autore avrebbe spiegato molto più tardi³⁵ –, ma che già riescono illuminanti circa le sue convinzioni³⁶ in merito alla portata delle alterazioni giustiniane, con la decisiva e già ricordata distinzione,³⁷ che diverrà poi un cardine della sua opposizione agli estremismi di quella critica testuale,³⁸ fra interpolazioni sostanziali (le cui ricorrenze erano stimate, invero, piuttosto limitate) e formali (in un duplice senso, come vi viene chiarito).³⁹ Ma illuminanti, quelle pagine, anche riguardo al

³³ Ho in mente soprattutto certi brani del commentario editale di Ulpiano (in particolare del XVIII libro) conservati nella *Collatio* oltre che nei *Digesta* giustiniane. Istruttivo è il caso di Coll. 7.3.2-3 e D. 9.2.5 pr., su cui mi sono soffermato in E. STOLFI, *Citazioni e 'dissensiones prudentium' nella tradizione dei testi giurisprudenziali in età tardoantica. Alcune riflessioni*, in *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Milano 2010, 197 ss., spec. 204 ss. ove bibl. Si veda inoltre – riguardo all'analoga sorte occorsa ad alcuni brani del *de officio proconsulis* del medesimo giurista – V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, II, Napoli 2004, 99 ss., spec. 115.

³⁴ Pur nella consapevolezza dell'impiego in certo senso convenzionale della locuzione, che – come noto – ricorre solo in fonti retoriche: un dato richiamato, pur da diverse prospettive, in molti dei contributi apparsi in V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi* (Atti del convegno, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012.

³⁵ In una *Nota* del 1941: cfr. S. RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*. I. *Studi sulle fonti*, Palermo 1957, 42 ss. Sempre dal lavoro paolino su Plautio proviene D. 10.3.14, su cui verte il citato *Dal diritto romano classico al diritto moderno*, ove quel frammento è considerato (p. 1) il testo «più ricco di riforme legislative, che io conosca nel *Corpus iuris*».

³⁶ Su cui, da ultimo, M. VARVARO, *Circolazione e sviluppo* cit., 70 ss. e G. FALCONE, *Premessa* cit., X ss.

³⁷ Sino ad allora prospettata quasi solo da Cogliolo. Gli riconosceva questo merito S. RICCOBONO, *Studi critici* cit., 124 nt. 1 (un richiamo non sfuggito a M. VARVARO, *Circolazione e sviluppo* cit., 70).

³⁸ Un'«opera grandiosa» e «uno sforzo immane» nell'entusiastico giudizio dell'allievo Orestano (*Introduzione* cit., 553 s.). Rimane peraltro in larga parte condivisibile l'osservazione di M. TALAMANCA, *Diritto romano* cit., 714, ricordata *supra*, nt. 29.

³⁹ Cfr. S. RICCOBONO, *Studi critici* cit., 124 nt 1.

modo con cui Riccobono lavorò su protagonisti e opere della giurisprudenza romana: un settore dei suoi interessi scientifici, e anche didattici, su cui è pressoché superfluo insistere – basti pensare che nell'Università di Palermo attivò un corso (a quanto mi consta mai più riproposto da alcuno, neppure altrove) di «storia della letteratura del diritto romano»⁴⁰ e che anche in sede manualistica stimò opportuno insistere sulla nuova luce che la comprensione di ogni passo giurisprudenziale ottiene dalla sua ricontestualizzazione nell'opera da cui fu tratto,⁴¹ senza dimenticare lo spazio amplissimo che riservò poi alla giurisprudenza nei *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano*.⁴²

I resti del commentario paolino a Plauzio – assunti quale espressione pressoché paradigmatica di tutta quella produzione di *libri ex* o *ad* precedenti scritti – offrivano a Riccobono una felice occasione per reimpostare l'esame circa natura ed entità degli interventi tribonianei, consistenti il più delle volte in tagli, accostamenti meccanici di opinioni di diversa provenienza, cancellazione delle esplicite cesure fra il contributo di Plauzio e quello di Paolo, conseguente armonizzazione di pareri discordanti, inserzione di glossemi nella sostanza spesso pleonastici – in questi ultimi casi potremmo peraltro ipotizzarne anche un'origine diversa, in precedenti «Textstufen», come talora già suggeriva lo stesso Riccobono,⁴³ pur senza potersi ovviamente avvalere della terminologia di Wieacker.

Ma tutto ciò, raggiunto tramite una critica testuale non prevenuta, si coniugava anche all'intento di sciogliere la stratigrafia di quei passi, isolare la scrittura (e quindi soluzioni e argomenti) del giurista commentato rispetto a ciò che risale solo al commentatore,⁴⁴ e spesso in confronto a quanto, attorno ai medesimi problemi, conosciamo del pensiero di altri *prudentes*, coevi all'uno o all'altro. Riflettendovi a distanza di quasi cinquant'anni,⁴⁵ Riccobono rivelava come fosse stato per lui prevalente proprio quest'obiettivo: «non si trattava di fare sull'opera un'indagine diretta a scoprire ed elencare interpolazioni giustiniane; bensì ... mettere in luce lo sviluppo delle dottrine dal tempo della redazione di Plauzio al principio del III secolo, quando Paolo ne curò una nuova edizione con aggiunte». Un tipo di problemi col quale, è pressoché superfluo rilevarlo, si misura tuttoggi chi af-

⁴⁰ Impartito nel 1898: cfr. B. PASCIUTA, *La Facoltà di Giurisprudenza di Palermo (1805-1940): docenti e organizzazione degli studi*, in G. PURPURA (a cura di), *La Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo. Origini, vicende ed attuale assetto*, Palermo 2007, 143. Già segnalavo questa particolarità in E. STOLFI, *Studio e insegnamento del diritto romano* cit., 36 nt. 143.

⁴¹ Si veda S. RICCOBONO, *Istituzioni di diritto romano. Lezioni raccolte da Ferdinando Zingarelli*, Palermo 1911, 50, opportunamente richiamato anche da M. VARVARO, *Circolazione e sviluppo* cit., 75 nt. 119.

⁴² Ove al tema sono dedicate quasi cento pagine (44-137) su 241, con una specifica attenzione per i «giuristi come scrittori» (74 ss.), coi loro dibattiti e i loro dissensi – che furono in origine certo più corposi di quelli ancora rinvenibili nel Digesto (come Riccobono non mancava di sottolineare: *Lineamenti della storia delle fonti e del diritto romano. Compendio dei corsi di Storia e d'Esegesi del diritto romano*, Milano 1949, spec. 93) –, e assegnando per il resto agli interventi giustiniane un peso ben minore di quello che ad esempio, nei medesimi anni, era loro attribuito da Schulz (come verificheremo fra breve: § 4).

⁴³ Si veda ad esempio S. RICCOBONO, *Studi critici* cit., 166 e, più in generale, 171.

⁴⁴ Emblematico quanto leggiamo in S. RICCOBONO, *Studi critici* cit., 119: «assai spesso, la ricerca se una data proposizione appartenga al giurista più antico od al suo commentatore si presenta intimamente congiunta all'indagine sul metodo tenuto dai compilatori nello estrarre, accorciare, fondere, trasportare i singoli testi, dal materiale che loro stava dinanzi».

⁴⁵ Nella ricordata *Nota* del 1941: S. RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, I cit., 42.

fronti analoghe opere, e tanto più in una delle prospettive – per la mia sensibilità la più complessa e feconda – in cui abbiamo visto declinabile la storia del pensiero giuridico romano.⁴⁶

Intenti simili, ma anche (soprattutto nel secondo) significative difformità nel modo di perseguirli, sono rintracciabili negli altri due studiosi italiani che richiamavo: Ferrini (soprattutto in una delle tre diverse serie di lavori da lui dedicati ai giuristi, come vedremo fra un attimo) e Di Marzo (con riferimento, s'intende, a quei *Saggi critici sui libri di Pomponio "ad Quintum Mucium"* che negli ultimi anni, per intuibili ragioni, ho avuto modo di rimeditare a lungo).

Cominciamo dunque dal primo, nel trattare il quale è doveroso almeno menzionare il suo autentico maestro,⁴⁷ quell'Alfred Pernice che Ferrini ascoltò a Berlino a partire probabilmente dal primo semestre del 1881-82 e che più tardi troviamo commissario alla «Habilitationsschrift» berlinese di Gradenwitz (1885), per rivelare poi con quest'ultimo un'autentica «convergenza metodologica»,⁴⁸ come parrebbe indicare anche la progressiva curvatura impressa – volume dopo volume, edizione dopo edizione, pur in una revisione interrotta dalla morte – alle sue ricerche attorno al diritto privato (soprattutto, anche se non solo) del primo secolo del principato.⁴⁹

Ma concentriamoci su Ferrini. Giustamente, una quindicina d'anni fa Dario Mantovani⁵⁰ ha suggerito di scomporre la produzione in tema di giurisprudenza romana in tre blocchi: uno comprensivo degli scritti che vanno dal 1885 al 1887, tutti dedicati alla ricostruzione di alcune personalità scientifiche (Fabio Mela, Plautio, Quinto Elio Tuberone, Pedio, Cascellio, Viviano, Prisco Fulcinio, Atilicino, Ottaviano),⁵¹ colte sul lato dell'originalità delle dottrine da essi elaborate ancor più che del metodo e dello stile peculiari di ciascuno; un secondo (dal 1891 al 1901) composto da ricerche attorno a singole opere, al loro

⁴⁶ Si veda *supra*, § 2.

⁴⁷ Così – ridimensionando anche l'influenza esercitata dalle lezioni di Mommsen – D. MANTOVANI, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi*, in ID. (a cura di), *Contardo Ferrini nel I centenario della morte. Fede, vita universitaria e studio dei diritti antichi alla fine del XIX secolo*, Milano 2003, 144 e 151. Cfr. G. SANTUCCI, *La scienza romanistica tedesca vista dall'Italia: il «dogma» della fungibilità dei giuristi romani*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte* cit., 142.

⁴⁸ Come di recente è stato osservato: cfr. S. MARINO, P. BUONGIORNO, *Interzessionen vs. Interpolationen. La „Nostrifizierung“ di Otto Gradenwitz tra Heidelberg e Berlino*, in M. AVENARIUS, C. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO (Hrsgg.), *Gradenwitz* cit., 37.

⁴⁹ Da cui appunto il titolo, in parte ingannevole, di *Labeo* (pur col sottotitolo, più congruo: *Römisches Privatrecht im ersten Jahrhundert der Kaiserzeit*): l'opera appare fra il 1873 e il 1892, con una nuova edizione (del II volume) fra 1895 e 1900. Pur nell'impossibilità di approfondirne qui la trattazione, un dato vi emerge con evidenza: l'interazione che vi si consumava – quasi a riprodurre plasticamente le diverse anime della romanistica tedesca di fine Ottocento – fra il concentrarsi dell'analisi sull'apporto giurisprudenziale, il ricorso a categorie e scansioni pandettistiche (cui l'intera esposizione era rigidamente vincolata: si è soffermato sul punto M. BRUTTI, *Dal Digesto ai giuristi* cit., 632 s.) e il peso crescente che col tempo vi assunsero le ipotesi di corruzioni testuali.

⁵⁰ *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi* cit., 152 ss. Su quest'importante filone della ricerca ferriniana cfr. anche F. BONA, *Contardo Ferrini* cit., 96, 102 s.; G. SANTUCCI, *La scienza romanistica* cit., 142 ss.; NARDOZZA, *Il problema della storia dei giuristi romani» nella romanistica italiana tra Ottocento e Novecento*, in C. BALDUS, M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI, E. STOLFI (a cura di), *Dogmengeschichte* cit., 663 ss.; M. BRUTTI, *I romanisti italiani* cit., 224 ss.

⁵¹ I relativi saggi, come gli altri contributi che verranno fra un attimo ricordati, sono tutti leggibili in C. FERRINI, *Opere*, II, Milano 1929.

ordine e impianto (*digesta* di Alfeno, *libri ad Plautium*⁵² e *ad Neratium* di Paolo, commentari alla *lex Iulia et Papia* di Ulpiano e Paolo, e poi di Terenzio Clemente e Gaio); un terzo sulle fonti delle *Istituzioni* di Giustiniano, da un primo contributo del 1885 sino al notissimo saggio del 1900. Particolarmente interessante, ai nostri fini, è la transizione dal primo filone di indagini al secondo, laddove il terzo è meno definito sul piano cronologico. In due soli anni l'attenzione di Ferrini per i singoli giuristi e il loro specifico contributo sembra come esaurirsi, per virare verso una serie nutrita e differenziata di opere (*digesta*, commentari a precedenti scritti giurisprudenziali oppure a leggi).

A cosa possiamo attribuire questo spostamento di interessi? Mantovani⁵³ non ha avuto dubbi, e con buon fondamento, nell'individuare la «causa prima» nell'apparizione (nel 1889, esattamente a metà fra le due serie di lavori) della *Palingenesia* di Lenel. Da allora in poi sarà questo il punto di partenza, l'interlocutore privilegiato e in certa misura il modello di lavoro per il romanista lombardo. Ma due anni prima (1887) erano pubblicate anche le *Interpolationen in den Pandekten* di Gradenwitz, che Ferrini recensì con maggiore entusiasmo di altri (assai più, ad esempio, del sempre caustissimo Scialoja) e con un'ampiezza inusuale nelle sue discussioni di libri, altrove quasi telegrafiche.⁵⁴ Nelle pagine apparse nell'*Archivio Giuridico* egli considerava il lavoro di Gradenwitz assolutamente innovativo, tale da porre l'esegesi «su basi sicure»⁵⁵ e quindi – se non proprio in grado di fondarne un'autentica «scienza»⁵⁶ – almeno da annoverare fra i lavori che in quegli anni costituivano agli occhi di Ferrini (unitamente ai contributi di Lenel, Zachariae von Lingenthal, Eisele e Krüger) «un avviamento» in tal senso.⁵⁷ E sempre Mantovani ha sostenuto che anche il confronto con la nascente metodologia interpolazionistica (che proprio col volume di Gradenwitz possiamo considerare «già definitivamente fondata nei suoi presupposti»)⁵⁸ abbia inciso sulla scelta dello studioso italiano di abbandonare l'analisi delle personalità scientifiche e delle loro dottrine per concentrarsi sulla ricomposizione (palingenetica, almeno *lato sensu*) di alcuni scritti.

Ora, a me sembra innegabile che Ferrini si sia puntualmente confrontato con quella nuova forma di analisi testuale – sebbene poi ciò accadesse con la massima prudenza (persino nella «Wortmonographie» dedicata al costruito *licet ... attamen*)⁵⁹ e anche piegandola a fini ulteriori, quali la mirata e non incidentale individuazione delle «caratteristiche del diritto giustiniano». ⁶⁰ Non sarei però convinto che tutto ciò abbia radicalmente mutato il

⁵² Su cui, non senza toni critici – più riguardo ai risultati raggiunti, in verità, che all'approccio seguito nei due contributi ferriniani sul tema – si veda già S. RICCOBONO, *Scritti di diritto romano*, I cit., 43.

⁵³ Contardo Ferrini e le opere dei giuristi cit., 157.

⁵⁴ Già segnalava questo suo stile di recensore F. BONA, *Contardo Ferrini* cit., 100.

⁵⁵ Così C. FERRINI, *rec.* a O. GRADENWITZ, *Interpolationen in den Pandekten. Kritische Studien*, Berlin 1887, in AG 40, 1888, 169.

⁵⁶ Come invece è stato scritto di recente – dando la sensazione di riportare *verbatim* un giudizio di Ferrini – da I. FARGNOLI, *Poche ombre* cit., 243.

⁵⁷ Cfr. C. FERRINI, *rec.* a O. GRADENWITZ, *Interpolationen* cit., 170.

⁵⁸ Così M. TALAMANCA, *Diritto romano* cit., 680. Vedono ora nel libro del 1887 l'autentico «manuale del cacciatore d'interpolazioni» S. MARINO-P. BUONGIORNO, *Interzessionen vs. Interpolationen* cit., 40; ne parla come del «manifesto fondante della teoria interpolazionistica» I. FARGNOLI, *Poche ombre* cit., 239.

⁵⁹ Ora in *Opere* cit., V, 229 ss.

⁶⁰ Così A. MANTELLO, *Contardo Ferrini e la Pandettistica*, in D. MANTOVANI (a cura di), *Contardo Ferrini* cit., 191. Significativo soprattutto quanto leggiamo in C. FERRINI, *Il Digesto*, Milano 1893, 68 ss.

suo modo d'accostarsi alla storia del pensiero giuridico romano; né trovo decisiva l'osservazione⁶¹ secondo cui la «soppressione di molte relazioni di controversie fra' giuristi», operata dai compilatori, imporrebbe la massima cautela nel «parlare delle opinioni dei singoli giuriconsulti», e potrebbe dar conto anche di soluzioni difformi ascritte a uno stesso giurista, esito di tagli giustinianeî che fanno apparire di sua paternità quanto in origine risaliva al pensiero di altri, da lui citato e confutato.⁶²

Simili rilievi, di per sé condivisibili – e ben lontani da quella «normalizzazione dogmatica» imposta dalla rigida aderenza a un diritto privato «classico» di cui parlavamo (§ 2) –, documentano una doverosa attenzione alla critica testuale, ma non inibivano il tentativo di isolare ed esaminare l'apporto dei vari giuristi. Al di là del mutamento d'impostazione segnalato da Mantovani (prima le singole figure di *prudentes*, poi i loro *libri*), lo stile d'indagine di Ferrini rivela nel complesso, a me sembra, significative continuità.⁶³ Nella prima serie di studi non mancavano occasioni, pur circoscritte, in cui erano discusse ipotesi di alterazione giustiniane: ora accolte,⁶⁴ altre volte respinte.⁶⁵ E laddove, dinanzi a testi che iniziavano allora ad alimentare sospetti – e destinati a essere reiteratamente aggrediti dalla romanistica posteriore –, il problema della loro corruzione neppure veniva posto, ciò accadeva sostanzialmente perché Ferrini tendeva a concentrarsi su altre prospettive, privilegiando soprattutto la ricostruzione delle peculiarità scientifiche di questo o quel giurista, che una critica testuale troppo sospettosa (se non prevenuta) avrebbe rischiato di dissolvere. Un buon esempio⁶⁶ è fornito dal saggio su Pedio,⁶⁷ con l'insistenza sull'«alta importanza» da questi attribuita «all'elemento subiettivo» – elemento la cui messa a fuoco sarebbe stata invece compromessa, di lì a breve, col congetturare interventi giustinianeî in molti dei passi digestuali ove è attribuita particolare enfasi all'elemento convenzionale (per non parlare dei riferimenti all'*animus*, sistematicamente espunti da molti interpolazionisti).⁶⁸

⁶¹ Stimata invece «notevole» da D. MANTOVANI, *Contardo Ferrini e le opere dei giuristi* cit., 166 nt. 136.

⁶² In questi termini C. FERRINI, *Il Digesto* cit., 66.

⁶³ Come, più in generale, ne coglie A. MANTELLO, *Contardo Ferrini* cit., spec. 184 s. all'interno di tutta la sua produzione, scandita in quattro grandi blocchi (afferenti al diritto penale, a quello bizantino, all'esegesi delle fonti e al diritto privato: in tal senso già F. BONA, *Contardo Ferrini* cit., 95 ss.).

⁶⁴ Come a proposito della soppressione – peraltro ben nota, e tuttoggi pacifica (poiché diretta conseguenza di un'innovazione normativa di Giustiniano, su cui, per tutti, P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano. Profilo storico*, Torino 2010³, 143 s. ove bibl.) – del *receptum argentarii*, nell'articolo su Fabio Mela (cfr. C. FERRINI, *Opere*, II cit., 16), o riguardo al regime del *periculum* in pendenza della condizione cui la compravendita è sottoposta (nel contributo su Ottaviano: C. FERRINI, *Opere*, II cit., 141).

⁶⁵ Anche nel caso di alcune emendazioni proposte da Mommsen, come riguardo a D. 19.1.55: così ancora nello studio su Ottaviano (cfr. C. FERRINI, *Opere*, II cit., 137 s.).

⁶⁶ Ma è altrettanto significativo che il problema dell'alterazione compilatoria non fosse neppure prospettato a proposito di certi apporti giurisprudenziali – come quelli di Quinto Mucio e Pomponio, in D. 31.43 e D. 31.44 (esaminati da Ferrini nell'articolo su *Aulo Cascellio e i suoi responsi*: *Opere*, II cit., 57) – la cui portata, anche rispetto alla soluzione attribuita allo stesso Mucio in D. 32.29.1, sarebbe stata a lungo fraintesa dagli interpreti successivi, esclusivamente dediti a spiegare con maldestri interventi tribonianeî certe disarmonie fra questi passi, in realtà solo apparenti. Vi torneremo fra breve, a proposito dell'analisi che a quei frammenti sarà poco più tardi riservata da Di Marzo.

⁶⁷ Ora in C. FERRINI, *Opere*, II cit., 48.

⁶⁸ Dal che, come noto, l'appassionata replica di un Riccobono (in particolare, rispetto alla posizione assunta in tal senso da Pringsheim): se ne veda la godibilissima ricostruzione offerta da R. ORESTANO, *L'«animus» di Salvatore Riccobono*, in ID., *'Diritto'. Incontri e scontri* cit., 713 ss., spec. 716 ss.

E non direi che, da parte di Ferrini, l'ipotesi di alterazioni testuali divenisse più assidua e radicale nelle ricerche del decennio successivo. In esse, più di frequente, erano segnalati interventi di natura essenzialmente formale,⁶⁹ e riusciva semmai più pressante – non di rado decisiva – quell'esigenza di delimitare le diverse scritture giurisprudenziali che abbiamo già incontrato in Riccobono studioso dei libri paolini *ad Plautium*. Ma tale esigenza traspariva già nei saggi ferriniani del 1885-1887 (con la specifica attenzione dedicata alle modalità in cui un giurista veniva citato, agli autori e contesti dei richiami),⁷⁰ per intersecare talvolta, già allora, il problema degli interventi giustinianeî che hanno finito col modificare ai nostri occhi la paternità di certe soluzioni.⁷¹ Simili nodi storiografici erano ovviamente destinati ad assumere un peso maggiore – ma anche per ragioni oggettive, dettate dallo statuto delle relative fonti – allorché si trattava di verificare l'esistenza (stimata corpora) di elaborazioni risalenti a Plautio laddove il montaggio e i tagli dei compilatori indurrebbero ad attribuire tutto a Paolo; oppure si cercava di isolare dottrine di Nerazio non esclusivamente nei frammenti in cui è stata conservata un'esplicita cesura, con un *Paulus* che marca il passaggio dagli enunciati del commentato a quelli del commentatore.⁷²

La critica testuale era, ancora una volta, la via maestra per ricomporre e distinguere il contributo dell'uno e dell'altro giurista, venendo a capo di quella fusione dei loro discorsi che, forse talora già avviata dal giurista severiano, era stata poi resa ancor più capillare e intricata dalle scelte di Triboniano. E tuttavia il peso opportunamente attribuito a quest'ultimo e ai suoi collaboratori né impediva a Ferrini di far riemergere almeno alcuni tratti di quella duplicità di piani e apporti giurisprudenziali, né era necessariamente accompagnato da un sistematico sospetto di alterazione in merito al contenuto dei vari brani. In definitiva – e al di là di alcune distanze rintracciabili riguardo a specifici aspetti dell'opera di Plautio e di Paolo –, direi che ben più numerosi, quanto al metodo da loro seguito (e tanto più nella prospettiva che qui interessa), sono i punti di contatto coi ricordati *Studi critici* di Riccobono.

Non mi sembra invece che la prospettiva coincida integralmente con quanto troviamo al fondo delle pagine che Di Marzo pubblicò, fra 1899 e 1900, sui libri *ad Quintum Mucium* di Pomponio:⁷³ un lavoro che oggi ci appare datato negli esiti raggiunti assai più che negli intenti da cui muoveva (sui quali tornerò fra un attimo) e che comunque presenta tratti quasi pionieristici.⁷⁴ Il legame col saggio riccoboniano più volte menzionato⁷⁵

⁶⁹ Niente più che ridondanti glossemi e innocue ripetizioni: come ad esempio riconosciuto per D. 34.2.7 nel contributo sui libri *ad Plautium di Paolo*: C. FERRINI, *Opere*, II cit., 226.

⁷⁰ Lo verificiamo soprattutto nelle ricerche su Atilicino e Ottaviano: C. FERRINI, *Opere*, II cit., 87 ss., 113 ss.

⁷¹ Come accade ad esempio per Sabino e Ulpiano in un passo (D. 47.2.25) affrontato (unitamente a D. 47.2.21) nell'articolo su Ottaviano: C. FERRINI, *Opere*, II cit., 122 s.

⁷² Il riferimento è agli scritti su *I libri ad Plautium di Paolo* e su *I libri di Paolo ad Neratium* (entrambi del 1894: evidentemente pensati e redatti in stretta continuità): C. FERRINI, *Opere*, II cit., 205 ss., 229 ss.

⁷³ Cfr. S. DI MARZO, *Saggi critici sui libri di Pomponio «ad Q. Mucium»*, I, Palermo 1899 (rist. in La-beo 7, 1961, 352 ss., da cui citerò) e II, Palermo 1900.

⁷⁴ Ove si prescinda dai remoti precedenti, fra Cinque e Settecento, di F. BALDUINUS, *Commentarius de jurisprudentia Muciana*, Basilea 1558 (poi in J.G. HEINECCIUS [ed.], *Iurisprudentia Romana et Attica*, I, Lugduni Batavorum 1738) e G. MAIANSIUS, *Quintus Mucius: sive ad Quinti Mucii Scaevolae fragmenta commentarii* e *Quintus Mucius apud Pomponium: sive ad Sex. Pomponii libros triginta novem ad Q. Mucium Scaevolam commentarii*, entrambi in ID., *Ad triginta jurisconsultorum omnia fragmenta quae exstant in juris civilis corpore commentarii*, I, Genevae 1764. Sul contributo di questo secondo autore (contributo meno

è evidente, e reso anche esplicito in apertura dello scritto del 1899.⁷⁶ Percepriamo in effetti, a livello programmatico, una profonda sintonia: con una disamina che, frammento dopo frammento, mira a discernere quanto sia da attribuire al solo Pomponio e quanto invece possa risalire al giurista repubblicano, benché non espressamente menzionato.⁷⁷ Questo sforzo analitico, e il tentativo di rintracciare nuclei di pensiero muciano anche in via congetturale – sulla scorta di rilievi sostanziali, attinenti ai diversi stadi storici di certi istituti o regimi, come pure sulla base di elementi formali, con stilemi espressivi che tradiscono le due diverse paternità – costituisce davvero il cuore del lavoro di Di Marzo, non troppo diversamente da quanto era stato perseguito riguardo a Plautio e Paolo, e anche stavolta non trascurando il contributo che a simili ricostruzioni può essere offerto da ulteriori testimonianze, provenienti da opere diverse o da altri giuristi.

E tuttavia vi è un profilo, non marginale, che marca una certa distanza dal taglio adottato da Riccobono, e che attiene proprio al diverso impiego delle ipotesi di interpolazione. La diversità non è solo di ordine quantitativo, nel senso che in genere da parte di Di Marzo appare più frequente il sospetto di alterazioni giustinianee – evidentemente non erano passati invano sei o sette anni di «Jagd nach Interpolationen».⁷⁸ Nel Di Marzo studioso dell'*ad Quintum Mucium* pomponiano muta non di rado anche la tipologia degli interventi sospettati:⁷⁹ non esclusivamente formali,⁸⁰ ma tali da modificare profondamente, in più occasioni, il contenuto giuridico dei passi e condizionarne la stessa ricostruzione palinogenetica. Vi affiora a tratti, a ciò non disgiunto, un atteggiamento che a me sembra almeno in parte diverso da quello cui si attenevano Riccobono e Ferrini (o almeno manifestato da Di Marzo in termini assai più forti ed espliciti): maggiormente legato a quel disegno di «normalizzazione dogmatica», nell'ossessiva ricerca di un pensiero giurisprudenziale «classico» e uniforme, che è stato segnalato (§ 2) come uno dei nuclei teorici dell'interpolazionismo che più urta la nostra sensibilità storica.

noto; ma anche, nel complesso, effettivamente inutilizzabile, o quasi) cfr. F. SINI, *A quibus iura civibus praescribebantur. Ricerche sui giuristi del III secolo a.C.*, Torino 1995, 24 ss. ove bibl.

⁷⁵ Riecheggiato sin dal titolo dei rispettivi contributi, che in Di Marzo suona come «saggi critici».

⁷⁶ Accanto ad altri lavori di Riccobono e a uno di Scialoja: cfr. S. DI MARZO, *Saggi critici*, I cit., 218 nt. 2.

⁷⁷ Dal che la sorte che i passi leggibili in questa forma avevano conosciuto nella *Palinogenesia* di Lenel, che *sub* Quinto Mucio li aveva quasi sempre esclusi (come nel caso celeberrimo di D. 46.3.80). Sul diverso atteggiamento storiografico – più inclusivo e fiducioso, pur con le necessarie cautele e distinzioni – che ormai si impone a chi tenti di recuperare segmenti del discorso muciano cfr. E. STOLFI, *I libri iuris civilis. Introduzione*, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola* cit., spec. 110 ss.

⁷⁸ In questi termini già si esprimeva W. KALB, *Die Jagd nach Interpolationen der Digesten. Sprachliche Beiträge zur Digestenkritik*, in *Festschrift G. Autenrieth*, Nürnberg 1897, 11 ss., quasi trent'anni prima di O. LENEL, *Interpolationenjagd*, in *ZSS* 45, 1925, 17 ss. (su cui *infra*, § 4). Quella formula era peraltro assai meno innovativa di quanto anche di recente sia stato scritto (cfr. E. STOLFI, *Protagonisti e percorsi* cit., § 3 ove bibl.). La rinveniamo, infatti, almeno dai tempi di Heineccius, laddove di Hotman e di altri umanisti egli scriveva che «*tribonianismos ... venarentur*». Così in *Historia iuris civilis Romani ac Germanici*, Napoli 1764, 332, su cui G. ASTUTI, *Mos Italicus e mos Gallicus nei dialoghi "de iuris interpretibus" di Alberico Gentili*, Bologna 1937, 163 nt. 2, 173 nt. 1.

⁷⁹ Ne offre un quadro d'insieme lo stesso S. DI MARZO, *Saggi critici*, II cit., 126 s.

⁸⁰ Ossia non consistenti solo in abbreviazioni o tagli, in modo da provocare l'amputazione del nome del giurista commentato (con slittamento dell'attribuzione del suo discorso al commentatore), oppure elisione della pronuncia più risalente.

Mi limito qui a pochi esempi, sui quali mi sono diffusamente soffermato nel volume che, con Aldo Schiavone e Jean-Louis Ferrary, abbiamo dedicato a Quinto Mucio. Nel III libro del commentario di Pomponio, nelle battute iniziali della trattazione dei legati, rinveniamo un testo⁸¹ che restituisce con ogni probabilità un contributo del giurista repubblicano,⁸² come lasciano intendere elementi sia sostanziali che stilistici (vi compare fra l'altro il nome convenzionale di *Tithasus*, che, in tutto il Digesto, ricorre solo in questo e in altri due frammenti dei primi libri dell'*ad Quintum Mucium*).⁸³ Di Marzo⁸⁴ proponeva tale attribuzione, sia pure con cautela, ma solo per il *principium* del frammento. La escludeva invece per il § 1, ove è contemplata l'ipotesi in cui il testatore, per quantificare l'ammon-tare di ciò che egli disponeva fosse attribuito al legatario Tithaso, si fosse richiamato a quanto ottenuto da un solo (*unus*) erede (e non da *heres meus*, come nel *principium*). Da qui l'interpretazione secondo la quale, stavolta, *minor pars erit accipienda, quae venit in legato*. Di Marzo non solo escludeva che questa soluzione risalisse a Quinto Mucio – per attribuirla quindi unicamente a Pomponio –, ma riteneva che il primo, pur avendo contemplato una simile situazione, l'avesse risolta in modo opposto, con una dottrina che sarebbe stata poi cancellata (o rovesciata) dai compilatori. Lo studioso siciliano, poi seguito da molti altri, fondava tale lettura sul confronto con una citazione – essa sì esplicita – di Quinto Mucio conservata nei *posteriores* labeoniani epitomati da Giavoleno.⁸⁵ In tal caso, e solo in esso, veniva però segnalato che la quantificazione del legato era sì commisurata a quanto ricevuto da un solo erede, ma fra più che concorressero per quote diseguali (precisazione assente nel brano di Pomponio), con la conseguente incertezza circa la determinazione della quota da considerare per la predetta quantificazione. Un problema che Quinto Mucio e Gallo (probabilmente Aquilio Gallo) risolvevano, in contrasto con Servio e Ofilio (approvati da Labeone e Giavoleno), nel senso di assumere la *maxima pars* – ove è da notare il superlativo relativo in luogo del comparativo impiegato in D. 31.43.1. L'esigenza di rimuovere ogni possibile contrasto fra le due pronunzie (la loro «normalizzazione», ancora una volta) oscurava, nella lettura di Di Marzo, le oggettive difformità che corrono tra la prima e seconda fattispecie. L'ipotesi di un'alterazione giustiniana⁸⁶ finiva così col compromettere la restituzione del pensiero muciano, che perdeva completezza e coerenza – le quali risultano invece notevoli, guardando anche all'orientamento conserva-

⁸¹ Si tratta di D. 31.43 pr.-1: *Si ita relictum fuerit: 'quantum heres meus habebit, tantum Tithaso dari volo', pro eo est, quasi ita sit scriptum: 'quantum omnes heredes habebunt'*. (1) *Quod si ita fuerit: 'quantum unus heres habebit, tantum Tithaso heredes meos dare volo', minor pars erit accipienda, quae venit in legato*. Posso rinviare, in proposito, a E. STOLFI, *Dal ius controversum alle antinomie* cit., 395 ss. e ID., *Commento ai testi*, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI (a cura di), *Quintus Mucius Scaevola* cit., 191 ss. ove bibl.

⁸² Nonostante, evidentemente, il contrario avviso di Lenel e Bremer, che non lo inclusero nelle rispettive palingenesi muciane.

⁸³ Si veda E. STOLFI, *Tithasus*, in *Signa Amicitiae. Scritti offerti a Giovanni de Bonfilis*, Bari 2018, 61 ss.

⁸⁴ *Saggi critici*, I cit., 234.

⁸⁵ D. 32.29.1: *Cum ita legatum esset, ut Titia uxor mea tantandem partem habeat quantulam unus heres, si non aequales partes essent heredum, Quintus Mucius et Gallus putabant maximam partem legatam esse, quia in maiore minor quoque inesset, Servius Ofilius minimam, quia cum heres dare damnatus esset, in potestate eius esset, quam partem daret. Labeo hoc probat idque verum est*. Su questo passo, anche in confronto a quello pomponiano, cfr. ora E. STOLFI, *Commento ai testi* cit., 193 s. ove bibl.

⁸⁶ Che, come già segnalato, neppure era ad esempio prospettata da Ferrini, pochi anni prima (cfr. *Opere*, II cit., 57).

to in D. 31.43 pr. – proprio laddove ci si sforzava di preservarlo da ogni esito antinomico.

Un secondo, felice esempio mi sembra offerto dalla cospicua serie di interventi giustiniani che Di Marzo⁸⁷ sospettava a proposito di un testo complesso e discusso quale D. 34.2.34.⁸⁸ Esso contempla una ricca casistica in materia di legato d'oro disposto a favore della moglie, a partire dall'ipotesi in cui il testatore avesse precedentemente consegnato quel genere di materiale a un orefice perché lo lavorasse: un passaggio che Roberto Fiori⁸⁹ ha giustamente considerato fondamentale per ricostruire la configurazione della *locatio operis* in età tardorepubblicana. Anche senza entrare troppo nei dettagli, basti ricordare come, se le congetture di alterazione riguardavano soprattutto la nota che Pomponio faceva seguire alla prima dottrina muciana (da lui stimata «in parte vera, in parte falsa»), esse si riverberavano anche sull'interpretazione del pensiero più risalente. In particolare Di Marzo⁹⁰ riteneva un «evidente glossema» le parole *dominium tamen non mutavit*: e ciò sia in considerazione di quelle che seguono sia in quanto stimate probabilmente poco consone, nella loro assoluta superfluità, rispetto a quello che altri giuristi (del principato) ci attestano essere il regime della locazione. Ma se in quelle parole è innegabile una certa ridondanza (inutile, almeno in apparenza, oltre che inelegante), non è forse così scontata la necessità di espungerle,⁹¹ tanto più che (anche) con esse il commentatore motivava la sua (parziale) presa di distanze dalla soluzione rinvenuta nei *libri iuris civilis*. E proprio tanta insistenza sulla mancata trasmissione del *dominium* consente di cogliere e valorizzare quello che possiamo considerare⁹² uno dei profili più interessanti, e storicamente significativi, dell'orien-

⁸⁷ *Saggi critici*, I cit., 377 ss.

⁸⁸ Con particolare riguardo al suo *principium*: *Scribit Quintus Mucius: si aurum suum omne pater familias uxori suae legasset, id aurum, quod aurifici faciundum dedisset aut quod ei deberetur, si ab aurifice ei repensum non esset, mulieri non debetur. POMPONIUS: hoc ex parte verum est, ex parte falsum. nam de eo, quod debetur, sine dubio <verum est>: ut puta si auri libras stipulatus fuerit, hoc aurum, quod ei deberetur ex stipulatu, non pertinet ad uxorem, cum illius factum adhuc non sit: id enim, quod suum esset, non quod in actione haberet, legavit. in aurifice falsum est, si aurum dederit ita, ut ex eo auro aliquid sibi faceret: nam tunc, licet apud aurificem sit aurum, dominium tamen non mutavit, manet tamen eius qui dedit et tantum videtur mercedem praestaturus pro opera aurifici: per quod eo perducimur, ut nihilo minus uxori debeatur. quod si aurum dedit aurifici, ut non tamen ex eo auro fieret sibi aliquid corpusculum, sed ex alio, tunc, quatenus dominium transit eius auri ad aurificem (quippe quasi permutationem fecisse videatur), et hoc aurum non transibit ad uxorem. Posso ancora rinviare, in proposito, a E. STOLFI, *Commento ai testi cit.*, 252 ss. ove bibl.*

⁸⁹ *La definizione della 'locatio conductio'.* Giurisprudenza romana e tradizione romanistica, Napoli 1999, 50 ss.

⁹⁰ *Saggi critici*, I cit., 378.

⁹¹ Come peraltro già proponevano sia Mommsen che Lenel: rispettivamente, nell'*editio maior* del Digesto e nella *Palinnesia* (sub Pomponio). Un intervento testuale meno invasivo – che conferirebbe maggiore linearità espositiva al testo ma salvaguardandone il contenuto, coi due diversi stadi di elaborazione giurisprudenziale che ci consegna – potrebbe consistere nella sola espunzione delle parole *tamen non mutavit*: possibile esito di una glossa esplicativa piuttosto maldestra (e pedante: ma quest'ultimo, peraltro, era non di rado già lo stile di Pomponio). Rimarrebbe in ogni caso invariata – ed è, nella sostanza, ciò che più conta – la logica adottata dal commentatore di Quinto Mucio, che da lui dissentiva segnalando come, nell'ipotesi di un incarico conferito all'orefice, sebbene il materiale si trovi presso quest'ultimo la proprietà *manet tamen eius qui dedit*.

⁹² Ancora con R. FIORI, *La definizione della 'locatio conductio'* cit., spec. 57 e 59 nt. 182, seguito da M. BRETONI, *Ius controversum nella giurisprudenza classica*, in *Atti della Accademia Nazionale dei Lincei. Anno CDV – 2008. Classe di scienze morali, storiche e filologiche*, Roma 2008, 815.

tamento di Quinto Mucio, ossia l'idea per cui non era affatto escluso che (ai suoi tempi) si determinasse un trasferimento di proprietà nel contesto di una *locatio operis*.

4. ... E IN GERMANIA.

Mi sottraggo alle ... sirene di Quinto Mucio (che, negli ultimi anni, ho ascoltato sin troppo a lungo!) e vengo alle ultime due, e ancor più influenti, personalità scientifiche cui facevo riferimento, risalenti stavolta alla romanistica tedesca. Il caso di Lenel e Schulz meriterebbe, come ovvio, un discorso estremamente articolato. Ma anche a volersi concentrare su alcuni tratti di fondo dei due fondamentali libri che essi hanno consegnato a chiunque lavori sulla giurisprudenza romana (la *Palingenesia* da una parte, la *History* dall'altra),⁹³ balza agli occhi una distanza eclatante tra i punti focali rispettivamente assunti. Sul primo versante i singoli *prudentes* e i loro scritti; sul secondo, i generi letterari della giurisprudenza, attorno ai quali condensare il racconto di un lavoro collettivo e quasi impersonale, epurato da ogni «approccio biografico».⁹⁴ Una diversa opzione che si lega anche a un differente modo di impostare la critica testuale e di applicare i canoni dell'interpolazionismo, giacché l'intero impianto di Lenel si rivela congeniale «allo studio dell'ordinamento romano nella sua essenza di *ius controversum*», laddove la scelta di Schulz sorregge a suo modo il «pandettismo del diritto classico».⁹⁵

Con questo non voglio affatto disconoscere il rilievo che anche nella *Palingenesia* veniva attribuito alle direttive di metodo a quel tempo ormai già ben avviate, per merito soprattutto di Eisele e Gradenwitz (sebbene poi i rapporti di questi ultimi con Lenel «non siano stati ancora del tutto chiariti».)⁹⁶ Un rilievo che emerge già nelle ultime due pagine della *Praefatio* (ove troviamo elencati una dozzina di sintagmi ritenuti sospetti) e poi in molteplici, conseguenti interventi e annotazioni rispetto ai testi riprodotti. Ed è noto come in uno dei suoi ultimi scritti – un articolo sulle *quaestiones* di Africano apparso quattro anni prima della morte – Lenel stesso rivelò l'aspirazione, ormai superiore alle sue declinanti forze, a una seconda edizione della *Palingenesia*, tale da tener conto soprattutto degli esiti di decenni di ricerca interpolazionistica.⁹⁷

Eppure dagli eccessi di quest'ultima egli seppe sempre guardarsi: ne presagì l'incontrollata deriva (in una «profezia» ricordata da Wlassak)⁹⁸ e ne stigmatizzò poi certi profili patologici – in un articolo, già ricordato, del 1925,⁹⁹ non a caso quasi integralmente costituito da una rilettura critica di alcune ipotesi di Albertario e Beseler – ove non esitava a parlare di un contagioso «Interpolationsbazillus», il cui maggior pericolo consisteva nell'aver adattato le fonti alle ipotesi anziché, come sarebbe doveroso, le seconde alla

⁹³ Apparse, come noto, la prima nel 1889 e la seconda (nella versione inglese) nel 1946.

⁹⁴ Il cui rifiuto era individuato come il primo di tre «postulati» dell'opera schulziana da M. BREONE, *Uno sguardo retrospettivo. Postulati e aporie nella History di Schulz* [1978], ora in ID., *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, rist. Napoli 1984², 335 ss. Da ultimo cfr. E. STOLFI, *Fra «Kunstgeschichte» e «Künstlergeschichte»* cit., 49 ss. ove altra bibl.

⁹⁵ Sono parole di M. TALAMANCA, *Otto Lenel e la 'Palingenesia'* cit., IX.

⁹⁶ Così F.M. D'IPPOLITO, *Maestri d'Europa*, Napoli 1999, 68.

⁹⁷ Si veda O. LENEL, *Africans Quästionen. Versuch einer kritischen Palingenesie*, in ZSS 51, 1931, 1 ss., coi rilievi di F.M. D'IPPOLITO, *Maestri d'Europa* cit., 67.

⁹⁸ Su cui cfr. ancora F.M. D'IPPOLITO, *Maestri d'Europa* cit., 68 ove bibl.

⁹⁹ O. LENEL, *Interpolationenjagd* cit., 17 ss.

prime.¹⁰⁰ Ma, ancora una volta, non è questione tanto di misura e cautela – per quanto davvero «non si loderà mai abbastanza la prudenza del Lenel».¹⁰¹ Il dato più rilevante pertiene all'impatto che, nell'insieme, una sorvegliata analisi testuale può esercitare rispetto alla ricomposizione dei singoli e distinti apporti giurisprudenziali oppure, al contrario, al suo effetto sostanzialmente paralizzante rispetto a tentativi di questo tipo. Tutta l'opera di Lenel – non solo la *Palingenesia*, ma anche la restituzione dell'«editto perpetuo» ad essa notoriamente connessa, e ancora il saggio sul *Sabinussystem* del 1892¹⁰² – si pone con ogni evidenza nella prima direzione: in una forma che nel capolavoro edito nel 1889 si fa particolarmente esplicita e vigorosa, tanto da porlo in netta quanto felice controtendenza rispetto all'indirizzo di studio che stava allora avviandosi a divenire egemonico. Cosa che contribuisce a spiegare, ha osservato Mario Talamanca,¹⁰³ il minor successo che, anche rispetto all'*Edictum perpetuum*, fu per vari decenni riservato alla *Palingenesia*.

Fra le reazioni suscitate – dopo le lodi, ma anche le perplessità e reticenze, espresse nella lunga discussione di Kipp¹⁰⁴ – spicca proprio l'atteggiamento estremamente tiepido assunto da colui che, alcuni decenni dopo, più avrebbe legato al proprio nome le indagini attorno alla giurisprudenza romana: Fritz Schulz. Nelle prime pagine della *History* egli si limitava a menzionare Lenel (accanto ad Alibrandi, Pernice, Eisele, Ferrini e Gradenwitz) come uno di coloro che, nel secolo precedente, «cercarono principalmente di districare il diritto classico dal diritto di Giustiniano», lasciando però che «l'interesse principale» continuasse a essere «il diritto romano, non la scienza giuridica romana»¹⁰⁵ (e qui, pensando alla *Palingenesia*, siamo davvero prossimi alla falsificazione storiografica!).

Le distonie fra i due studiosi tedeschi sono evidenti e molteplici, a cominciare dalla netta prevalenza accordata, nella *History*, a una «Kunstgeschichte» anziché a una «Künstlergeschichte»,¹⁰⁶ cui invece in definitiva mirava, fornendone l'indispensabile supporto testuale, il maestoso affresco palingenetico di Lenel. Ma accanto a questo – e in realtà ad esso legato, come vedremo fra breve – influiva anche un dissimile rapporto col modello interpolazionistico. Che esso venisse declinato, in Schulz, secondo una versione più radicale e incisiva – organica, vorrei dire –, e anche innovativa, è cosa nota. Dalla *Einführung in das Studium der Digesten* (la cui prima versione risale al 1916) ai numerosi saggi dedicati a opere giurisprudenziali prima e dopo la *History*, quello stile d'indagine non era mai abbandonato. E se da un lato venivano respinte le inferenze più meccaniche e i sospetti più arditi, dall'altro acquistava un peso crescente la tesi secondo cui, accanto a (e ancor più delle) modifiche apportate ai singoli brani dai giustinianeî, la veste complessiva di molti scritti

¹⁰⁰ Così O. LENEL, *Interpolationenjagd* cit., 17. Ne ricorda l'orientamento – come pure ulteriori e nette prese di distanze da Beseler, di pochi anni dopo – M. BRETONNE, *Diritto e tempo* cit., 186.

¹⁰¹ Come osservava, seppure ad altro proposito, F. BONA, *Cicerone e i 'libri iuris civilis' di Quinto Mucio Scevola* [1985], ora in ID., *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova 2003, 872 ss.

¹⁰² Sullo stretto legame fra questi tre lavori, per tutti, F.M. D'IPPOLITO, *Maestri d'Europa* cit., spec. 66.

¹⁰³ *Otto Lenel e la 'Palingenesia'* cit., IX.

¹⁰⁴ Il riferimento è a T. KIPP, *Quellenkunde*, in *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft* 33, 1891, 481 ss. Si soffermano sulle posizioni da lui assunte rispetto alla *Palingenesia*, fra gli altri, F.M. D'IPPOLITO, *Maestri d'Europa* cit., spec. 66 e M. TALAMANCA, *Otto Lenel e la 'Palingenesia'* cit., IX.

¹⁰⁵ Così F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it. Firenze 1968, 11 s.

¹⁰⁶ Cfr. ora, in proposito, M. BRUTTI, *Dal Digesto ai giuristi* cit., 630 ss. ed E. STOLFI, *Fra «Kunstgeschichte» e «Künstlergeschichte»* cit., spec. 50 ss. ove altra bibl.

fosse considerevolmente mutata nella trasmissione testuale che li aveva interessati, sin dalla fine del III secolo. Come ha scritto Federico d'Ippolito,¹⁰⁷ «le pagine della *History*, nelle quali si dissolve la fiducia degli interpolazionisti di ritrovare il testo originario una volta depurato dagli interventi triboniani, appaiono disperanti» e la possibilità «di raggiungere il tenore del testo classico» mostra «tutta la sua illusorietà».

Il dato, ancora una volta, non è solo quantitativo, né si esaurisce nei perentori verdetti di alterazione – oggi francamente inaccoglibili – formulati a proposito anche di passi celebri e di straordinaria pregnanza: basti pensare a Gai. 1.7¹⁰⁸ e D. 1.2.2.48-50,¹⁰⁹ liquidati da Schulz come «due testi apocrifi». ¹¹⁰ Ancor più rilevano, a mio avviso, due aspetti: distinti seppure integrati e convergenti. In primo luogo la persistente aderenza a quello che abbiamo individuato¹¹¹ come uno dei fondamenti teorici dell'interpolazionismo e che continua a orientare, con diverse formulazioni, l'intera trilogia schulziana.¹¹² Lo troviamo esposto con estrema chiarezza (e coerenza) nelle battute iniziali del *Classical Roman Law*, laddove il diritto privato «classico», frutto in primo luogo del lavoro giurisprudenziale, è descritto come «a homogeneous, original and, in truth, quite unique system». ¹¹³ Vi si riafferma, incrollabile, il mito di una disciplina senza smagliature o contrasti, come prodotta da un solo artefice, collettivo e metastorico (e peraltro da ripercorrere in piena aderenza non alle sequenze espositive degli antichi, bensì alla sistematica «adopted by the German 'Pandecten-Lehrbücher' of the nineteenth century»). ¹¹⁴ Ed è la stessa prospettiva che torna nelle numerose occasioni in cui le difformità di orientamenti giurisprudenziali sono poste alla base di un'ipotesi (più spesso di un inappellabile giudizio) di alterazione: come accade anche a proposito del ricordato passo di Gaio, allorché il fatto che quest'ultimo, «diver-

¹⁰⁷ *Saggi di storia della storiografia romanistica* cit., XVI.

¹⁰⁸ *Responsa prudentium sunt sententiae et opiniones eorum quibus permissum est iura condere. quorum omnium si in unum sententiae concurrunt, id, quod ita sentiunt legis vicem optinet; si vero dissentiunt, iudici licet quam velit sententiam sequi; idque rescripto divi Hadriani significatur.*

¹⁰⁹ *Et ita Ateio Capitoni Massurius Sabinus successit, Labeoni Nerva, qui adhuc eas dissensiones auxerunt. hic etiam Nerva Caesari familiarissimus fuit. Massurius Sabinus in equestri ordine fuit et publice primus respondit: posteaque hoc coepit beneficium dari, a Tiberio Caesare hoc tamen illi concessum erat. (49) Et, ut obiter sciamus, ante tempora Augusti publice respondendi ius non a principibus dabatur, sed qui fiduciam studiorum suorum habebant, consulentibus respondebant: neque responsa utique signata dabant, sed plerumque iudicibus ipsi scribebant, aut testabantur qui illos consulebant. primus divus Augustus, ut maior iuris auctoritas haberetur, constituit, ut ex auctoritate eius responderent: et ex illo tempore peti hoc pro beneficio coepit. et ideo optimus princeps Hadrianus, cum ab eo viri praetorii peterent, ut sibi liceret respondere, rescriptis eis hoc non peti, sed praestari solere et ideo, si quis fiduciam sui haberet, delectari se populo ad respondendum se praepararet. (50) Ergo Sabino concessum est a Tiberio Caesare, ut populo responderet: qui in equestri ordine iam grandis natu et fere annorum quinquaginta receptus est. huic nec amplae facultates fuerunt, sed plurimum a suis auditoribus sustentatus est.*

¹¹⁰ Cfr. F. SCHULZ, *Storia* cit., 207 ss. Inutile ricordare le molteplici, e importanti, interpretazioni a cui un confronto meno prevenuto fra quei due passi ha condotto nell'ultimo cinquantennio: ho cercato di fornirne un quadro in E. STOLFI, *Dissensionem prudentium, dispute di scuola e interventi imperiali*, in V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo* cit., spec. 330 ss.

¹¹¹ *Supra*, § 2.

¹¹² Sulla cui compattezza, nella nostra prospettiva, si veda da ultimo M. BRUTTI, *Storie di dogmi, storie di giuristi: una transizione incompiuta*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Giuristi romani e storiografia moderna* cit., 33 ss. Cfr. anche M. BRETONI, *Tecniche e ideologie* cit., 349 s.

¹¹³ Così F. SCHULZ, *Classical Roman Law*, Oxford 1951, 4.

¹¹⁴ Cfr. F. SCHULZ, *Classical Roman Law* cit., 6.

samente da Pomponio, ponga i *responsa prudentium* tra le fonti» viene ritenuto «in se stesso sospetto».¹¹⁵

Vi è poi un secondo profilo, col quale concludo. Costruire il racconto della giurisprudenza romana attorno ai generi letterari da essa praticati, anziché scandirla per personalità scientifiche, con la rispettiva produzione, si rivela più consona sia a questa immagine coesa del diritto privato «classico»¹¹⁶ sia all'incidenza riscontrata nella vicenda testuale tardoantica e nei guasti intervenuti nel corso di essa. Nel capitolo dedicato a «La letteratura dell'età classica. Sue forme e sua trasmissione»¹¹⁷ Schulz decretava in effetti l'abbandono dei «preconcetti dogmatici» secondo cui «con l'espunzione delle interpolazioni giustiniane da un testo questo ha recuperato la sua forma classica»: un «ottimismo» che egli¹¹⁸ reputava «ingiustificabile». Tornava qui a misurarsi col lavoro di Lenel, ma in chiave ancor più esplicitamente critica, e così sentenziava a proposito di un'auspicata nuova versione della sua opera: «la *Palingenesia* dovrà in futuro essere limitata alla ricostruzione delle edizioni post-classiche ma pregiustiniane».¹¹⁹

Da scritti e dottrine dei singoli *prudentes* il fulcro dell'indagine veniva dirottato verso il complesso della letteratura da essi prodotta, scandita per generi (quasi per ammortizzare l'unico e innegabile elemento pluralistico: quello degli autori e dei loro libri),¹²⁰ e da qui agli stravolgimenti di una trasmissione testuale complessa e invasiva. Vi possiamo ben percepire già un'atmosfera da «nouvelle vague» interpolazionistica, come sarà scritto a proposito delle *Textstufen* wieackeriane,¹²¹ con la luce occidua ma abbagliante che esse getteranno su quella storia. Ma soprattutto vi misuriamo le insidie che una critica testuale non governata può comportare rispetto a ogni serio tentativo di ricomporre, nella loro irriducibile varietà, metodi e volti, dottrine e dibattiti della giurisprudenza romana.

Insidie a cui con molta fatica stiamo cercando di sottrarci: ma senza che, per questo, il problema del testo – della sua analisi e della sua critica – possa mai defilarsi dal nostro orizzonte di lavoro.

¹¹⁵ In questi termini F. SCHULZ, *Storia* cit., 207. Sull'orientamento da lui seguito al riguardo si veda, per tutti, M. BRUTTI, *Dal Digesto ai giuristi* cit., 631 e V. MAROTTA, *La recitatio degli scritti giurisprudenziali: premesse repubblicane e altoimperiali di una prassi tardoantica*, in V. MAROTTA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo* cit., spec. 357 ss., 364 ss. Circa ulteriori letture critiche avanzate in passato attorno alla genuinità del passo gaiano, cfr. A.B. SCHWARZ, *Das strittige Recht der römischen Juristen*, in *Festschrift F. Schulz*, II, Weimar 1951, 215 e nt. 3.

¹¹⁶ Ancora legata, per molti versi, alla sua configurazione pandettistica: lo abbiamo appena verificato già in merito all'impianto che dichiaratamente presiede al *Classical Roman Law* (cfr. *supra*, nel testo e nt. 114).

¹¹⁷ F. SCHULZ, *Storia* cit., 250 ss.

¹¹⁸ *Storia* cit., 254 s.

¹¹⁹ Così F. SCHULZ, *Storia* cit., 255.

¹²⁰ Presuppongo quanto osservato in E. STOLFI, *Fra «Kunstgeschichte» e «Kunstlergeschichte»* cit., spec. 60.

¹²¹ Da V. ARANGIO-RUIZ, *I passi di Ulpiano, 18 ad edictum comuni alla Collatio e al Digesto* [1962], ora in ID., *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1977, 315 ss. Cfr. anche V. MAROTTA, *Ulpiano e l'impero*, II cit., spec. 99 (nell'ambito di una complessiva valutazione circa il metodo adottato da Wieacker, rispetto alla quale non trovo condivisibili le riserve formulate da C. CASCIONE, «De nuptiis philologiae et iuris». *La storiografia wieackeriana dalle «Textstufen» al rapporto tra diritto romano e «Nachbardisziplinen der Altertumswissenschaft»*, in *Seminarios Complutenses* 23-24, 2010-2011, 63 ss.).

NOTE

FRANCESCO DI CHIARA
(Università di Palermo)

Garsia Mastrillo e Giovanni Francesco Rao.
Due facce di uno stesso ceto

ABSTRACT

This article aims at analyzing in-depth the culture and social role of judges in Sicily in the 16th and 17th centuries. Although being very different from each other, the figures of Mastrillo and Rao share the same social belonging and the same legal culture: both are representatives of the social class of Sicilian magistrates, whose historical reality must be considered in all its complexity.

PAROLE CHIAVE

Riforma delle magistrature; giudice; giurista; Rao; Mastrillo.

GARSIA MASTRILLO E GIOVANNI FRANCESCO RAO. DUE FACCE DI UNO STESSO CETO

L'esiguità degli studi sul sistema giudiziario e sulla *scientia iuris* del Regno di Sicilia in età moderna è principalmente da addebitare al sostanziale disinteresse della storiografia giuridica.¹ Gli storici del diritto, infatti, hanno preferito per lungo tempo concentrarsi sulle origini del *Regnum*, identificando nel dominio normanno il termine *a quo* in una linea di continuità che percorrerebbe le istituzioni giudiziarie siciliane fino ai primi dell'Ottocento.² Si tratta di un indirizzo storiografico la cui compiuta formulazione si può già rinvenire nella giuspubblicistica siciliana di inizio Diciannovesimo secolo. In questo periodo, infatti, la ricerca di elementi e caratteri comuni, nelle istituzioni isolate, risalenti all'età normanna, era funzionale alla difesa del mito della "nazione siciliana" e delle strutture politiche e giuridiche tradizionali.³ Si fissava così un'ininterrotta linea lunga sette secoli, in cui anche le innegabili fratture istituzionali vengono viste come tasselli, spesso enfatizzati, ma comunque rientranti nella continuità.⁴

Ma è stato proprio a causa dell'enfazzazione di questo percorso a ritroso e di una pre-

¹ Sull'ordinamento giudiziario in Sicilia nei secoli XVI e XVIII cfr. A. BAVIERA ALBANESE, *L'ufficio di Consultore del Vicerè nel quadro delle riforme dell'organizzazione giudiziaria del secolo XVI in Sicilia*, in *Scritti minori*, Soveria Mannelli (CZ) 1992, 109-158; V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in Sicilia. Il ministero togato nella società siciliana dei secoli XVI e XVII*, Napoli 1983. Sia pur per un periodo più risalente, si veda B. PASCIUTA, *In regia curia civiliter convenire. Giustizia e città nella Sicilia tardomedievale*, Torino 2003, 41-68 e la bibliografia ivi citata.

² Sulla tesi della sostanziale continuità delle istituzioni siciliane durante i sette secoli di esistenza del *Regnum Siciliane* cfr. A. BAVIERA ALBANESE, *L'ufficio di Consultore* cit.; nello stesso senso si veda anche G. FALLICO, *Magistrature ed archivi in Sicilia*, (Istituto di Storia del Diritto e delle Istituzioni – Università degli Studi di Messina, *working papers* n. 1, dattiloscritto) Messina 1987, 13-32.

³ Sul punto cfr. M.A. COCCHIARA, *Istituzioni Giudiziarie e amministrazione della giustizia nella Sicilia borbonica*, Milano 2003, 105-107; EAD., *Nazione e Stato nella giuspubblicistica siciliana del primo Ottocento*, in A. DE BENEDICTIS (a cura di), *Costruire lo Stato, costruire la storia. Politica e moderno fra 800 e 900*, Bologna 2003, 59-101; M. CARVALE, *Alle origini di un mito: la dottrina giuridica della Restaurazione e la monarchia normanna*, in ID., *La monarchia meridionale. Istituzioni e dottrina giuridica dai normanni ai Borboni*, Roma-Bari 1998, 233-314. Secondo M. BELLOMO, *Problemi e tendenze della storiografia giuridica siciliana tra Ottocento e Novecento*, in *La presenza della Sicilia nella cultura degli ultimi cento anni*, Palermo 1977, 989-1004, l'amor di patria «portava, proprio fra Ottocento e Novecento, a grandi accanimenti nelle dispute sulle 'origini' di ogni istituto giuridico e di ogni norma giuridica» (ID., *op. cit.*, 1000). Anche M. BLOCH, *Apologia della storia*, Torino 1969, 43-48, ha dedicato un capitolo all'idolo delle origini, per analizzarne storicamente il mito nella storiografia di quegli anni.

⁴ Critica rispetto alla tesi continuista è B. PASCIUTA, *In Regia Curia* cit., 42 ss., che intravede proprio in questo approccio una delle cause del ritardo nello studio delle peculiarità istituzionali della monarchia trecentesca.

sunta continuità fin dalla fondazione del *Regnum*, che la storiografia tradizionale non ha colto appieno i mutamenti nelle istituzioni giudiziarie dell'Isola in età moderna, ma soprattutto la reale rilevanza della cultura giuridica di questo periodo. Si tratta di lacune che non hanno permesso di comprendere la complessità di un ceto sociale, quello dei *togati* siciliani, i cui esponenti, dalla seconda metà del XVI secolo, divengono protagonisti del sistema giudiziario allo stesso tempo sia come giudici nelle corti supreme dell'Isola che come autorevoli giuristi nel panorama della scienza giuridica. Fattore rilevante nell'avverarsi di questa crasi tra il mondo della prassi giurisprudenziale e quello della dottrina giuridica fu certamente la definizione del sistema giudiziario del Regno di Sicilia, che proprio nel medesimo lasso di tempo veniva a concretizzarsi. Il processo di stabilizzazione degli alti tribunali siciliani, iniziato verso la metà del secolo XV, giunge infatti a maturazione con la prammatica *De reformatione tribunalium* di Filippo II del novembre del 1569.⁵

La riforma tendeva ad omologare le istituzioni giudiziarie dell'Isola a quelle milanesi e napoletane, cercando di rispondere all'esigenza di razionalizzare l'amministrazione della giustizia.⁶ Il fine politico del provvedimento era quello di escludere l'aristocrazia dai ranghi delle magistrature apicali del *Regnum*, a vantaggio del ceto togato, a cui la previsione normativa riservava la maggior parte dei posti nei ruoli giudicanti proprio all'interno dei tribunali regi. In tale direzione, vanno letti l'affidamento a giudici eletti *ad meram regiam voluntatem*, ma di fatto perpetui, delle presidenze dei supremi tribunali siciliani, e la soppressione di alcuni antichi uffici giudiziari, come quello del Maestro giustiziere, da sempre riservati alla nobiltà feudale. Con la prammatica del 1569 veniva sostanzialmente definita una nuova struttura delle magistrature dell'Isola. Al vertice del sistema si collocavano tre tribunali, la Regia Gran Corte, il Concistoro della Sacra Regia Coscienza e il Tribunale del Real Patrimonio, che si occupava di finanza pubblica e contese fiscali.⁷ Le tre supreme magistrature operavano in un sistema di appelli ordinari reso complesso dalla necessità di tre sentenze conformi per ottenere il passaggio in giudicato della pronuncia giudiziale.⁸

⁵ *Prammatica de reformatione Tribunalium*, edita in J. CESINO FOGLIETTA, *Pragmaticae Regni Siciliae*, II, Panormi 1700, 1-7 e in F.P. DI BLASI, *Pragmaticae Sanctiones Regni Siciliae*, III, Panormi 1791. Sulla riforma di Filippo II, che può considerarsi il momento conclusivo di tutta una serie di richieste di riforme giurisdizionali avanzate nei Parlamenti dalla prima metà del Cinquecento in poi cfr. V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in Sicilia* cit., 95 ss.; O. CANCELILA, *Filippo II e la Sicilia*, in L. LOTTI, R. VILLARI (a cura di), *Filippo II e il Mediterraneo*, Roma-Bari 2003, 130 ss.; in generale cfr. R. GREGORIO, *Considerazioni sopra la storia di Sicilia dai tempi normanni sino ai presenti*, 3 voll., Palermo 1831-1833, 541-543. Sulla politica di Filippo II, si rinvia, per tutti, a H.G. KOENISBERGER, *Il governo della Sicilia sotto Filippo II di Spagna*, London 1951.

⁶ Sulle riforme giudiziarie poste in essere dalla corona spagnola nei possedimenti nella penisola italiana, si rinvia a M. BELLABARBA, *La giustizia nell'Italia moderna XVI-XVIII secolo*, Roma-Bari 2008, 40-76 e alla bibliografia ivi citata.

⁷ Cfr. A. BAVIERA ALBANESE, *L'ufficio del Consultore* cit., 109-158; V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in Sicilia* cit., 79-97.

⁸ In particolare, contro le sentenze della Gran Corte era possibile proporre appello al Concistoro della Sacra Regia Coscienza; contro le decisioni del Concistoro ci si poteva appellare alla Gran Corte (nella composizione criminale); le sentenze di questa erano appellabili innanzi alla Gran Corte (come giudice per le cause delegate) e contro quest'ultima si poteva adire il Concistoro (come tribunale per le cause delegate). Infine, contro le sentenze del Tribunale del Real Patrimonio si poteva proporre appello al Regio Consiglio. Cfr. V. LA MANTIA, *Storia della legislazione civile e criminale di Sicilia comparata con le leggi italiane e straniere dai tempi antichi sino ai presenti*, II, Palermo 1874, 197; V. SCIUTI RUSSI, *Il governo della Sicilia in due relazioni del primo Seicento*, Napoli 1984, 17-25.

La riforma prevedeva, inoltre, la durata biennale per i giudici del Concistoro e della Regia Gran Corte. La linea della perpetuità era prevalsa, invece, per i Presidenti dei tre supremi tribunali e per tutti i giudici del Real Patrimonio. Questa distinzione tra magistrati perpetui e magistrati temporanei causò una spaccatura profonda all'interno del ceto togato. I Presidenti delle tre corti supreme, infatti, esercitavano un potere pressoché illimitato nell'amministrazione della giustizia e nel controllo sugli altri componenti del collegio. Inoltre, i tre Presidenti formavano insieme al consultore (anch'egli giureconsulto) una "giunta" ristretta all'interno del Sacro Regio Consiglio; la "giunta" divenne, prima per via di prassi e poi con riconoscimento normativo, l'organo consultivo più ascoltato dal viceré nelle questioni giuridiche maggiormente rilevanti.⁹ Allo stesso modo crebbe il prestigio e il potere del Tribunale del Real Patrimonio. Questa corte, i cui componenti erano tutti perpetui, controllava il contenzioso tra fisco e privati, e inoltre gestiva la finanza del Regno, il debito pubblico e gli appalti delle entrate fiscali. Si trattava di settori strategici che permettevano ai giudici del Real Patrimonio di entrare in contatto con l'alta finanza isolana e di fare con essa lucrosi affari, approfittando del ruolo ricoperto all'interno del tribunale.¹⁰

I giudici temporanei, di durata biennale, invece, pur godendo anch'essi del prestigio derivante dall'essere magistrati in uno dei supremi tribunali, subivano il rapido avvicendamento nelle corti del Regno, e solitamente nell'intervallo tra una carica e l'altra, mentre tornavano ad esercitare l'avvocatura, si mettevano al servizio dell'aristocrazia.

Anche per questo, l'intento di Filippo II di creare attraverso la sua riforma un ceto togato autonomo dalla nobiltà feudale, simile a quello napoletano, era destinato al fallimento.¹¹ I giudici dell'Isola, infatti, fossero essi perpetui o temporanei, erano accomunati dall'intento di utilizzare la carriera magistratuale per conseguire quell'arricchimento che gli avrebbe permesso di collocare la propria famiglia nei ranghi della nobiltà feudale. Per questa ragione, in Sicilia, il ceto dei togati sosteneva sovente posizioni fortemente conservatrici e contrarie ad ogni mutamento politico istituzionale che potesse intaccare le prerogative proprie e della nobiltà, alla quale era assai spesso strutturalmente legato.¹²

I magistrati siciliani, tra Cinque e Seicento, rappresentavano quindi un'élite sociale che,

⁹ Sul tema si rinvia a V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in Sicilia* cit., 79 ss.; F. DI CHIARA, *Le raccolte di decisioni. I supremi tribunali del Regnum Siciliae*, Palermo 2017, 61-62.

¹⁰ V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in Sicilia* cit., 100 ss., oltre a segnalare i numerosi abusi e gli illeciti arricchimenti perpetrati dai giudici del Real Patrimonio, sottolinea come: «il fatto stesso che il governo centrale volle perpetui i sei maestri razionali del Patrimonio (compresi i togati, prima biennali) e che successivamente promulgasse alcune prammatiche per rendere più efficiente il funzionamento del tribunale, costituiscono segni della preponderanza acquisita dall'amministrazione finanziaria rispetto a quella giudiziaria» (102).

¹¹ Anche grazie al lungo periodo di vice regno dell'energico ed esperto don Pedro de Toledo, fedelissimo di Carlo V, si avviò a Napoli una riforma dei tribunali del Sacro Regio Consiglio e della Sommaria, e nel 1542 anche del Collaterale che mirava all'esclusione della nobiltà dalle più importanti sedi istituzionali del Regno. Tutto questo a vantaggio del ceto dei magistrati togati, non nobili di nascita, che divennero effettivamente unici interlocutori con la corona nel governo locale. Cfr. R. AJELLO, *Il problema storico del Mezzogiorno. L'anomalia socio-istituzionale napoletana dal Cinquecento al Settecento*, Napoli 1994.

¹² Cfr. A. ROMANO, *La Regia Gran Corte del Regno di Sicilia*, A. WIJFFELS (a cura di), *Case Law in the Making. The Techniques and Methods of Judicial Records and Law Reports*, 1, Berlin 1997, 151; M. BELLA-BARBA, *La giustizia nell'Italia* cit., 23-40.

a differenza di quanto avvenne negli altri domini spagnoli nel territorio italiano, non fu in grado di porsi come un interlocutore privilegiato del sovrano nel governo del territorio. Le politiche di promozione sociale, le strategie patrimoniali e le alleanze matrimoniali perseguite dal ceto stesso impedirono di conseguire una piena autonomia dalla nobiltà feudale, con la quale intrattenne rapporti clientelari particolarmente stretti. Un esempio utile a dare concretezza a quest'immagine del ceto togato siciliano può essere fornito dal ritratto della vita del giudice Giovanni Francesco Rao.

Nella Sicilia di fine Cinquecento, Giovanni Francesco Rao, il Presidente del Tribunale della Regia Gran Corte, era comunemente conosciuto come il *Presidente della giustizia*. In ragione dell'onnipotenza e del carattere personalistico utilizzati, infatti, il supremo magistrato era ritenuto spesso unico dispensatore di giustizia nel *Regnum*.¹³

Le ascendenze familiari, soprattutto nel ramo paterno, indirizzarono gli studi e la carriera di Giovanni Francesco Rao verso l'esercizio dell'attività forense.¹⁴ Dagli anni settanta del secolo Sedicesimo, egli iniziò la scalata verso le posizioni di vertice all'interno delle magistrature siciliane. Rao, infatti, fu giudice stratigoziale della città di Messina per tre volte, tra il 1572 ed il 1578. Quasi parallelamente ricopriva cariche di rilievo nei supremi tribunali del *Regnum*. In particolare, fu giudice della Regia Gran Corte in sede civile dal 1573 al 1575 e dal 1579 al 1581, Presidente del tribunale del Real Patrimonio, oltre che avvocato fiscale della Regia Gran Corte in sede criminale.¹⁵

Durante l'espletamento di quest'ultimo ufficio, Rao divenne uno dei più stretti collaboratori del viceré Marco Antonio Colonna. Fu proprio questo rapporto col viceré, unito alla condivisione della sua politica, a costare a Rao il coinvolgimento nella visita generale organizzata in Sicilia nel 1583 dal governo di Madrid. Si trattava di un controllo che la monarchia esercitava sugli amministratori periferici dei domini italiani, che sia pur non coinvolgendo formalmente il viceré si traduceva spesso in una valutazione critica delle sue scelte politiche.¹⁶

In tal senso, quella iniziata da Gregorio Bravo de Sotomayor nel 1583 in Sicilia, fu una visita sollecitata dagli ambienti della corte madrilenza collegati all'Inquisizione e al contem-

¹³ Cfr. B. POMARA SAVERINO, «*Sicilia no consiente mediania en el que gobierna*». *La dura prova di Osuna come viceré di un'isola*, in E. SÁNCHEZ GARCÍA, C. RUTA (a cura di), *Cultura della guerra e arti della pace. Il III Duca di Osuna in Sicilia e a Napoli (1611-1620)*, Napoli 2012, 175.

¹⁴ Nato a Taormina nel 1533, Giovanni Francesco Rao era, infatti, figlio del dottore in legge Francesco di origini messinesi e di Antonia Grugno, nobile di Taormina dalla cui famiglia, Giovanni Francesco ricevette per donazione (nel 1577) le terre allodiali di San Filippo e Marzacchina. Per informazioni biografiche su Giovanni Francesco Rao, si rinvia a F. DI CHIARA, *Rao Giovanni Francesco*, in *Dizionario Biografico degli Italiani* vol. 86, Roma 2016, 489-491.

¹⁵ F. DI CHIARA, *Rao Giovanni Francesco* cit., 489 ss.

¹⁶ L'istituto della visita, introdotto per la prima volta a Napoli nel 1533, venne esteso a tutti i domini italiani della corona spagnola entro la prima metà del secolo. Il visitatore era un ministro non nazionale il quale mettendo in atto una procedura di stampo inquisitorio, svolgeva un'inchiesta straordinaria su tutti i ministri ed ufficiali, ad eccezione del viceré. Lo scopo dichiarato era quello di accertare come i funzionari locali avessero esercitato le loro cariche, ma nei fatti l'istituto si prestò col tempo a prevalenti finalità politiche, spesso di censura nei confronti dei viceré, colpiti indirettamente dalle visite nei confronti dei propri collaboratori di governo. Cfr. P. BURGARELLA, G. FALLICO (a cura di), *L'archivio dei Visitatori generali di Sicilia*, Roma 1977; M. PEYTAVIN, *Visite et gouvernement dans le royaume de Naples (XVI^e-XVII^e siècles)*, Madrid 2003; G. MACRÌ, *Visitas generales e sistemi di controllo regio nel sistema imperiale spagnolo: un bilancio storiografico*, in *Mediterranea. Ricerche storiche* 13, 2008, 385-400. Si vedano inoltre, i saggi raccolti in *Gouverner les hommes, gouverner les âmes*, Paris 2016.

po profondamente ostili a Marco Antonio Colonna.¹⁷ Il viceré, infatti, si era apertamente schierato contro il Tribunale del Sant'Uffizio e le usurpazioni da esso perpetrate a danno della giurisdizione dei tribunali regi. Così, con la visita, si volle colpire il viceré attraverso i suoi più stretti collaboratori, il cugino Pompeo Colonna, strategoto di Messina, Luca Cifuentes, presidente della Gran Corte, ma soprattutto i due più esposti ministri del partito viceregio: Giovanni Francesco Rao ed Alfonso de Franchis, rispettivamente avvocato e procuratore fiscale della Gran Corte. Anche grazie alle accuse, non connesse direttamente al loro ufficio quanto piuttosto all'esecuzione degli ordini ricevuti da Colonna, i due magistrati furono sottoposti a pene scarsamente afflittive rispetto alle ben più gravi richieste di condanna del visitatore. Con le sentenze del 1588, infatti, Rao venne sottoposto ad una pena pecuniaria di ottocento scudi ed alla sospensione di sei mesi dal proprio ufficio, mentre de Franchis patì soltanto un'ammenda di seicento scudi.¹⁸

Superate le difficoltà connesse alla visita, Rao, nell'ultimo decennio del secolo Sedicesimo, raggiunse la carica più elevata nella gerarchia delle magistrature del *Regnum*. Nel 1590, infatti, alla morte del presidente Luca Cifuentes, ricoprì l'interim della presidenza della Gran Corte, conferita a Modesto Gambacorta. Nel 1593, acquisì la titolarità dell'ufficio che resse fino alla morte.¹⁹

Il Presidente Rao amministrò il Tribunale in maniera autoritaria, ostentando l'onnipotenza di un sommo magistrato che gestiva la giustizia con il fine primario di arricchire sé stesso e la propria famiglia. In tal senso, indirizzava le sentenze dei giudici biennali, commetteva intimidazioni nei confronti di quegli ufficiali che non si piegavano al suo volere, vendeva illecitamente uffici giudiziari subalterni, riceveva spesso denaro e regali dalle parti in lite. Nel 1600 acquistò dal marchese di Geraci la baronia di Gallina.²⁰ Dal 1594, fu più volte nel deputato del regno.²¹ Agli inizi del secolo Diciassettesimo, il patrimonio di Rao, modesto fino alla nomina a Presidente della Regia Gran Corte, fu stimato nella ragguardevole cifra di sessantamila scudi, distribuiti tra feudi, terre, case, rendite, mobili ed ornamenti preziosi. Appare evidente che grazie al potere originato dalle alte cariche magistratali ricoperte e all'uso personalistico della giustizia, Giovanni Francesco Rao riuscì a cementare una rete di clientele utili ad irradiare la sua influenza anche in ambito economico e politico. Sempre servendosi del proprio ruolo istituzionale, il Presidente Rao, attraverso scambi illeciti di favori, ottenne inoltre di inserire la propria discendenza tra i ranghi della nobiltà siciliana. Per far ciò mise in atto un'attenta politica matrimoniale per i quattro figli, riuscendo così ad imparentarli con altrettanti casati nobiliari dell'Isola.²²

¹⁷ Sul tema, si rinvia a N. BAZZANO, *Marco Antonio Colonna*, Roma 2003, 242, 296, 322.

¹⁸ Cfr. V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in Sicilia* cit., 159-163.

¹⁹ Cfr. F. DI CHIARA, *Rao Giovanni Francesco* cit., 489 ss.

²⁰ Il tema è ampiamente trattato da F. SAN MARTINO DE SPUCHES, *La storia dei feudi e dei titoli nobiliari di Sicilia dalla loro origine ai giorni nostri*, Palermo 1924, 421.

²¹ In particolare fu deputato nel 1597, nel 1603 ed infine nel 1609.

²² Già dal tempo in cui era avvocato fiscale della Regia Gran Corte, aveva fatto sequestrare, al fine di costringerlo a sposarsi con una sua figlia, il quattordicenne barone della Monica. Un'altra figlia la diede invece in sposa al primogenito del barone di Spaccaforro, promettendo a quest'ultimo favori di natura giudiziale utili a salvarne il disastrato patrimonio, in cambio del consenso al matrimonio. Simile scambio di "favori" condusse al matrimonio tra Anna, figlia del principe di Buscemi, con Giuseppe Rao, terzogenito del Presidente. Infine, l'ultimo figlio, Ludovico Rao, Maestro Razionale del Patrimonio, sposò una ricca orfana di Castrogiovanni. Cfr. V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in Sicilia* cit., 194-199.

Le estorsioni e le violenze di cui si era reso protagonista Giovanni Francesco Rao, oltre ai comportamenti del figlio Vincenzo, accusato per crimini quali sodomia e omicidio, suscitarono scandalo ed accuse circostanziate che giunsero sino a Madrid. Quasi come un atto dovuto, nel 1603 fu allora commissionata al reggente del Sacro Regio Consiglio di Napoli, Giovanni Tommaso Salamanca, una visita particolare nei confronti del Presidente Rao. Quella che formalmente doveva essere una visita, in realtà era stata concepita come un modo per scagionare Rao dalle accuse ascrivetegli e salvaguardarne l'immagine di limpido ed autorevole uomo di legge. Il visitatore non venne nemmeno munito del potere di sospendere l'inquisito dall'ufficio, da ciò derivò l'impossibilità stessa di svolgere l'istruttoria, stante l'assenza di testimoni disposti a deporre contro un così potente e vendicativo personaggio. Giovanni Tommaso Salamanca, preso atto della protezione assicurata al Presidente Rao sia all'interno della corte madrilena che in Sicilia dal viceré duca di Feria, abbandonò l'incarico. In una successiva visita generale del Regno condotta da don Ochoa de Luyando tra il 1605 ed il 1609, il presidente Rao risultò uno degli amministratori locali più coinvolti. Nelle susseguenti sentenze del 1614, di cui il viceré duca di Osuna non diede pubblica lettura, Giovanni Francesco Rao venne considerato colpevole di venticinque delitti, su un totale di sessantadue imputazioni. Le pene a cui il Presidente e gli altri ministri ritenuti colpevoli vennero condannati furono comunque esclusivamente pecuniarie.²³

Nonostante rimanesse un magistrato discusso e controverso, Giovanni Francesco Rao conservò il suo ufficio di presidente della Regia Gran Corte. Negli ultimi anni di vita, inoltre, la complessità del suo personaggio si arricchì di un ulteriore connotato, una spiccata devozione cattolica. In pieno spirito controriformistico e a fini salvifici, entrò, ormai ottantaduenne nella Compagnia di Gesù quale fratello laico. Pronunciò i voti solenni poco prima della morte che lo colse il 20 dicembre 1618.²⁴

Come appena visto, la biografia di Giovanni Francesco Rao restituisce l'immagine di uno dei più potenti e discussi magistrati siciliani operanti tra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo. Grazie a un uso spregiudicato delle posizioni apicali rivestite nelle supreme magistrature dell'Isola, accumulò un ingente patrimonio, collocò in matrimonio i figli e le figlie nelle principali famiglie del baronaggio e, nonostante gli illeciti conclamati emersi in occasione delle periodiche "visite" dei funzionari madrileni, esercitò fino alla morte la carica di Presidente della Regia Gran Corte.

Biografie come quella di Rao, hanno offerto un supporto ed una conferma al giudizio negativo che la storiografia giuridica ha tradizionalmente riservato al ceto togato siciliano in età moderna. In esse, l'interpretazione storiografica dominante ha rinvenuto tutti quei fattori che non avevano permesso ai magistrati siciliani di sfruttare compiutamente l'opportunità politica offerta dalla prammatica *De reformatione tribunalium* voluta dal sovrano Filippo II. Nella ricostruzione effettuata dalla storiografia giuridica, personaggi come Rao hanno finito per identificare l'intero ceto dei togati siciliani costituendone l'unica immagine possibile.²⁵ Si tratta di una visione non condivisibile perché frutto di una lettura limita-

²³ Sulla visita generale condotta da Ochoa de Luyando, si rinvia a V. SCIUTI RUSSI, *Sicilia: Nobleza, Magistratura, Inquisición y Parlamentos*, in J. MARTÍNEZ MILLAN, M.A. VISCEGLIA (a cura di), *La monarquía de Felipe III: Los Reinos*, IV, Madrid 2008, 548-551; B. POMARA SAVERINO, *Bandolerismo, violencia y justicia en la Sicilia barroca*, Madrid 2011, 122-130.

²⁴ Cfr. G.E. DI BLASI, *Storia cronologica dei viceré luogotenenti e presidenti del regno di Sicilia: Seguita da un'appendice fino a gennaio 1862*, Palermo 1880, 260-261.

²⁵ Una interpretazione simile è alla base di tutta la ricostruzione del ceto togato nei secoli XVI e XVII effettuata da V. SCIUTI RUSSI, *Astrea in Sicilia* cit.

ta che non tiene conto della reale complessità della figura del giudice nella Sicilia in età moderna, e in quel particolare lasso di tempo che lambisce la riforma delle magistrature. Basterebbe, infatti allargare la prospettiva e guardare alla prammatica del 1569 non soltanto come il momento del fallimento degli obbiettivi politici perseguiti dalla corona ma soprattutto come il momento in cui i due mondi della prassi giudiziale e della dottrina giuridica si incontrano. Questo fu reso possibile proprio grazie all'attribuzione della maggior parte delle cariche disponibili nei tribunali supremi a giudici i quali erano scelti fra i giuristi più autorevoli dell'Isola. Solitamente quindi il supremo magistrato siciliano almeno a partire dalla seconda metà del XVI secolo, poteva anche essere un esponente della *scientia iuris*.

Si tratta di un fenomeno di notevole rilievo che porta con sé un clima culturale di cui si giova la scienza giuridica siciliana, che proprio tra la fine del XVI ed il primo scorcio del XVII secolo attraversa un periodo fecondo. In questo lasso di tempo, infatti, intorno al nucleo dei grandi tribunali del Regno di Sicilia si sviluppa e fiorisce, per impulso dei maggiori giudici-giuristi, una produzione tecnica legata all'attività delle Corti. È il segno dell'irrompere di una cultura propria di avvocati, ma soprattutto di magistrati – in buona parte anche professori o ex professori nelle università di Catania e Messina – i quali alle speculazioni teoriche di diritto comune tipiche dei corsi ufficiali universitari preferiscono le trattazioni tecnico-professionali legate alla prassi forense.²⁶

La dottrina giuridica siciliana sceglie dunque la materia del processo non solo come campo privilegiato per le sue riflessioni, ma anche e soprattutto per una interpretazione rivolta alla normativa regia che tale materia disciplina. Si tratta di un tentativo, da parte dei giuristi, di rimanere protagonisti in un ambito, quello delle procedure, che sempre più i sovrani tendevano ad attrarre tra le materie della propria legislazione.²⁷ Vedono la luce un gran numero di opere, ascrivibili a vari generi letterari, per mezzo delle quali la dottrina giuridica siciliana, reinterpretandolo, crea il diritto effettivamente applicato nelle aule dei tribunali. Questa attività interpretativa aveva fin da subito avuto ad oggetto il *Ritus Magne Regie Curie et totius regni Siciliae Curiarum*,²⁸ il più corposo intervento normativo sulle procedure giudiziarie avutosi nel *Regnum* dopo le Costituzioni di Federico II. Con il *Ritus*, emanato nell'ottobre del 1446, il sovrano Alfonso V il Magnanimo intendeva disciplinare la materia procedurale, sia civile che penale, nei tribunali della parte insulare del Regno di Sicilia, cercando in tal modo di rendere più agevole lo svolgimento dei processi.²⁹

²⁶ Per un simile fenomeno nell'Italia meridionale, in un ambiente da sempre assai attento alla prassi giudiziaria, cfr. E. CORTESE, *Sulla scienza giuridica a Napoli tra Quattro e Cinquecento* in M. BELLOMO (a cura di), *Scuola, diritto e società nel mezzogiorno medievale d'Italia*, I, Catania 1985, 131 ss. (= *Scritti*, I, Spoleto 1999, in part. 105, 130-132).

²⁷ È questa una teoria elaborata da B. PASCIUTA, *Le fonti giudiziarie del Regno di Sicilia tra tardo Medioevo e prima Età Moderna: le magistrature centrali*, in A. GIORGI, S. MOSCARDELLI, C. ZARRILLI (a cura di), *La documentazione degli organi giudiziari nell'Italia tardo-medievale e moderna (Atti del Convegno di Studi, Siena, Archivio di Stato, 15-17 settembre 2008)*, Siena 2012, 315-330, secondo la quale «normativa regia e riflessione giuridica sono dunque costantemente impegnate in una contrapposizione silenziosa che elegge come terreno di attività il processo e le sue sistemazioni» (316).

²⁸ Cfr. F. TESTA (a cura di), *Capitula regni Siciliae*, II, Panormi [ristampa a cura di A. ROMANO, Savaria Mannelli (CZ), 1999], I, 240-273.

²⁹ Sul *Ritus* alfonsoino si vedano B. PASCIUTA, *In regia curia* cit., 88-91; e F. MAZZARELLA, *Ius commune, ius proprium e ius singulare nella Sicilia quattrocentesca di Alfonso il Magnanimo*, in *Rivista Internazio-*

Già dalla fine del '400, la dottrina si era cimentata nell'interpretazione del *Ritus* alfonso, apportando commenti a singoli articoli del testo normativo, in trattazioni destinate alla pratica forense.³⁰ Ma è tra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo che vedono la luce i due più significativi e diffusi commentari al *Ritus*, quelli di Giuseppe Cumia³¹ e di Marcello Conversano.³² Nel medesimo periodo, i giuristi siciliani si dedicano al commento di altre fonti normative vigenti nel *Regnum*. È il caso di Mario Muta, autore di commentari ai Capitoli del regno,³³ alle *Prammatiche*³⁴ e alle *Consuetudini* di Palermo,³⁵ o Mario Cutelli, che avvalendosi delle sue *notae politicae*, apporta un commento, in quattro libri, ai capitoli di Giacomo, Federico III, Pietro II e Martino.³⁶ Alla normativa statutaria cittadina sono invece dedicate le *Lucubrationes* sulle consuetudini di Messina, di Mario Giurba, pubblicate nel 1620.³⁷

Sempre nell'ambito della produzione dottrinale, un posto di rilievo va attribuito alle raccolte di *decisiones* dei supremi tribunali siciliani. Queste rappresentano forse l'esempio più fulgido della solida saldatura oramai avvenuta tra il mondo della dottrina e quello della prassi giudiziaria. Come è noto, la *decisio*, pur rimanendo un atto stragiudiziale che non coincide con la sentenza, da questa trae comunque spunto, quale ineludibile presupposto per una rielaborazione che diviene eminentemente dottrinale. Infatti, l'autore della *decisio*, che solitamente è uno dei giudici che aveva assistito alla controversia, crea un percorso il cui fine è quello di ricostruire l'*iter* logico-giuridico che ha condotto alla pronuncia. Dalla fine del Quattrocento e per i due secoli successivi nelle diverse realtà statuali europee, al

nale di Diritto Comune 11, 2000, 197-247.

³⁰ Cfr. A. ROMANO, "Legum doctores" e cultura giuridica nella Sicilia aragonese. Tendenze, opere, ruoli, Milano 1984 e M. BELLOMO, *Cultura giuridica nella Sicilia catalano-aragonese*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 1, 1990, 155-171.

³¹ G. CUMIA, *In Ritus Magnae Regiae Curiae ac totius Regni Siciliae curiarum Commentaria*, Panormi 1588.

³² M. CONVERSANO, *Commentaria super ritu regni Siciliae ... a Marcello Conversano collecta*, Panormi 1614.

³³ M. MUTA, *Capitulorum regni Siciliae ... lucubrationum*. VI, Panormi 1605-1627. I commentari, in sei tomi comparsi a Palermo fra il 1605 e il 1627, si riferiscono ai Capitoli che vanno dal regno di Giacomo a quello di Giovanni (1474). Su tale opera si veda diffusamente B. PASCIUTA, *Placet regie maiestati. Itinerari della normazione nel tardo medioevo siciliano*, Torino 2005, 93-103.

³⁴ M. MUTA, *Regni Siciliae pragmaticarum sanctionum*, Panormi 1622.

³⁵ M. MUTA, *Commentaria ... in antiquissimas felices Senatus populi panormitani consuetudines*, Panormi 1644.

³⁶ M. CUTELLI, *Codicis legum siculae libri quatuor*, Messanae 1622. Come sottolinea B. PASCIUTA, *Placet Regie Maiestati* cit., 103-107, nelle sue *Notae politicae*, Cutelli fa trasparire la sua posizione di convinto assertore dell'assolutismo, proprio in virtù di ciò egli perora la trasformazione delle magistrature da temporanee a perpetue al fine di assicurarne la migliore gestibilità e governabilità nelle mani del sovrano.

³⁷ M. GIURBA, *Lucubrationum ... in omne ius municipale quod statutum appellant Senatus Populi Messanensis*, Messanae 1620. L'opera, che fin dal proemio esalta la fonte consuetudinaria ed il ruolo del sovrano quale supremo garante degli ordinamenti particolari, consiste in un'esegesi sulle consuetudini messinesi, divisa in sedici capitoli, con specifico riferimento ad alcuni istituti di carattere privatistico quali la comunione tra coniugi, le successioni, i testamenti e la dote. Di notevole interesse sono anche le frequenti digressioni sulle norme statutarie delle principali città dell'Italia centrosettentrionale e sulle consuetudini francesi. Secondo M.T. NAPOLI, *Mario Giurba, e la "Iustitia politica" a Messina nel Seicento*, in *Studi in onore di E. Cortese*, Roma 2001, 448 ss. in realtà l'opera sarebbe la prima di quattro parti di un progetto, mai realizzato, volto ad un commento analitico dell'intero *corpus* statutario messinese.

consolidarsi dell'autorevolezza dei supremi tribunali e della loro giurisprudenza fa diretto seguito il fiorire ed il diffondersi delle raccolte di *decisiones* di tali corti. In questo periodo, infatti, nel solco tracciato da opere di successo quali quelle di Guy Pape per l'area francese o Matteo D'Aflitto per quella italiana, vedono la luce diverse centinaia di raccolte che collezionano la giurisprudenza di corti supreme tedesche, dei Paesi Bassi e della Scozia.³⁸

La circolazione e la diffusione delle raccolte di *decisiones* rappresenta, quindi, un fenomeno che coinvolge gran parte d'Europa. Anche la Sicilia si inserisce nel sistema della giurisprudenza europea. Il processo di stabilizzazione dei tribunali siciliani che aveva trovato concreta attuazione con la prammatica *de reformatione tribunalium* di Filippo II, unito alla professionalizzazione delle corti, infatti, accresceva il prestigio delle decisioni da esse promananti. Le sentenze adottate con parere unanime da tre o più sommi giuristi-dottori, con esclusione di interventi di giurie o di giudici non togati, erano dotate di un altissimo grado di autorevolezza. Questi fattori portarono ben presto ad un fiorire anche nella parte insulare del *Regnum* di edizioni di *decisiones* dei maggiori tribunali locali.³⁹

La prima silloge di tal genere, composta dal giudice catanese Francesco Milanese,⁴⁰ viene pubblicata nel 1593 ed inaugura, per la Sicilia, una "serie" davvero fortunata. Ad essa fanno seguito le edizioni di numerose altre raccolte, i cui autori – Mastrillo,⁴¹ Intriglioli,⁴² Del Castillo,⁴³ Giurba,⁴⁴ Muta,⁴⁵ Caracciolo,⁴⁶ solo per citare i più noti – sono figure di spicco nel panorama dei giuristi e dei giudici siciliani del tempo.⁴⁷ Nel cinquantennio dal

³⁸ Cfr. H. COING (a cura di), *Handbuch der Quellen und Literatur der neueren europäischen Privatrechtsgeschichte*, I, pt. 2 Neuere Zeit (1500-1800), München 1976, 1113-1445.

³⁹ È comunque necessario ricordare che nonostante il ruolo di esempio svolto da Matteo D'Aflitto, fra la stampa della raccolta del giurista napoletano e quella dell'opera del primo decisionista siciliano trascorrono ben ottantaquattro anni, questo ritardo rappresenta il sintomo evidente della difficoltà incontrata da tale genere letterario ad attecchire nella cultura giuridica siciliana, nonostante la presenza in questi anni di giuristi di buona levatura e fama come, ad esempio, Blasco Lanza, Aloisio Settimo, Antonio Montalto e Pietro de Gregorio. Cfr. A. ROMANO, *Tribunali, giudici e sentenze nel "Regnum Siciliae" (1130-1516)*, in J.H. BAKER (a cura di), *Judicial records, law reports and the growth of the Case-law*, Berlin 1989, 270 s.

⁴⁰ F. MILANESE, *Aureae decisiones Regiae Curiae Regni Siciliae*, I-II, Venetiis 1593. L'opera fu pubblicata per la prima volta in Sicilia nel 1624 (Panormi), ma a causa delle idee politiche del suo autore, nel 1766 venne bruciata in piazza in quanto ritenuta lesiva delle prerogative regie. Milanese, infatti, era stato convinto assertore della necessità di giudicare le controversie tra i siciliani all'interno dell'isola, spingendosi a negare financo al sovrano la potestà di avocarle fuori dal Regno. Cfr. V. LA MANTIA, *Storia della legislazione* cit., 73.

⁴¹ G. MASTRILLO, *Decisiones Consistorii Sacrae Regiae Consistentiae Regni Siciliae*, Panormi 1606.

⁴² N. INTRIGLIOLI, *Decisiones aureae Magnae Regiae Curiae Regni Siciliae*, Panormi 1609.

⁴³ G.F. DEL CASTELLO, *Decisiones Tribunalis Consistorii Sacrae Regiae Consistentiae Regni Siciliae*, Panormi 1613.

⁴⁴ M. GIURBA, *Decisiones novissimae Consistorii Sacrae Regiae Consistentiae Regni Siciliae*, Messanae 1616.

⁴⁵ M. MUTA, *Decisiones novissimae Magnae Regiae Curiae supremisque magistratus Regni Siciliae*, Panormi 1619.

⁴⁶ O. CARACCILO, *Decisiones curiae Pretoris Felicis Urbis Panormi*, Panormi 1641.

⁴⁷ Per brevi profili dei giuristi sopra menzionati si vedano I. BIROCCHI, E. CORTESE, A. MATTONE, M.-N. MILETTI (a cura di), *Dizionario biografico dei giuristi italiani (XII-XX secolo)*, 2 voll., Bologna 2013, *ad v.*; M.A. COCCHIARA (a cura di), *Diritto e cultura nella Sicilia medievale e moderna. Le edizioni giuridiche siciliane (1478-1699)*, Soveria Mannelli (CZ) 1994, *ad v.* Sia pur datati, di notevole utilità sono anche

1600 al 1650 si contano addirittura oltre trenta edizioni di raccolte di *Decisiones*, che scemano poi a meno di dieci nel secondo scorcio del XVII secolo.⁴⁸

Di questo fiorente contesto culturale in cui prosperava la scienza giuridica siciliana a cavallo tra Cinque e Seicento, il giudice palermitano Garsia Mastrillo fu un esponente di primo piano, la cui fama superò i confini dell'Isola consacrando a giurista di rango europeo.

Garsia Mastrillo era un cadetto di una potente famiglia aristocratica palermitana impegnata nel ministero togato del *Regnum Siciliae* e del Regno di Napoli, nella milizia gerosolimitana, in importanti uffici ecclesiastici, e godeva di prestigiose parentele.⁴⁹ Nonostante avesse una formazione giuridica perfezionata per cinque anni presso lo *Studium* di Napoli, Mastrillo non poté tuttavia laurearsi nella città partenopea a causa di una prammatica del 30 settembre 1591 che impediva l'iscrizione nel Collegio dei dottori ai non cittadini. Riuscì comunque ad avere il consenso per discutere la prova finale presso lo Studio di Catania e il 15 luglio 1592 conseguì il dottorato *in utroque*.⁵⁰

Nel 1598 ottiene anche l'iscrizione al prestigioso Collegio dei dottori di Napoli, negatogli qualche anno prima. Il giurista palermitano non interromperà mai il suo rapporto con Napoli, vi si recherà, infatti, spesso nella qualità di patrocinatore presso il tribunale del Collaterale, ma soprattutto sarà un protagonista fondamentale per la diffusione in Sicilia della vivace cultura giuridica napoletana.⁵¹

Dalla fine del secolo XVI inizia il brillante *cursus honorum* di Garsia Mastrillo all'interno delle magistrature della parte insulare del *Regnum*. Divenne a più riprese, tra il 1598 ed il 1618, giudice della Corte Pretoriana di Palermo, della Regia Gran Corte, e del Concistoro della Sacra Regia Coscienza. Oltre ad essere stato membro del Sacro Regio Consiglio, ed avvocato fiscale della Regia Gran Corte, Mastrillo fu anche giudice "aggregato" al tribunale del Sant'Uffizio per alcune particolari vertenze.⁵² La ventennale

V. LA MANTIA, *Storia della legislazione* cit., 69-93. Qualche notizia anche in D. ORLANDO, *Biblioteca di antica giurisprudenza siciliana*, Palermo 1851, *ad v.*; G.M. MIRA, *Bibliografia siciliana*, Palermo 1875, *ad v.*

⁴⁸ Pochissime e di scarso rilievo, sono invece le raccolte del secolo XVIII. Da una rapida lettura risalta subito come il genere sia oramai del tutto snaturato. Le raccolte contengono poche *decisiones*, solitamente non più di dieci, che riguardano prevalentemente la materia feudale. Chiaro è anche nello stile l'intento razionalizzante, tipicamente settecentesco, che si riscontra soprattutto nella scarsità delle citazioni dottrinali, adesso non più affastellate nei "chilometrici" corsivi, tipici della *decisio* classica, ma confinate in nota, a pie di pagina. Come esempio di raccolta di tal genere si veda quella di A. DE NAPOLI, *Decisiones tribunalis magnae regiae curiae sedis plenae Regni Siciliae in causis possessoris pro successione principatus Castri & terrae Cassari, marchionatus terrae Sortini*, Panormi 1780.

⁴⁹ Il padre, *iuris doctor*, proveniva da una ricca famiglia originaria di Nola, che si era stabilita a Napoli agli inizi del Cinquecento dando vita ad una dinastia di togati. Si trasferì a Palermo, con la famiglia, nel 1580 intraprendendo una rapida carriera nelle magistrature isolane. Fu giudice della Corte Pretoriana, del Concistoro della Sacra Regia Coscienza, della Gran Corte criminale, agevolato dalla nobile famiglia della consorte, che vantava rapporti di parentela nella feudalità e nelle alte magistrature e una presenza nel ceto senatorio di Palermo da circa un secolo. Cfr. M.T. NAPOLI, *Mastrillo Garsia*, in *Dizionario biografico degli italiani* vol. 72, Roma 2008, 55-59.

⁵⁰ Fu addirittura il viceré di Sicilia Enrique de Guzmán, conte d'Olivares, a ordinare ai *Reformatores* dello Studio catane di rendere agevole il percorso di Garsia Mastrillo fino alla laurea. Cfr. G. PACE, *La laurea del giurista siciliano Garsia Mastrillo*, in *Rivista Internazionale di Diritto Comune* 9, 1998, 123-140.

⁵¹ Su questo tema, si rinvia a G. PACE, *La laurea del giurista* cit., 125 ss.

⁵² Cfr. B. PASCIUTA, F. DI CHIARA, *Mastrillo Garsia*, in *Dizionario biografico dei giuristi* cit., II, 1304-1305.

carriera di Mastrillo è costruita sull'alternanza tra i ruoli di avvocato e di giudice svolti nelle supreme corti giudiziarie del *Regnum*. Il ricoprire solamente cariche magistratali temporanee è un carattere che accomunai giudici siciliani che come Mastrillo, furono anche giuristi, per questa ragione nel corso della loro attività erano presenti più volte nei tribunali dell'Isola di ogni ordine e grado. Dal 1608, Mastrillo fu più volte in Parlamento nel braccio militare, quindi tra le fila della nobiltà feudale, in rappresentanza della madre, investita del titolo di marchesa di Tortorici da Filippo III. Mastrillo morì a Palermo nel 1620.

Lo stretto legame con la prassi forense influenza profondamente il giurista Garsia Mastrillo sia con riguardo ai generi letterari usati che alle tematiche affrontate nelle sue opere.

La fama di Mastrillo è in buona parte legata alle *Decisiones Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*. L'opera divisa in quattro volumi distinti, pubblicati tutti a Palermo (1606, 1610, 1621, 1624), raccoglie cento *decisiones* per ciascuno dei primi tre volumi, mentre il quarto ed ultimo, pubblicato postumo, ne contiene appena dieci.⁵³ Nella raccolta l'autore dà conto della sua lunga attività di giudice, riportando e rielaborando, sotto forma di *decisio*, le pronunce più significative del Concistoro della Sacra Regia Coscienza, oltre che degli altri tribunali del Regno, ricomprese tra il 1599 ed il 1619. Delle sentenze da lui collezionate, Mastrillo ha cognizione per essere stato, il più delle volte, giudice, o meglio, membro del collegio giudicante, nelle cause trattate. La maggior parte delle *decisiones* riguarda la materia feudale, la più dibattuta nei tribunali locali, particolarmente numerose sono pure le pronunce relative ai contratti di locazione e censo. Anche se meno frequenti, non mancano le sentenze riguardanti l'ambito penale, sia per quel che attiene all'aspetto sostanziale, con la trattazione di specifici reati quali omicidio, stupro e falso, che a quello processuale, con particolare rilievo oltre che alla competenza del Tribunale ad istituti processuali come la tortura.⁵⁴

In calce al primo volume della raccolta, Mastrillo aggiunge il *Consilium unicum pro ill. d. Aloysia Mastrilli et Corbera baronissa terrae Tortoreti contra eius vassallos*.⁵⁵ Si tratta di un parere che l'autore aveva reso nel 1600, a seguito della controversia intentata contro la madre dagli ufficiali di Tortorici che si opponevano all' infeudazione del loro territorio e rivendicavano un diritto di prelazione. Il *Consilium unicum* è significativo perché riguarda un tema, quello del feudalesimo, che sarà centrale in tutta la produzione scientifica di Mastrillo. Del feudo viene ricostruita l'origine, ma soprattutto si afferma l'idea, reiterata anche nelle opere successive, della preminenza della potestà baronale nei suoi rapporti con i vassalli e con la monarchia. La *communis opinio* che Mastrillo utilizza nel suo percorso dottrinale è quella a lui più "cara", sedimentata nella cultura giuridica napoletana e formata da autori partenopei quali Mario Freccia, D'Afflitto e De Ponte o dai feudisti d'Oltralpe, Zasio e Dumoulin.

La raccolta ebbe un notevole successo, tanto da essere oggetto, per tutto il Seicento, di

⁵³ G. MASTRILLO, *Decisiones Consistorii Sacrae* cit., ID., *Decisionum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae, Liber Secundus*, Panhormi 1610; ID., *Decisionum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae*, Panhormi 1621; ID., *Decisionum Consistorii Sacrae Regiae Conscientiae Regni Siciliae, liber quartus*, Panhormi 1624.

⁵⁴ Sul contenuto della raccolta di *Decisiones* di Mastrillo, si rinvia a F. DI CHIARA, *Fonti per una storia dei Grandi Tribunali in Sicilia: le decisiones di Garsia Mastrillo (1606-1624)*, in *Archivio Storico Siciliano* 32, 2006, 95-110.

⁵⁵ G. MASTRILLO, *Decisiones Consistorii Sacrae* cit., 306-327.

numeroso ristampe, sia in Sicilia che oltre i confini dell'Isola: a Venezia, Spira e Colonia.⁵⁶

Altra opera che contribuisce ad accrescere la fama di Mastrillo è il *De magistratibus, eorum imperio et iurisdictione tractatus*, diviso in due parti, pubblicate entrambe, se pur separatamente, a Palermo nel 1616.⁵⁷ È un trattato politico, nel quale l'autore analizza in maniera minuziosa origine, prerogative e limiti delle potestà magistratuali. Anche se aspramente criticato dalla storiografia ottocentesca per lo scarso livello di astrazione e gli scopi eminentemente pratici da cui muove,⁵⁸ risulta essere un'opera del tutto originale per la dottrina giuridica siciliana, poiché ben più confacente alla tradizione della trattatistica politica napoletana. Forse proprio per questa originalità godette di notevole fortuna tra i contemporanei in quanto veniva percepita come vera e propria fonte imprescindibile per la conoscenza del ministero togato nell'Isola.

La trattazione consta complessivamente di sei capitoli riguardanti: l'origine e la potestà sovrana di creare magistrati, le qualità di questi ultimi, la giurisdizione del principe, dei baroni e dei magistrati. Il sesto ed ultimo capitolo è infine dedicato ai metodi di verifica dell'operato dei magistrati attraverso gli strumenti del sindacato e della visita straordinaria. Soprattutto rispetto a quest'ultimo istituto, l'autore palesa una particolare ostilità. Durante la visita straordinaria iniziata nel 1605, la stessa in cui era stato pesantemente coinvolto Rao, Mastrillo era stato accusato "solamente" di negligenza nello svolgimento del suo ufficio di avvocato fiscale e condannato al pagamento della modesta somma di trecento scudi.⁵⁹ Si trattò di una condanna evidentemente lieve che non ostacolò la carriera di Mastrillo, ma che comunque gli diede lo spunto per criticare aspramente e riflettere sull'ingiustizia che si celava dietro al rito sommario utilizzato dai visitatori. Gli inquisiti, infatti, conoscevano le accuse ma non i nomi di coloro che li avevano accusati, si dava spesso rilievo decisivo per la condanna anche alle testimonianze anonime, ed infine le sentenze emesse dalla Giunta delle visite a Madrid, in assenza dei difensori, erano inappellabili.⁶⁰

Accanto alle due opere principali, Mastrillo si era dedicato, agli inizi della sua carriera nelle magistrature siciliane, alla pubblicazione dei trattati inediti del prozio, il celebrato giurista massinese Pietro de Gregorio, il *De vita et militia, de dote de paragio, de iudiciis causarum feudalium*,⁶¹ ed il *De concessione feudi*.⁶² Le due opere vengono completate con *addictiones* nelle quali Mastrillo cita ampiamente autori quali D'Afflitto, De Franchis, De Ponte, oltre che Du Moulin e Zasius, segno, ancora una volta, di una profonda conoscenza della dottrina napoletana e d'Oltralpe. Sempre attingendo alla produzione di de Gregorio, nel 1601 Mastrillo fece pubblicare con proprie *addictiones* il commentario *Ad bullam apostolicam Nicolai V et regiam pragmaticam Alphonsiregis de Censibus*, riguardante i contratti di censo.⁶³ L'opera ha la peculiarità di essere stata impressa con l'approvazione del viceré

⁵⁶ In particolare, l'opera venne ristampata a Palermo nel 1619 e nel 1620, a Venezia nel 1609 e nel 1624. Altre due ristampe vennero fatte a Spira nel 1615 e nel 1619 e nel 1660 a Colonia.

⁵⁷ G. MASTRILLO, *De magistratibus, eorum imperio et iurisdictione tractatus*, Panormi 1616. L'opera venne ristampata a Venezia nel 1617 e nel 1667, ed a Lione nel 1621 e nel 1622.

⁵⁸ In particolare l'opera fu aspramente criticata da V. LA MANTIA, *Storia della legislazione* cit., 78.

⁵⁹ Cfr. V. SCIUTI RUSSI, *Sicilia: Noblezza, Magistratura* cit., 202 ss.

⁶⁰ G. MASTRILLO, *De magistratibus eorum* cit., 241, 243, 301-303.

⁶¹ P. DE GREGORIO, *De vita et militia, de dote de paragio, de iudiciis causarum feudalium*, Panormi 1596.

⁶² P. DE GREGORIO, *De concessione feudi*, Panormi 1598.

⁶³ P. DE GREGORIO, *Ad bullam apostolicam Nicolai V et regiam pragmaticam Alphonsiregis de Censibus*, Panormi 1601.

Bernardino Cárdenas duca di Maqueda e dell'amico personale di Mastrillo, il potente Presidente della Gran Corte Giovanni Francesco Rao.

Alle volte si incontrano, ma più spesso sembrano seguire strade parallele le vite di Garsia Mastrillo e di Giovanni Francesco Rao. Comune è l'estrazione nobiliare di matrice feudale, così come per la maggior parte dei togati siciliani del tempo. Entrambi sono coinvolti, sia pur con accuse profondamente diverse, nella *visita straordinaria* iniziata in Sicilia nel 1605 e condotta da Ochoa de Luyando. Soprattutto sono due supremi magistrati. Ma proprio quest'ultima assonanza costituisce lo snodo dal quale le loro strade si dividono intraprendendo direzioni differenti. Rao e Mastrillo, infatti, restituiscono due immagini profondamente diverse del magistrato siciliano all'indomani della riforma del 1569. Due modi di utilizzare il ruolo istituzionale ricoperto.

La storiografia giuridica ha compiuto una scelta che è stata quella di far coincidere i caratteri del magistrato siciliano vissuto tra la fine del XVI e l'inizio del XVII secolo con quelli di personaggi come Giovanni Francesco Rao. Giudici, solitamente presidenti perpetui in corti supreme che utilizzavano il ruolo apicale ricoperto all'interno dell'amministrazione statale per conseguire indebiti guadagni e per far confluire la propria famiglia tra le fila del baronaggio feudale. Magistrati che rappresentavano bene il fallimento di una riforma che mirava a creare anche in Sicilia, così come nel resto dei possedimenti spagnoli nella penisola italiana, un ceto togato indipendente dalla nobiltà locale e vicino al sovrano nella gestione dello Stato. Ma il quadro non sembra completo, perché non cala questa figura di giudice nella realtà culturale della Sicilia del tempo, nella quale la stabilizzazione dei supremi tribunali rappresentò, anche, un'opportunità sfruttata appieno dalla scienza giuridica. Questa metteva adesso al centro delle sue speculazioni il processo e utilizzava generi letterari idonei a rappresentare la crisi avvenuta tra dottrina e prassi giurisprudenziale. I protagonisti di questo fecondo periodo per la scienza giuridica siciliana erano giudici nei supremi tribunali e allo stesso tempo autorevoli giuristi.

Il magistrato siciliano, quindi, può anche essere identificato con un uomo di diritto come Garsia Mastrillo. Giudice non perpetuo nelle più alte magistrature del *Regnum*, ma soprattutto giurista di profonda cultura e ben inserito nel panorama intellettuale europeo. Lo attestano i suoi rapporti con Napoli, mai interrotti anche dopo l'ingresso nel prestigioso collegio dei dottori della città e confermati dalle numerose sottoscrizioni di giuristi napoletani, come Giovan Francesco De Ponte al *consilium* reso da Mastrillo in favore della madre nella causa feudale di Tortorici.⁶⁴ Ma l' "internazionalità" di Mastrillo è testimoniata soprattutto dalla fortuna della sua raccolta di *Decisiones*, ristampata nel corso del Seicento in gran parte d'Europa. La silloge, peraltro, costituiva un autorevole e costante punto di riferimento argomentativo nelle *Decisiones* del napoletano De Franchis e in quelle di Juan Pedro Fontanella dedicate alla giurisprudenza del Senato di Barcellona.⁶⁵ Il noto giurista valenziano Francisco Jerónimo de León, dimostra poi, attraverso le numerose citazioni, l'apprezzamento anche al di fuori dell'Isola, di altri autori siciliani oltre a Mastrillo. In particolare De León spesso fa riferimento a Milanese, a Intriglioli e a Giurba. I giuristi siciliani, quindi, grazie alla loro autorevolezza culturale riescono ad inserire le loro opere in quel sistema di citazioni reciproche che fonda lo *ius commune* dottrinale Cinque Seicentesco.

In definitiva, può forse affermarsi che figure come quelle di Mastrillo e di Rao non

⁶⁴ Sul tema si rinvia a G. PACE, *La laurea del giurista* cit., 138-140.

⁶⁵ Cfr. J. CAPDEFERRO I PLÀ, *Ciència y experiència. El jurista Fontanella (1575-1649) i les seves cartes*, Barcellona 2012, 99.

possono essere lette separatamente, come rappresentanti di due mondi diversi perché si correrebbe il rischio di offrirne una visione limitata e semplicistica, poco aderente alla realtà. Mastrillo e Rao rappresentano, invece la complessità di un unico mondo che è quello in cui vive e opera il giudice-giurista siciliano all'indomani della riforma giudiziaria del 1569.

ELIO DOVERE
(Università 'Parthenope' di Napoli)

L'idea di un diritto fondativo e inclusivo:
D. 1.1.5

ABSTRACT

In D. 1.1.5, a passage from the *libri iuris epitomarum*, by the jurist Hermogenianus there is the description of his theory of the *ius gentium*: a politically inclusive right, useful for the constructive juridical dialogue between the many peoples of the Mediterranean in the Tetrarchic age. In the passage, unlike what was recently glimpsed by some scholars, there is no mention of the *ius naturale*.

PAROLE CHIAVE

Ius gentium; ius naturale; Ermogeniano; consuetudo.

L'IDEA DI UN DIRITTO FONDATIVO E INCLUSIVO: D. 1.1.5

1. Lo studioso, talora, torna anche su argomenti che, nel lungo periodo, ha avuto modo di indagare davvero a fondo; ciò può accadere pure al giusromanista, sebbene in qualche caso egli già abbia sin troppo esegeticamente scandagliato alcuni frammenti giustiniani d'autore (testi, peraltro, finanche 'torturati' dalla tradizionale critica, non ultima quella, pervicacemente interpolazionista, imperante ancora fin quasi alla metà del XX secolo¹). Tuttavia, a fronte di interpretazioni per certi versi attualizzanti il pensiero giuridico antico, e pure, benché in parte, alquanto artificiose, può apparire non inutile effettuare, per così dire, un'ennesima *rentrée* testuale meramente esplicativa: un ulteriore breve ritorno sul dettato superstite volto a precisare un discorso già altrove compiutamente effettuato (e di fatto, per ciò stesso, da ritenersi magari chiuso in maniera definitiva) ma, per motivi diversi, forse da altri parzialmente frainteso oppure, casualmente, del tutto ignorato.

È quanto ora pare opportuno fare a proposito di una singolare lacinia giurisprudenziale: un brano proveniente da un'opera cronologicamente collocabile giusto nel momento di passaggio tra i secoli III e IV d. C., ma più tardi adeguatamente sistemata quasi agli esordi della epocale silloge giustiniana dei cinquanta *Pandectarum libri*. Si tratta di un frammento, escerpito nel VI secolo dai *libri iuris epitomarum* del giurista Ermogeniano, che esibisce un *focus* concettuale tutto occupato da una speciale idea del *ius gentium*, una rappresentazione epiclassica di questa 'categoria scientifica' granché diversa da quella fino allora generalmente tradizionale nell'elaborazione degli autori romani:

D. 1.1.5 (Hermog. 1 *iur. ep.*): *Ex hoc iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ: exceptis quibusdam quæ iure civili introductæ sunt.*²

¹ È interessante la riflessione che su tale metodologia propone ora, in coda ad alcuni incontri internazionali, il volume collettaneo *Gradenwitz, Riccobono und die Entwicklung der Interpolationenkritik. Methodentransfer unter europäischen Juristen im späten 19. Jahrhundert*, a cura di M. AVENARIUS, CH. BALDUS, F. LAMBERTI, M. VARVARO, Tübingen 2018.

² Questo dettato è stato davvero 'tormentato' senza sosta dalla critica; per la letteratura, a dir poco schiacciante, mi permetto di rinviare ai lavori cit. *infra* alla nt. 4 (ma vd. pure *infra* nt. 11). Qui propongo una mia *versio*: 'Ciò detto, col diritto delle genti sono state ammesse le guerre, differenziate le genti, fondati i regni, distinte le proprietà, poste le linee di confine ai campi, assegnati gli edifici (pubblici?), intrapresi il commercio, le compravendite, le locazioni-conduzioni, le obbligazioni, eccetto alcune che sono state introdotte dal diritto civile'.

Oggi il brano è tornato nuovamente a suggestionare la ricerca romanistica e, benché attraverso un procedere esegetico piuttosto singolare e con conseguenti affermazioni, purtroppo, non agganciate testualmente, si è mostrato ancora utile a testimoniare una certa modernità di talune costruzioni della giurisprudenza del principato.³ Proprio questa recente lettura ‘ermogeniana’, in specie ciò che da essa si è fatto scaturire su alcuni tratti, va opportunamente segnalata e in qualche misura rettificata sulla base di quanto invece emerso da precedenti, articolate e ormai sedimentate ricerche.⁴ Seppure tale ultima analisi del pensiero di Ermogeniano, almeno nel contesto in cui risulta inserita – la nascita e lo sviluppo dell’antico commercio mediterraneo –, possa senz’altro essere ampiamente condivisibile e apprezzabile sia su questioni particolari (per esempio in tema di *ius belli*) sia nelle sue conclusioni generali,⁵ qui appare comunque proficuo effettuare più d’una precisazione utile a ‘non far dire’ più di quello che allora era stato effettivamente affermato dal giurista-burocrate d’età tetrarchica,⁶ e comunque niente di diverso da quanto, letteralmente, tutto-
ra emerge dalla risultanza dei *Digesta*.

È incontrovertibile, seguendo appunto ciò che di recente è stato scritto, che una delle visioni giurisprudenziali del romano *ius gentium* è stata quella, massime con occhio rivolto al disciplinamento dei traffici mediterranei, elaborata nel senso d’una specie di diritto transnazionale; non a caso proprio tale *commune ius* fu utile – forse come valore più alto di esso – «a far dialogare sistemi giuridici diversi» e a far allignare nell’ordinamento romano, compenetrandoveli, «rapporti originariamente estranei all’*ius civile*».⁷ Invero, come ci è stato magistralmente mostrato ed esaurientemente esemplificato poco più di vent’anni fa, i giuristi romani avrebbero talora effettuato un cosciente impiego dell’idea scientifica di *ius gentium* giustappunto «con una valenza descrittiva [...] della] operatività di una normazione che, più o meno spontanea, si [era] venuta uniformemente instaurando *apud omnes populos*».

³ Sfondò specifico è qui lo studio di G. GILIBERTI, *The Origin of Trade in Hermogenian’s Thought*, in H. KATO, L. LOMIENTO (a cura di), *The Mediterranean as a Plaza. Japanese and Italian Insights on the Great Sea*, Milano 2018, 49 ss.; tuttavia, in linea generale, nella letteratura anche recentemente accumulatasi vanno di sicuro considerati alcuni dei saggi raccolti in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giurisdizionalismo romano*, Pavia 2007, come pure il lavoro di M. D’ORTA, *La traccia del diritto naturale dai fondamenti classici alla tarda antichità*, in SDHI 78, 2012, 103 ss. (= ID., *Diritto e tempo. L’idea di “progresso” del diritto dall’antichità alla modernità*, Torino 2012, cap. III).

⁴ Mi riferisco ai miei lavori *De iure. Studi sul titolo I delle Epitomi di Ermogeniano*, Torino 2001 (peraltro citato da Giliberti, *supra* nt. 3, col solo sottotitolo: vd. 50 nt. 1), 77 ss., saggio emendato, riscritto e aggiornato: *De iure. L’esordio delle Epitomi di Ermogeniano*², Napoli 2005 (2007 rist.³), 105 ss.; cui *adde* «*Ius gentium*» e *riflessione epiclassica*, in *Annaeus. Anales de la Tradición Romanística* 1, 2004, 163 ss. e ora *Scienza del diritto e burocrazia*. Hermogenianus iurislator, Bari 2017, 83 ss.

⁵ Si vd. G. GILIBERTI, *The Origin of Trade* cit., 58: «*Ius gentium* (whatever its foundation) “is” historical development, which has produced the birth of cities, their autonomy and the establishment of ordered international relations. Literally, the affirmation of the law of nations coincides with the process of civilization, in which war not commerce plays the main role».

⁶ Vale la pena di ricordare che (Eugenio o/e Aurelio) Ermogeniano sembrerebbe essere stato *magister libellorum* di Diocleziano, ancor prima, forse, *adsesor* in ambito provinciale, infine *praefectus praetorio* in Occidente: indicazione di fonti e letteratura nel mio *Scienza del diritto e burocrazia* cit., 27 ss.; *adde infra* nt. 45.

⁷ G. GILIBERTI, *L’ius gentium romano come ordinamento transnazionale*, in *Cultura giuridica e diritto vivente* 5, 2015 (= <http://ojs.uniurb.it/index.php/cgdv/article/view/485/468>), qui 10; *adde*, ma generico, L. KOFANOV, *Le ius gentium comme droit international de l’antiquité*, in *Revista general de derecho romano* 19, 2012 (https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_categoria=10199).

Essi, cioè, nelle loro costruzioni teoretiche avrebbero assegnato un valore «sociologico» a quel diritto allora corposamente ispirato – in maniera, nei fatti, più che evidente a qualsiasi soggetto operante nella quotidianità del diritto – «alle concezioni comunemente diffuse almeno nell'area mediterranea».⁸

Ancor meglio, poi, e non a caso giustamente tenendo conto proprio della testimonianza desunta dai *libri epitomarum*, il nostro D. 1.1.5, Franco Casavola ha sinteticamente ma densamente definita la specifica posizione giurisprudenziale epiclassica, molto opportunamente storicizzandola, ovvero contestualizzandola nel pieno dell'effervescente momento di transito dal principato diocleziano al dominio costantiniano:⁹ «Ermogeniano, se visse l'età delle cruente esperienze di costruzione di un diverso assetto costituzionale della quadruplici monarchia imperiale, non poteva che avere una rappresentazione ideologica fondativa del *ius gentium* come diritto costituzionale storico ed universale, che dà legittimità alle guerre, alle nazioni, agli Stati, alle proprietà dei privati, ai processi di urbanizzazione, agli scambi commerciali con i contratti consensuali che li alimentano».¹⁰

2. Ebbene, se tutto ciò è vero perché effettivamente affiorante dalle parole di Ermogeniano trasmesse dai giustiniane (penso che non vi possano essere dubbi sull'originalità del testo in parola: esso è privo, pur con la singolarità delle sue affermazioni, di manipolazioni di sorta),¹¹ non è certamente vero, come da altri è stato ora detto, che il giurista concepisse pure, col 'diritto delle genti' e col *ius civile*, l'esistenza del diritto naturale («... because he believes in natural law»):¹² il testo non ne parla affatto né lo presuppone, e del resto l'idea di *ius gentium* così come ivi rappresentata di fatto recisamente lo esclude.

⁸ Così (ma anche altrove) M. TALAMANCA, *Ius gentium da Adriano ai Severi*, in E. DOVERE (a cura di), *La codificazione del diritto dall'antico al moderno. Incontri di studio Napoli 1996*, Napoli 1998, 191 ss., qui 192 ss., 200, 207 ss., 227, con ampia esemplificazione, tra cui D. 1.1.5: D. 39.5.29.2 (Paul. 12 resp.) e D. 23.2.68 (Paul. sing. ad sc. um Turp.); D. 12.7.5.1 (Pap. 11 quaest.); D. 19.5.25 (Marcian. 3 reg.).

⁹ In argomento, recenziere, vd. W. ECK, S. PULIATTI (a cura di), *Diocleziano: la frontiera giuridica dell'impero*, Pavia 2018.

¹⁰ F. CASAVOLA, *Prefazione*, in E. DOVERE, *De iure cit.*, XI ss., qui XIV.

¹¹ Giusto per esemplificare, mi permetto solo di ricordare, tra le critiche più corrosive ma apodittiche che a suo tempo del brano non hanno salvato alcunché, quelle avanzate da Silvio Perozzi ingiustamente ispirate dalle «manie e malie della *Interpolationenjagd*» (così F. CASAVOLA, *Scienza, potere imperiale, ordinamento giuridico nei giuristi del II secolo*, in ID., *Sententia legum tra mondo antico e moderno. Diritto romano 1*, Napoli 2000, 129 ss. [= in *Iura* 27, 1976 {pubbl. 1979}, 17 ss.= in ID., *Giuristi adrianei*, Roma 2011 {rist.}, 163 ss., qui 134); dunque D. 1, 1, 5 sarebbe sicuramente stato: a) «compilatorio» nella prima sezione, e cioè in quella parte contenente l'elencazione disomogenea «più di istituti sociali che giuridici»; b) solo «rimaneggiato» nella sequenza eleniativa delle varie *obligationes* nascenti *ex iure gentium*; c) del tutto «giustiniano», infine, nel tratto conclusivo («*exceptis...*»), poiché «ovviamente» i compilatori «di inutili eccezioni avevano la passione»: così S. PEROZZI, in *Le obbligazioni romane* (= Bologna 1903), in ID., *Scritti giuridici*, 2, Milano 1948, 311 s., qui 354; *Istituzioni di diritto romano*² 1, Roma 1928 (rist. 2002, a cura di L. CAPOGROSSI COLOGNESI), 98 nt. Viceversa, benché pressoché coevo (1929), si vd. l'equilibrio testualmente impiegato nell'affrontare il tema del *ius gentium/ius naturale* da Lauro Chiazzese: *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane. Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. FALCONE, Palermo 2018, 112.

¹² G. GILBERTI, *The Origin of Trade cit.*, 54: «Does he imagine the emergence of law from the primordial chaos of a completely anarchical world? No, because he believes in natural law ("those which are not written") and distinguishes it from the custom, that is a "citizens tacit agreement"; eppure, solo nella precedente pagina, l'a. aveva sostenuto che «In the excerpt we are examining, there is non reference to *naturalis ratio* ...» (ivi 53).

Pur non rinunciando a riconoscere una minima ambiguità suscitolabile dall'esordio del frammento in questione – credo che nessuno, con sicurezza, possa escludere la mano dei compilatori nello specifico 'attacco' *ex hoc*, magari con un uso quasi burocratico di 'ciò premesso' –, mi pare necessario leggere il sintagma iniziale del brano nel senso letterario assolutamente comune, dal punto di vista sintattico, di 'passaggio ad altro':¹³ un riferimento, quindi, a una successione immediata da un argomento già trattato (ma dai giustiniane!?) a uno nuovo, cioè a un contesto del tutto diverso, nel corso di uno stesso tratto discorsivo.¹⁴

Eppure, anche così, non sembra affatto logica l'ipotesi di una non appena pregressa menzione del *ius naturale* da parte del giurista, poi 'caduta' a seguito della tarda selezione compilatoria. A parte il dato obiettivo dell'assenza di qualsiasi cenno esplicito a esso nel dettato pervenutoci,¹⁵ già solo l'economia dei sei *libri iuris epitomarum* sembrerebbe assolutamente negare ogni spazio, per così dire, a una troppo generale ponderazione teoretica;¹⁶ l'attenzione delle Epitomi parrebbe infatti tutta pragmaticamente volta, se si guarda all'insieme del centinaio di frammenti conservati nei *Digesta*,¹⁷ con funzione essenziale di formazione culturale e di informazione professionale, esclusivamente a vantaggio funzionale, massime per gli adempimenti di tipo giurisdizionale, dell'ambito di appartenenza dello stesso *auctor*.¹⁸ Solo pensando alla veloce ma corretta preparazione dei membri dell'amministrazione burocratica,¹⁹ un complesso – assai dilatatosi negli anni della tetrarchia²⁰ – inclusivo sia dei più lontani *praesides* sia, per tanti aspetti, dell'itinerante *princeps* e del suo nutrito *staff* di esperti,²¹ poteva apparire indispensabile fornire, con un'opera come l'*epitome iuris*, un elaborato metatesto da cui ogni giorno attingere con agio (come forse già avveniva grazie ai due *Codices* esistenti) conoscenza del diritto 'certo' per una buona pratica

¹³ Sul punto vd. per es. O. BEHREND, *Che cos'era il ius gentium antico?*, in M. P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di; direzione di L. LABRUNA), *Tradizione romanistica e Costituzione* 1, Napoli 2006, 481 ss., qui 489 nt. 18.

¹⁴ Pur non condividendola, non mi pare che sul piano strettamente grammaticale possa decisamente rifiutarsi l'eventualità di una lettura dell'espressione «*ex hoc iure gentium* ...» come ablativo di causa, con ex cioè indicante il punto di partenza (la causa), oppure, e forse ancora più correttamente, come ablativo di origine figurata: una individuazione grammaticale peraltro perfettamente compatibile anche con la successiva assenza, in fine del frammento, della preposizione *ex* dinanzi all'ablativo «*iure civili*».

¹⁵ Si vd. già G. LOMBARDI, *Sul concetto di «ius gentium»*, Roma 1947, 260 s., con critica della precedente letteratura.

¹⁶ Per questa vd., recensori, G. FALCONE, *Il rapporto ius gentium – ius civile e la societas vitae in Cic., off.* 3, 69-70, in AUPA 56, 2013, 259 ss.; R. FIORI, *La nozione di ius gentium nelle fonti di età repubblicana*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino* 3, Tricase (Lecce) 2016, 109 ss.

¹⁷ È quanto fatto a suo tempo da D. LIEBS, *Hermogenians iuris epitomae. Zum Stand der römischen Jurisprudenz im Zeitalter Diokletians*, Göttingen 1964.

¹⁸ Si vd. E. DOVERE, *Gli orizzonti dei libri iuris hermogeniane*, in K. Muscheler (a cura di), *Römische Jurisprudenz-Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 187 ss. (= in IVRA 59, 2011, 176 ss.).

¹⁹ Vd. il mio *Formazione (e informazione) giuridica degli officia in età epiclassica*, in *Revista Internacional de Derecho Romano* 20, 2018 (http://www.ridrom.uclm.es/documentos20/dovere20_pub.pdf), 114 ss.

²⁰ Cfr. *Laterculus Veronensis* (Riese) 127 s.; Lact., *de Mort. pers.* (Brandt) 7.4: ... *provinciae quoque in frustra concisae: multi praesides et plura officia singulis regionibus ac paene iam civitatibus incubare*.

²¹ Cfr. D. 27.1.41 pr. (Hermog. 2 iur. ep.): *Administrantes rem principum ex indulgentia eorum, licet citra codicillos, a tutela itemque cura tempore administrationis delata excusantur*.

amministrativa e per elargire, superando le complicate *varietates* autorali, una giustizia quanto più uniforme possibile.

Col suo lavoro Ermogeniano rendeva disponibile in maniera quantitativamente concentrata ma qualitativamente conveniente e aggiornata la riflessione dei *prudentes* su quel *ius Romanorum* tuttora, nei fatti, irrimediabilmente poco e mal conosciuto in molte *provinciae*, così come fa intendere, per esempio, e in maniera palmare, lo spropositato numero di *rescripta* accumulatisi nell'ultimo decennio del III secolo, grazie al lavoro delle cancellerie, anche su questioni a volte di poco momento.²² Egli, così, tracciava un'unica linea interpretativa di gran parte del diritto lasciato dai tanti *auctores* del passato. Poco o nessun vantaggio pratico avrebbe avuto, in tale prospettiva, una sia pur breve speculazione condotta sul *ius naturale* all'interno di una sorta di compendio, che si pecepisce ben metabolizzato, di quel *ius* prodotto e accumulatosi grazie alla sapienza professionale dei giuristi negli 'anni migliori' del principato.²³

Se proprio ci si volesse impegnare a immaginare, leggendo il dettato del nostro frammento, quale potesse essere la visione ermogeniana del mondo delle origini all'atto di abordare, praticamente giustapponendoli, i concetti di *ius gentium* e di *ius civile*, non si potrebbe che giungere a una sola conclusione, ma diversa da quella ora da altri proposta.

Di fronte al numero e all'importanza degli istituti che le Epitomi attribuiscono al 'diritto delle genti' – pressoché esaustivi nella loro eterogenea enumerazione (... *iure gentium introducta bella, discretæ gentes, regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata, commercium*) – si dovrebbe rimanere persuasi che l'autore antico, in una fase anteriore alla formazione storica del *ius gentium*, in maniera in assoluto implicita volesse solo suggerire una vera e propria assenza nella realtà effettuale di qualsiasi sensibile criterio ordinatorio.²⁴ All'interno, forse, di un primordiale disordine di natura, grazie al *ius gentium* sarebbe subentrato – e finalmente, sembra di cogliere nelle parole di Ermogeniano – un razionale sistema ordinante: quasi le 'virtù civili' di cui, grazie all'attività di Porfirio, in età

²² È significativa l'esemplificazione che è ora in L. ATZERI, *L'infamia nei rescritti di Diocleziano*, in W. BRANDES-L. M. HOFFMANN-K. MAKSIMOVIC (a cura di), *Fontes Minores XII*, Frankfurt a. M. 2014, 1 ss.; in generale vd. A. CENDERELLI, *Ricerche sul «Codex Hermogenianus»*, Milano 1965; M. U. SPERANDIO, *Il 'Codex' delle leggi imperiali*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca* 8, Napoli 2001, 97 ss.; ID., *Codex Gregorianus. Origini e vicende*, Napoli 2005, *suo loco*; adde M. VARVARO, *Riflessioni sullo scopo del Codice Ermogeniano*, in AUPA 49, 2004 (*Studi con Bernardo Albanese*), 241 ss.

²³ Superando discussioni e antinomie, evitando cioè come progetto di lavoro le complicazioni, ma certo non il precipitato dell'antica *sapientia* giurisprudenziale, è ipotizzabile che Ermogeniano intendesse fornire un servizio essenziale alla formazione e all'informazione delle folte frange periferiche dell'amministrazione pubblica. Egli sapeva benissimo, non foss'altro che per la propria esperienza negli *officia* (vd. *supra* nt. 6), quali fossero le responsabilità di governo, amministrative e finanziarie (per esempio come collettori di imposte per gli uffici centrali) dei tanti *praesides provinciarum*; altrettanto bene egli conosceva le difficoltà che costoro erano costretti ad affrontare, in qualità di *iudices ordinarii*, in tutti quei settori diversi dagli spazi invece riservati ad altri soggetti con esclusive competenze militari e fiscali.

²⁴ Cfr. Plot., *enn.* (Henry-Schwyzer) 1.2.2.20: τὸ μὲν γὰρ πάντα ἄμετρον ὕλη ὃν πάντα ἄνωμοίωται· καθ' ὅσον δὲ μεταλαμβάνει εἶδους, κατὰ τοσοῦτον ὁμοιοῦται ἀνειδέω ἐκείνῳ ὄντι; adde *ibid.* 1.8.7.6. Ricordiamo che le Enneadi, secondo Giovanni Reale, sarebbero apparse intorno all'anno 300 (vd., per es., *Storia della filosofia antica* 4. *Le scuole dell'età imperiale*, Milano 1991 [rist.⁸], 629 nt. 7), più o meno in contemporanea con le Epitomi, palesemente successive al *Codex Hermogenianus* (vd. A. CENDERELLI, *Intorno all'epoca di compilazione dei «Libri iuris epitomarum» di Ermogeniano*, in ID. (C. BUZZACCHI, a cura di), *Scritti romanistici*, Milano 2011, 129 ss. [= in *Labeo* 14, 1968, 187 ss.]).

contemporanea parlava Plotino, capaci di far uscire l'uomo dall'indefinito.²⁵ Questo *ius* avrebbe permesso che tutto quanto riguardante il 'vivente' riuscisse a trovare una sua precisa collocazione, e che il reale altrimenti indistinto, e per ciò stesso indefinibile *a priori*, potesse essere concettualmente categorizzato: un *ius gentium*, dunque, chiaramente inteso come principio fondamentale di civiltà (un «insieme delle istituzioni giuridiche che caratterizzano il comune incivilimento umano»);²⁶ un diritto, perciò, visto come grumo allargato di norme-base per l'umana convivenza regolata.

D'altronde, cosa di diverso dal disordine assoluto – certo non un 'ragionevole' *ius naturale*²⁷ – avrebbe potuto ipotizzare il giurista romano, men che meno in apertura d'un pragmatico lavoro letterario epitomatorio dell'altrui *scientia*, in una realtà non meglio identificabile come società perché, appunto, non ancora disciplinata, priva delle più elementari logiche del convivere, del vivere cioè secondo il diritto?²⁸

Se mai una natura veniva concepita alla radice del discorso giurisprudenziale ermogeniano, essa deve essere stata pensata come un mondo assolutamente confuso,²⁹ in balia di se stesso, tumultuoso, se non scosso da una violenza senza regole almeno privo di qualsiasi disciplinamento:³⁰ una realtà, in altre parole, ancora spoglia dell'intervento di un ordine cosciente e libero – quello che via via sarà, per accumulo, il mediterraneo *ius gentium* – atto a recingerla, a imporle delle regole, a guidarla con logica e comune disciplina.

²⁵ Per Plotino 'ciò che è completamente privo di misura è la materia...' in qualche maniera generatrice del male perché in origine, appunto, non ancora ordinata; cfr. Plot., *enn.* 1.2.2.13 ss.

²⁶ Così E. STOLFI, *Al tramonto del 'diritto naturale classico': ius naturale e ius gentium in una quaestio di san Tommaso*, in C. CASCIONE, C. MASI DORIA (a cura di), *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna* 8, Napoli 2007, 5421 ss., qui 5431; *adde*, per quanto assente D. 1.1.5, la lettura di alcuni contributi di Christian Baldus ora in *Espacios de particulares, espacios de juristas. Estudios dogmáticos de derecho privado romano, 2006-2016*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo 2017: nn. 8, 10 e *massime* 13.

²⁷ Pare invece «immaginare» una visione ermogeniana del mondo precedente il *ius gentium* (e naturalmente prima anche della nascita del *ius civile*) senza disordine alcuno, anzi, sembrerebbe, ispirato a non poche 'soffici regole giuridiche' di natura G. GILIBERTI, *The Origin of Trade* cit., 58: «In conclusion, we can imagine that in the Hermogenian thought, before the birth of political institutions and man-made law, there were conflicts but not war in the juridical and ritual sense. Barter was used, but not trade. Natural possession existed, but not the Roman concept of property, et cetera».

²⁸ Cfr. Cic., *de off.* (Fedeli) 1.21: *Sunt autem privata nulla natura, sed aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege, pactione, condicione, sorte ...; similisque est privatarum possessionum descriptio. Ex quo, quia suum cuiusque fit eorum, quae natura fuerant communia, quod cuique optigit, id quisque teneat; e quo si quis [quaevis] sibi appetet, violabit ius humanae societatis; adde Id., de re publ.* (Bréguet) 1.25.39: *non omnis hominum coetus quoquo modo congregatus, sed coetus multitudinis iuris consensu et utilitatis communione sociatus*. Ringrazio Giuseppe Falcone che qui mi ha ricordato le osservazioni e le fonti che sono nel commento a Gai 1.1.1 (*Omnes populi, qui legibus et moribus reguntur*) in M. DAVID, H.L.W. NELSON (a cura di), *Gai Institutionum Commentarii mit philologischen Kommentar* 1. Lieferung, Leiden 1954, 4.

²⁹ Una realtà simile a quelle 'cose terrene' descritte nella coeva speculazione neoplatonica – quel pensiero che nello scorcio finale del sec. III, e in specie nei circoli di governo, si avviava a egemonizzare l'ultima scena culturale pagana –, e dipinte come luogo della 'caduta': cfr. Plot., *enn.* 6.9.9.20.

³⁰ Viceversa, un modesto ordine naturale era stato comunque intravisto nelle *Institutiones* da Marciano, giurista di sicuro più che presente nel metatesto epiclassico (vd. D. LIEBS, *Hermogenians iuris epitomae* cit., 43 ss. e 73 s.); cfr. D. 1.8.2 (Marcian. 3 inst.): *Quaedam naturali iure communia sunt omnium, quaedam universitatis, quaedam nullius, pleraque singulorum, quae variis ex causis cuique adquiruntur. Et quidem naturali iure omnium communia sunt illa: aer, aqua profluens, et mare, et per hoc litora maris*.

Si sarebbe inevitabilmente trattato di una condizione naturale necessitata ad attendere quei criteri, foss'anche fondati su reciproci ma regolati rapporti di forza (la guerra, per esempio, come allusione a conquiste di beni primari per l'esistenza), in base ai quali indurre gli uomini a ben gestire i grandi conflitti (e quindi le tregue, gli accordi col rispetto della *fides*, la sacralità dei *legati*) e a organizzarsi socialmente (*discretæ gentes*).³¹ Una realtà in attesa sia che ben si definissero le 'cose' per le quali lottare e, prima ancora, vivere in comunità (*regna condita, dominia distincta, agris termini positi, aedificia collocata*), sia che si stabilissero talune di quelle regole assolutamente necessarie per impostare il lavoro e gli scambi a questo connessi (*commercium, emptiones venditiones, locationes conductiones, obligationes institutæ*).

3. Per quanto «la nozione di legge o di diritto naturale» sia effettivamente stata «strettamente legata alla storia del pensiero e della civiltà greco-romana, seppure con notevole varietà di sensi»,³² e dunque di essa vi sia ampia attestazione presso gran parte della giurisprudenza romana e per conseguenza nel 'monumento' giustiniano,³³ non è affatto indispensabile immaginarla presente anche dove essa, molto probabilmente, non era mai stata menzionata – neanche, forse, presupposta –, e perciò né in D. 1.1.5 né in altri frammenti ermogeniani circoscrivibili, ovvero nello spazio letterario in origine costituente l'esordio dei sei *libri iuris epitomarum*.

Di *ius naturale* non vi è parola, né alcuna 'evocazione', come invece è stato esplicitamente detto («... no, because he believes in natural law and distinguishes it from the custom, that is a 'citizens tacit agreement'»),³⁴ neppure nel frammento in D. 1.3.35, un brano anch'esso totalmente privo di interventi manipolatori tardoantichi o giustiniani, e dunque tuttora portatore attendibile della pura riflessione epiclassica:

D. 1.3.35 (Hermog. 1 *iur. ep.*): *Sed et ea, quae longa consuetudine comprobata sunt ac per annos plurimos observata, velut tacita civium conventio non minus quam ea quae scripta sunt iura servantur.*³⁵

Ermogeniano, in tale testo, in assoluto non avrebbe effettuato alcuna 'distinzione' tra il diritto di natura e la *consuetudo*, quella che il giurista, in coda a una lunga tradizione³⁶ (ma sensibilmente differenziandosi da essa), affermava derivare quasi da 'un tacito accordo tra

³¹ Cfr. Plot., *enn.* 3.3.3.22 ss. e 3.2.6.15 (per la prigionia di guerra).

³² Così R. M. PIZZORNI, *Il diritto naturale dalle origini a S. Tommaso d'Aquino*³, Bologna 2000, 110 ss.

³³ Per esemplificare cfr. testi arcinoti: I. 2.1.11: *Singulorum autem hominum multis modis res fiunt: quarundam enim rerum dominium nanciscimur iure naturali, quod, sicut diximus, appellatur ius gentium, quarundam iure civili...* ('Le cose diventano dei singoli in molti modi: di alcune, infatti, conseguiamo la proprietà per diritto naturale che, come dicemmo, è chiamato diritto delle genti, e di alcune per diritto civile...'); *ibid.* 41: *...tamen recte dicitur et iure gentium, id est iure naturali, id effici* ('...tuttavia, giustamente si dice che questo accade per diritto delle genti, cioè per diritto naturale'); prima ancora cfr. D. 41.1.5.7 e 41.1.7 pr. (Gai. 2 *rer. cott.*); D. 1.1.4 (Ulp. 1 *inst.*).

³⁴ Si vd. G. GILBERTI, *The Origin of Trade* cit., 54.

³⁵ *Versio*: 'È rispettato, non meno del diritto che è scritto, quel diritto che (quasi) come un tacito accordo fra i cittadini, ha trovato pieno consenso grazie a una lunga consuetudine ed è stato osservato per numerosi anni'.

³⁶ Cfr. per es. D. 1.3.32.1 (Iul. 84 *dig.*); Tit. Ulp. § 4 (FIRA 2, 262).

cittadini'. In questo passaggio, appunto sulle orme della ricca produzione autorale d'età adrianea-severiana che allora tornava utile per la redazione delle Epitomi, ciò che veniva bilanciato con la *consuetudo longa* e *comprobata* non era certo, com'è stato affermato, il *ius naturale* ma, come ancora oggi si legge chiaramente, gli *iura quae scripta sunt*. Era proprio quel diritto scritto (che mi pare impossibile equivocare col *ius naturale*) che in passato è giustamente sembrato poter finanche rappresentare – posto là, come contrappeso al diritto nascente dalla *conventio civium* – un indizio d'una delle cifre personali del giurista tetrarchico: un autore in origine quasi certamente grecolquente³⁷ (con un nome, del resto, dal sapore greco)³⁸ e, com'è probabile, qui ispirato da un sostrato culturale saldamente grecizzante.³⁹

Obiettivo ermogeniano dell'ideale ma perfetto bilanciamento di *iura non scripta* (nascenti da usi spesso affermatasi localmente, attecchiti appunto grazie a *tacitae conventiones civium*) e di *scripta iura* (palpabilmente registrati nelle forme materiali della tradizione giuridica dei Romani) rimaneva la necessità di ammettere una pari dignità ordinamentale al sedimentato *ius Romanorum* e al diritto cosiddetto locale. Si trattava, da parte dell'esperto giurista-burocrate, della ricerca di un equilibrio scientifico volto in qualche modo a giustificare tecnicamente e ad agevolare pragmaticamente quei *cives* più che spesso quotidianamente guidati da fonti di comportamenti a volte parzialmente diverse, se non proprio antagoniste, rispetto a quelle della cultura giuridica centrale, ma ben radicate nelle realtà autoctone. Bisognava, insomma, riconoscere l'esistenza di un assetto bilanciato tra sorgenti di diritto reciprocamente assai difforni: un assetto armonico e soddisfacente così come appare nelle parole delle Epitomi, e culturalmente supportato, rispetto al quale l'eventuale esistenza di un *ius naturale* avrebbe solo potuto avere un senso di illogicità e una funzione di impaccio.

Pur perfettamente nota al giurista-epitomatore perché presente all'interno dei tanti materiali cerniti per la complessa attività parafrastica,⁴⁰ va detto come sia abissale la distanza corrente tra la palesamente colta, ma soprattutto ariosa, elaborazione giurisprudenziale 'classica' (si pensi solo, per esempio, all'evocata riflessione papiniana: *lex est commune praeceptum ... communis reipublicae sponsio*)⁴¹ e il codice stilistico stringato e chiaro impiegato, qui e altrove, nei libri delle epitomi.⁴² Nel discorso coinvolgente *ius gentium* e *ius*

³⁷ Vd. per es. R. MARTINI, *A proposito di Ermogeniano fra grecità e romanità*, in SDHI 68, 2002, 561 ss.; adde W. KALB, *Roms Juristen, nach ihrer Sprache Dargestellt*, Aalen 1975 (rist.), 97 s. e 144. Cfr. la lingua di Ermogeniano in D. 32.22.1 (4 *iur. ep.*); D. 35.2.38.1-2 e D. 50.1.16 (1 *iur. ep.*).

³⁸ «... nomen Hermogeniani ... Graecam sapit originem»: J. FINESTRES Y DE MONSALVO, *In Hermogeniani JC^{ti} Juris Epitomarum Libros VI Commentarius*, I-II, Cervariae Lacetanorum 1757 (Pbk 2011) (= <https://catalog.hathitrust.org/Record/009303280>); adde H. SOLIN, *Die griechischen Personennamen in Rom. Ein Namenbuch*², Berlin-New York 2003, *suo loco*.

³⁹ Un retroterra grecizzante, quello di Ermogeniano, forse radicato in un'ipotizzabile, ragionevole, ancestrale educazione (per es. cfr. Demosth., *contra Aristog.* 25, 16 e 20 [Butcher 774, 16-23]; si vd., per tutti, le osservazioni di A. STEINWENTER, *Zum Lehre vom Gewohnheitsrechte*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento* 2, Milano 1930, 419 ss.), ma anche conformato a quelle tracce non squisitamente romane presenti presso gli *auctores* severiani o addirittura precedenti: cfr. per es. D. 1.3.1 (Pap. 1 *defin.*); adde E. STOLFI, 'Lex est ... virorum prudentium consultum ...'. Osservazioni su (Pap. 1 *def.*) D. 1. 3. 1, in SDHI 70, 2004, 441 ss.

⁴⁰ Più o meno frequentemente si riescono a ben ipotizzare i materiali confluiti, come ipotesti, nel metatesto ermogeniano; vd. D. LIEBS, *Hermogenians iuris epitomae* cit., cap. II.

⁴¹ Vd. *supra* ntt. 37 e 39.

⁴² Cfr. per es. D. 48.19.42 (Hermog. 1 *iur. ep.*: *Interpretatione legum poenae molliendae sunt potius*

civile, oltre modo coerente con quello condotto su *iura scripta* e *consuetudo*, entrambi affatto lontani da qualsiasi esplicita coloritura filosofica, vi è solo la ricerca sul piano pratico di un linguaggio realmente non divisivo per la buona comunicazione giuridica tra Centro e Periferia – in qualche maniera tra creatori e lontani fruitori del *ius* –, e magari la ricognizione di tracce (sociali, economiche, istituzionali, giuridiche) fondative comuni, e dunque per certi versi universali.

A me pare che il pensiero condensato nei due testi in questione si debba intendere come l'espressione più concreta, con l'elegante rappresentazione di un impeccabile pareggiato assetto tra *iura* 'diversi', d'una consapevole presa d'atto da parte di Ermogeniano (non dimentichiamolo, burocrate e *auctor*), politicamente e intelligentemente rassegnata, dell'ineliminabile, dinamica e vitale esistenza d'una pluralità di diritti locali radicati in realtà tra di loro le più diverse, e della necessità che essi trovassero un'adequata, armonica collocazione all'interno dell'*ordo*.⁴³ Il *ius gentium*, proposto come ambito civilizzante e perciò, seguendo il suggerimento di Casavola, inteso in età epiclassica quasi iperbolicamente come «diritto costituzionale storico ed universale», poteva di sicuro apparire l'unico inclusivo (e fruttuoso) terreno giuridico di coltura mediterraneo; anche i comportamenti ispirati a pulsioni giuridiche localistiche, ma tutto sommato derivanti quasi da una *tacita conventio civium Romanorum*,⁴⁴ trovavano in esso accoglienza piena e quindi contribuivano ad assecondare il contesto ideologicamente ecumenico della tetrarchia e del suo *ius*.

Solo la *scientia* e l'esperienza di un giurista ben conscio delle urgenze sia centrali sia periferiche⁴⁵ – va senz'altro sottolineata, in proposito, la posizione coincidente del Nostro, perciò privilegiata, di alto funzionario, di 'sistematore' dei rescritti diocleziane e quella di autore avvezzo all'esame critico della produzione scientifica altrui⁴⁶ –, tralasciando qualsiasi tentazione vagamente filosofica e men che concreta⁴⁷ (ignorando, dunque, quel *ius naturae* pur trattato dai suoi predecessori), avrebbe potuto rintracciare categorie giuridiche tra loro tanto compiutamente dialoganti, così come presentate nelle Epitomi. Si trattava, appunto,

quam asperandae), di sicuro a valle di una rigida selezione di un'ampia, diversificata e alta letteratura giurisprudenziale (e non solo); vd. il mio Interpretatio e necessaria mitigatio. *Riflessioni su ipotesti ermogeniane*, in P.-I. CARVAJAL, M. MIGLIETTA (a cura di), *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Alejandro Guzmán Brito* 2, Alessandria 2011, 441 ss. (= in KOINΩNIA 33, 2009, 75 ss.).

⁴³ La complessità del problema è chiara; recenziore, vd. per es. V. MAROTTA, *Doppia cittadinanza e pluralità di ordinamenti. La Tabula Banasitana e le linee 7-9 del papiro di Giessen 40 col I*, in *Archivio Giuridico* 236, 2016, 461 ss.

⁴⁴ È appena il caso di ricordare come pressoché tutti gli abitanti dello spazio allargato del Mediterraneo, anche i più 'lontani', fossero da tempo *cives* (a. 212) autoritativamente appartenenti a una sola 'patria comune'; cfr. D. 1.5.17 (Ulp. 22 ad ed.): *In orbe Romano qui sunt ex constitutione imperatoris Antonini cives Romani effecti sunt*.

⁴⁵ Va tuttavia sottolineato come, quanto meno in senso geografico, spesso trattavasi comunque di un Centro itinerante; si pensi al foltissimo elenco delle sedi del principe, conosciute grazie alle centinaia di rescritti a noi noti perché inseriti, per es., nel *Codex Hermogenianus*: specialmente Sirmio e Nicomedia, ma anche Eraclea, Bisanzio, Adrianopoli, Serdica, Filippopoli, ecc.

⁴⁶ Si vd. ora S. CONNOLLY, *Lives Behind the Laws: The World of the Codex Hermogenianus*, Bloomington & Indianapolis 2010, *passim*; *adde supra* nt. 6.

⁴⁷ È di un filosofo a noi contemporaneo l'osservazione della speciale concretezza ermogeniana (cosa ben diversa è, ovviamente, la sostanza culturale insita nel *background* dell'uomo-scrittore di probabile origine non latina: *supra* 294 e nt. 38 s.), lontana da vaghe fughe teorizzatrici non agganciate a realtà assolutamente tangibili; vd. G. MARTANO, *Retorica e giuridica*, in *Sodalitas. Scritti in onore di Antonio Guarino* 8, Napoli 1984, 4096 ss., qui 4104 a proposito di quanto registrato in D. 1.5.2 (Hermog. 1 iur. ep.).

sia degli *scripta iura* e degli *iura non scripta* tra loro finanche complementari, sia di un *ius civile* apparentemente proposto in ‘tono minore’ benché in assoluto formalmente imperante,⁴⁸ e invece di un *ius gentium* in qualche misura politicamente reinventato: storicamente risalente, socialmente onnicomprensivo,⁴⁹ antropologicamente accogliente, culturalmente amalgamante, insomma davvero un *communissimum ius*.⁵⁰

⁴⁸ L’idea di *ius civile*, così come pórtata da Ermogeniano, appare chiaramente rovesciata rispetto alla nozione tralatizia più forte («il *ius gentium* è una parte del *ius civile* ed è distinto dalla *natura*»: R. FIORI, *La nozione di ius gentium* cit., 124 s.), invertita, cioè, in una graduazione del tutto favorevole al *ius gentium*. Il *ius gentium*, proprio per il valore descrittivo riconosciutogli veniva configurato con un ruolo assorbente e – non credo si tratti di una mera sensazione – cronologicamente risalente. Al *ius civile* era invece riservata una posizione che potrebbe non esitarsi a definire residuale: non tanto e non solo in senso per così dire quantitativo come risulta esplicitamente dal testo (*iure gentium ... obligationes institutae: exceptis quibusdam quae iure civili introductae sunt*), ma pure con una percezione che non si eccede nel vedere come ‘ideale’. L’operazione scientifica sintetizzata dal giurista, dunque, potrebbe aver avuto una valenza concettuale volta a capovolgere, con intenzione, la graduazione d’importanza per i Romani tra i due ‘sistemi’, *ius civile* e *ius gentium*, ormai profondamente diversi nella percezione sociale epiclassica e perciò nell’impiego fattone dalla riflessione autorale tetrarchica.

⁴⁹ Se si riflette, l’esperienza umana, per Ermogeniano, dal *ius gentium* avrebbe tratto ben precise istituzioni giuridiche e, prima ancora, quelle tante e diverse istituzioni sociali, politiche ed economiche allora e in seguito indispensabili al vivere in comune; dal *ius civile*, invece, sarebbero sortite esclusivamente istituzioni giuridiche, vale a dire la possibilità di tutti quegli altri ‘vincoli’ costruttivi non appartenenti al *ius gentium*. Un ‘diritto delle genti’, dunque, concettualmente astratto, e quindi potenzialmente onnicomprensivo: quantitativamente prevalente, se rapportato al *ius civile* e alla funzione genetica a questo riconosciuta, rispetto alla realtà effettuale contestualmente regolata (peraltro, l’elencazione prospettata dal giurista avrebbe potuto finanche essere utilmente integrata, solo a volerlo, per offrire spazio a qualsiasi altra istituzione presente presso le comunità umane, a prescindere dalla natura, giuridica e non).

⁵⁰ È *communissimum* il *ius gentium* di cui parlava nel XIV secolo Baldo degli Ubaldi: vd. *In primam Digesti Veteris Partem Commentaria*, Venetiis, Apud Iuntas, MDLXXII, in *l. omnes populi*, ff. de iustitia et iure (D. 1.1.9), n. 4, f. 14rA; in *l. ex hoc iure*, ff. de iustitia et iure (D. 1.1.5), ff. 11vA-12vA.

JAN H.A. LOKIN
(Rijksuniversiteit Groningen)

Critica testuale e ‘interpolazioni mancate’

ABSTRACT

In the search for interpolations one is usually looking for the restoration of classical texts, that have been modified or deformed by ‘byzantine’ compilers. The reverse is done in this presentation. The emperor Justinian has given clear instructions for the text of his compilation that have not been followed by haste, ignorance and carelessness. The focus in this contribution is on these failed or omitted interpolations. Consecutively attention is drawn to the breached prohibition of *sigla* in the Digest (D. 1.3.5-41), to the validity of constitutions *sine die et consule* and to the *supervacuae praefationes*, which nevertheless remain in the Codex, and finally to the mechanical interpolations as a result of Novel 18, which changed the legitimate portion from a fourth to a third.

PAROLE CHIAVE

Interpolazioni; *sigla*; costituzione *sine die et consule*; Novella 18; *lex Falcidia*; porzione legittima.

CRITICA TESTUALE E ‘INTERPOLAZIONI MANCATE’*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. D. 1.3.5-41. – 3. *Supervacuis praefationibus*. – 4. La Novella 18, *de portione legitima*.

1. PREMESSA.

Considero un particolare onore l’invito ad intervenire in un convegno dedicato a quel grande studioso che è stato Lauro Chiazzese. Un convegno che trae occasione dal ritrovamento della scomparsa Parte Speciale dei suoi Confronti testuali: imponente, senza mezzi termini; nel leggere quest’opera si rimane istintivamente impressionati dalla considerevole impresa che l’autore, novello Cuiacio del ventesimo secolo, ha compiuto. Che la figura di Chiazzese abbia tuttora una sua vitalità nei Paesi Bassi posso affermarlo sulla scorta di una tesi di dottorato discussa una settimana fa dinanzi al mio collega Willem Zwolve, professore emerito a Leida. Detta dissertazione prende in esame le due raccolte di giurisprudenza di Paolo Giulio, che ci sono note dal Digesto: i *Decretorum libri tres* e gli *Imperialium sententiarum libri sex*.¹ Nella disamina dei testi il nome di Chiazzese viene ripetutamente menzionato.²

Lauro Chiazzese visse in quel momento storico in cui un vivo interesse investì i testi che avevano tramandato le norme del diritto romano. Quei testi di diritto romano erano stati raccolti e pubblicati dall’imperatore Giustiniano. Si trattava in larga parte di testi non

* Testo della relazione svolta al Seminario internazionale “Orizzonti della critica testuale fra tradizione e nuovi indirizzi”, in occasione della pubblicazione dei “Confronti testuali. Parte speciale” di Lauro Chiazzese, tenutosi all’Università di Palermo il 16 novembre 2018.

¹ E.S. DAALDER, *De rechtspraakverzamelingen van Julius Paulus. Recht en rechtvaardigheid in de rechterlijke uitspraken van keiser Septimius Severus*, Leiden 2018.

² Si citerà un esempio: nella propria tesi Daalder analizza le *leges geminatae* D. 10.2.41 e D. 37.14.24 che trattano della divisione ereditaria tra coeredi di liberti e del loro sostentamento. La prima divisione era nulla e la seconda valida. In D. 10.2.41 il testo del decreto recita: *placuit standum esse alimentorum praestationi: sed et illud adiecit nullam esse libertorum divisionem*. D. 37.14.24: *placuit nullam esse libertorum divisionem: alimentorum autem divisionem a iudice inter coheredes factam eodem modo ratam esse*. Daalder si sofferma quindi sulla probabile ricostruzione di Chiazzese: *Divi Severus et Antoninus (?) in haec verba decreverunt: nullo iure iudicem libertos inter coheredes divisisse, alimentorum tamen divisionem ratam videri aequum esse, ac si libertorum ex causa alimentorum, auctoritate consulum interposita, facta esset*. L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee, Parte generale*, estr. dagli *Annali del Seminario giuridico della Regia Università di Palermo* – vol. XVI, Cortona 1931, 369 ss. e ID., *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee, Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. FALCONE, collana *Fonti – 4 degli Annali del Seminario giuridico dell’Università di Palermo*, Torino 2018, 197 ss. Vi vengono illustrate anche le ipotesi interpolazionistiche più approfondite di C. SANFILIPPO, *Pauli decretorum libri tres*, Milano 1938, 32.

emanati dallo stesso Giustiniano ma tramandati nelle opere di antichi giureconsulti, ovvero la *jurisprudencia veterum*, e di imperatori a lui precedenti, le *leges*. Frammenti di tale *jurisprudencia* erano stati inseriti in un certo ordine nel Digesto, mentre le leggi imperiali erano state raccolte in forma compendiarie nel *Codex*. In quel periodo storico l'attenzione andò a concentrarsi sul confronto tra le antiche fonti originarie pregiustiniane, fin dove conservate, e i testi formulati da Giustiniano (o dalle commissioni da lui istituite) e raccolti nel Digesto, nel *Codex* e nelle *Institutiones*. L'obiettivo era individuare le differenze e partendo da quelle differenze cercare di ricostruire il diritto pregiustiniano anche lì dove non vi erano testi antichi superstiti. Era convinzione diffusa che l'imperatore Giustiniano avesse concesso alla commissione un'autorizzazione generale ad aggiornare ai tempi correnti il diritto antico sotto il profilo non solo stilistico ma anche sostanziale, del contenuto. Sulle orme del proprio maestro Riccobono, Chiazzese ha fornito dimostrazioni eccezionali di questo fiuto scopritore di interventi eseguiti dai compilatori. Una capacità grazie alla quale la scuola di Palermo ha conquistato grande fama.

Ogni allievo è il prodotto del proprio maestro. La formazione del sottoscritto si è compiuta nel Nord Europa alla scuola di Scheltema, mio insegnante e predecessore a Groninga. Altri sono gli insegnamenti che ho ricevuto. Mentre altrove le ricerche erano tutte votate alle interpolazioni, Scheltema, pur senza disconoscere i pregi dell'indagine testuale, mi metteva in guardia da quella che definiva l'ipercritica. Scheltema fu nominato professore a Groninga poco dopo la guerra durante la quale si era dato alla clandestinità per sfuggire ai tedeschi. Nel discorso d'insediamento che tenne il 5 maggio 1946 affermò: 'È evidente che sulle questioni interpolazionistiche riguardanti i giuristi classici è impossibile avere un'unica ed identica posizione. Si è costretti a stabilire caso per caso il proprio approccio al singolo documento'. Che i testi non siano rimasti immutati non è una sorpresa per nessuno poiché 'va riconosciuto che taluni fonti classiche fino a poco tempo fa non sospette sono invece risultate pesantemente alterate in età postclassica'. Chiazzese ha costruito tutta la propria formidabile opera su questa visione ampiamente condivisa. Come conferma la Parte Speciale di recente rinvenuta, i romanisti potranno trarre insegnamenti ancora per anni dall'erudizione di questo studioso. Scheltema tuttavia raccomandava di usare cautela. Per individuare eventuali interpolazioni occorre essere anche validi filologi giacché 'non è forse allettante avere carta bianca nell'avvalorare ogni genere di ipotesi con l'aiuto di 'grecoismi', 'costrutti tardo-latini' e simili?' Quindi, sì alla critica ma bando all'ipercritica. Queste le parole di Scheltema nel 1946.³

Personalmente ho affrontato la questione della confliggenza tra l'incarico dato alla commissione giustiniana di apportare modifiche ai testi giuridici, da un lato, e la consegna di menzionare i nomi e i libri dei giuristi classici dall'altro. Quanto era esteso tale incarico di interpolazione? Se si ritiene attendibile l'*Index Interpolationum*, i compilatori operarono cancellazioni, aggiunte, modifiche o volgarizzazioni di intere porzioni di testo. Come si concilia un margine d'intervento di simile ampiezza con la precisione citazionale e dei riferimenti ad esempio nei passaggi seguenti?

D. 4.7.4.6 (Ulp. 13 *ad ed.*): *Haec actio non est poenalis, sed rei persecutionem arbitrio iudicis continet, quare et heredi dabitur: in heredem autem...*

D. 4.7.5 (Paul. 11 *ad ed.*): ... vel similem ...;

³ H.J. SCHELTEMA, *De nieuwere critiek op de Romeinsche rechtsbronnen uit den tijd voor Justinianus*, in H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE, R. MEIJERING, *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningen 2004, 233 ss., in particolare 237 e 243.

D. 4.7.6 (Ulp. 13 *ad ed.*): ... *vel post annum non dabitur* ...;

D. 4.7.7 (Gai. 4 *ad ed. prov.*): *quia pertinet quidem ad rei persecutionem, videtur autem ex delicto dari.*

Sorge qui spontaneo chiedersi per quale motivo i compilatori non abbiano inserito nel testo di Ulpiano le parole 'vel similem' di Paolo.⁴

D. 5.1.68: (Ulp. 8 *disp.*): *Ad peremptorium edictum hoc ordine venit, ut primo quis petat post absentiam adversarii edictum primum, mox alterum;*

D. 5.1.69 (Ulp. 4 *de omn. trib.*): ... *per intervallum non minus decem dierum* ...;

D. 5.1.70: (Ulp. 8 *disp.*): ... *et tertium: quibus propositis tunc peremptorium impetret.*

Nelle porzioni di testo appena riportate Ulpiano stesso, e nessun altro giurista, è l'artefice dell'aggiunta di una breve frase, tratta dal quarto libro riguardante i tribunali, mentre la proposizione principale proviene dall'ottavo libro sulle dispute. Nel mio articolo *The end of an Epoch*, come pure in una relazione che ho tenuto in memoria della collega ed amica Giuliana Lanata, ho cercato di dare una risposta a questioni di questo genere. Secondo il mio parere, l'incarico di apportare modifiche al complesso del materiale giuridico pregiustiniano ebbe portata ben più limitata di quanto fino ad oggi ritenuto. Pertanto i testi classici non sono stati in realtà modificati in maniera tanto estesa. Modifiche sostanziali, contenutistiche, furono a mio avviso consentite solo in seguito ad effettiva ed esplicita autorizzazione dell'imperatore. Ad ogni modifica di natura dogmatica era sottesa una *decisio*, vale a dire una costituzione.

Tuttavia non è di quest'argomento che intendo parlare qui. Quest'oggi vorrei fare l'opposto di quello che fa normalmente la critica testuale. Di solito, sulla base di direttive generali e vaghe (nelle *const. Haec 2* e *Summa 3* per il *Codex* e nelle *const. Deo auctore 7* e *Tanta 10* per il *Digesto*) nei testi giustiniane vengono cercate interpolazioni eseguite dai compilatori, che hanno modificato il diritto classico. Ora, invertendo il procedimento, invece che dalle direttive generali, oggi prendo le mosse dalle chiare istruzioni operative di Giustiniano alle quali non è stato dato seguito per distrazione, per fretta o per incompetenza. In breve mi soffermerò sulle interpolazioni mancate o non attuate.

2. D. 1.3.5-41.

In questa sede sarà possibile essere molto sintetici riguardo al Digesto. Nella *const. Tanta 22* l'imperatore vieta l'uso di abbreviazioni, di *sigla*. È nostra volontà che ogni cosa, vale a dire sia i nomi dei giuristi che i titoli e i numeri dei libri vengano indicati tramite una successione

⁴ Perché nei seguenti passaggi i compilatori non hanno ommesso l'aggiunta superflua di Paolo o non l'hanno magari inserita mediante interpolazione nel testo di Ulpiano?

D. 40.12.14.2 (Ulp. 55 *ad ed.*): *Dolo autem non eum fecisse accipimus, qui non ultro instruxit emptorem, sed qui decepit* ...;

D. 40.12.15 (Paul. 51 *ad ed.*): ... *id est sive virilis sexus sive feminini sit, dummodo eius aetatis sit, ut dolum capiat* ...;

D. 40.12.16 (Ulp. 55 *ad ed.*): ... *immo eum, qui finxit se servum et sic venit decipiendi emptoris causa* ...

ininterrotta di lettere, *per consequentias litterarum*, e non tramite abbreviazioni, *per sigla*. Chiunque scriva o ricopi tali abbreviazioni si renderà perseguibile penalmente per il reato di falso. Questi dovrà inoltre rimborsare all'ignaro proprietario il doppio del valore del libro. E il proprietario, ancorché innocente, sappia che possiede un'opera inutile, un *inutilis codex*.⁵ Ora, è noto a tutti che nel *Codex Florentinus*, titolo D.1.3 *De legibus senatusque consultis et longa consuetudine*, i frammenti 5-41 sono scritti in cifre e non in lettere. Le interpolazioni, ordinate dall'imperatore, non sono state eseguite. Dunque facciamo tutti uso di un *codex inutilis*.

Dal momento che i libri dei giuristi non vengono menzionati nel testo dei Basilici, questa negligenza passa, del tutto, inosservata.

3. SUPERVACUIS PRAEFATIONIBUS.

Non mi dilungherò nemmeno sul *Codex*. I testi del *Codex* hanno tutt'altro *status* rispetto a quelli del Digesto. Nella *const. Tanta* § 10, e ancor più chiaramente in *Tanta* § 20a, l'imperatore statuisce che a tutti i testi del Digesto è riconosciuta pari autorità, che dunque non esiste gerarchia alcuna nelle opinioni così come invece prevista nella *lex citandi*. Papiniano perde così la sua posizione di privilegio.⁶ I testi del Digesto traggono tutti la propria autorità ed efficacia dall'imperatore Giustiniano. Mentre i testi del *Codex* derivano la propria valenza dall'imperatore che ha promulgato la costituzione. Sono tutti provvisti di una data e secondo la regola *lex posterior derogat legi priori* la legge successiva abroga la precedente. Un intervento sostanziale, nel contenuto, in un testo del *Codex* comporta quindi conseguenze considerevoli. Il testo che sia stato modificato nel 529 da Giustiniano ha effetto retroattivo, nel passato, fino alla data di emanazione della relativa costituzione. Un'interpolazione nel Digesto apportata dalla commissione giustiniana viene ritenuta scritta dall'imperatore Giustiniano nel 533, un'interpolazione inserita nel *Codex* ad opera della commissione giustiniana, ad esempio in un testo dell'imperatore Costantino del 322, viene ritenuta scritta da Costantino. Questo è osservabile con grande chiarezza nel primo testo del *Codex Theodosianus*, del quale si è occupato anche Chiazzese.⁷

⁵ *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 nomina prudentium et titulos et librorum numeros, per consequentias litterarum volumus, non per sigla manifestari, ita ut, qui talem librum sibi paraverit, in quo sigla posita sunt in qualemcumque locum libri vel voluminis, sciat inutilis se esse codicis dominum.. sed etiam libri aestimationem in duplum domino reddat, si et ipse dominus ignorans talem librum vel comparaverit vel confici curaverit.*

⁶ *Const. Tanta* § 10: *et in multis similibus vel contrariis quod rectius habere appareat, hoc pro aliis omnibus positum est unaque omnibus auctoritate indulta, ut quidquid ibi scriptum est, hoc nostrum appareat et ex nostra voluntate compositum.* *Const. Tanta* § 20a: *Legislatores autem vel commentatores eos elegimus, qui digni tanto opere fuerant et quos et anteriores piissimi principes admittere non sunt indignati, omnibus uno dignitatis apice inperito nec sibi quodam aliquam praerogativam vindicante. Cum enim constitutionum vicem et has leges optinere censuimus quasi ex nobis promulgatas, quid amplius aut minus in quibusdam esse intellegatur, cum una dignitas, una potestas omnibus est indulta?*

⁷ CHIAZZESE, *Confronti testuali, Parte speciale (Materiali)* cit., 220. Il confronto non si riferisce al diritto privato.

C.I. [beneficia personalia] (posthac edicta sive constitutiones). L'interpolazione è sostanziale. La costituzione di Costantino andò in desuetudine prima di Giustiniano. Incompatibile peraltro col sistema della Compilazione giustiniana e tacitamente quivi abrogata (C.I. de nov. Cod. facendo § 2 e de novo codice confermando § 3), non poteva esservi mantenuta. Triboniano la utilizza per i *beneficia personalia* inserendola nel titolo adatto del *Codex*. Il procedimento è legislativo e invano si cerca un più profondo motivo

CTh. 1.1 recita:

Imp.Constantinus A. ad Lusitanos. *Si qua posthac edicta sive constitutiones sine die et consule fuerint deprehensae, auctoritate careant*. Dat. VII Kal. Aug. Savariae Probianus et Iuliano cons. (A.D. 322)

Le leggi generali (editti o costituzioni) senza data sono prive di ogni validità giuridica aveva decretato Costantino nel 322. Questa legge appare nel 529 superata nel contenuto. L'imperatore Giustiniano statuiva esplicitamente che la successione cronologica dei testi giuridici dovesse essere ben chiara sia per indicazione della rispettiva data di promulgazione sia per la collocazione all'interno di ciascun titolo, il più antico avanti al seriore. E anche se quelli erano privi di data era comunque possibile evincere l'ordine di successione dalla rispettiva posizione nell'ambito del titolo.⁸ Eppure la commissione giustiniana, presieduta da Giovanni, non espunse il testo della disposizione costantiniana ma provvide ad adattarlo in maniera sottile.⁹ Esistevano, infatti, le costituzioni personali, a volte denominate *pragmaticae sanctiones* aventi ad oggetto città, corporazioni, istituzioni amministrative e cittadini privati beneficiari di un privilegio.¹⁰ Se tali costituzioni di carattere particolare venivano inserite nel *Codex*, acquisivano per ciò stesso efficacia giuridica *generale*.¹¹ Mentre se non figuravano nel *Codex* queste non avevano validità *generale* e conservavano la loro valenza particolare nei riguardi delle sole persone cui si rivolgevano.¹² A questi privilegi particolari, individuali, attribuiti dalla legge, ora si dichiara debba applicarsi la disposizione di Costantino. Qualora il privilegio personale sia sprovvisto di data, *sine die et consule*, si intende privo di efficacia giuridica. Così sta scritto sotto il titolo *De diversis rescriptis et pragmaticis sanctionibus*,

C. 1.23.4: Imp.Constantinus A. ad Lusitanos. *Si qua beneficia personalia sine*

dell'interpolazione. Sui vari tentativi compiuti dagli antichi interpreti per trovarlo cfr. Gotofredo nel Commentario alla c. in esame, che documenta anche la precedente caduta in desuetudine e i motivi che giustificarono la costituzione costantiniana. Sost. diverse – legisl. – Cost. imp.

⁸ *Const. Haec § 2: (...) ita tamen, ut ordo temporum earundem constitutionum non solum ex adiectis diebus et consulibus, sed etiam ex ipsa compositione earundem clarescat, primis quidem in primo loco, posterioribus vero in secundo ponendis et, si quae earum sine die et consule in veteribus codicibus vel in his, in quibus novellae constitutiones receptae sunt, inveniantur, ita his ponendis nullaue dubietate super generali earum robore ex hoc orienda, sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est. Const. Summa 3: ...nullaque dubitatione emergenda vel eo, quod sine die et consule quaedam positae sunt, vel quod ad certas personas rescriptae sunt, cum omnes generalium constitutionum vim obtinere procul dubio est...*

⁹ Si coglie l'occasione per sottolineare come già nel 1976 Gianfranco Purpura dimostrò che il presidente della prima commissione non fu Giovanni di Cappadocia, come sostenuto dai più, ma probabilmente un certo Giovanni che viene menzionato in *Nov. 35* (a. 535).

¹⁰ I. 1.2.6: *...Plane ex his (constitutionibus) quaedam sunt personales, quae nec ad exemplum trahuntur, quoniam non hoc princeps vult.*

¹¹ *Const. Haec 2: ... sicut et illas vim generalis constitutionis obtinere palam est, quae ad certas personas rescriptae vel per pragmaticam ab initio datae eidem novo codici propter utilitatem sanctionis inditae fuerint; Const. Summa 3: ... quod ad certas personas rescriptae sunt, cum omnes generalium constitutionum vim obtinere procul dubio est...*

¹² *Const. Summa 3: Si quae vero pragmaticae sanctiones, quae minime in eodem nostro codice receptae sunt, civitatibus forte vel corporibus vel scholis vel scriniis vel officiis vel alicui personae impertitae sunt, eas, si quidem aliquot privilegium speciali beneficio indulgent, omni modo ratae manere, sin vero pro certis capitulis factae sunt, tunc tenere, cum nulli nostri codicis adversantur constitutioni, praecipimus.*

die et consule fuerint deprehensae, auctoritate careant. Dat. VII Kal. Aug. Savariae Probiano et Iuliano cons. (A.D. 322).

Il dato rilevante è che il provvedimento non viene attribuito a Giustiniano, come sarebbe accaduto se presente nel Digesto, bensì a Costantino, che non ha mai promulgato la legge in questi termini. La data originale viene mantenuta. Non 529 ma 322. Giustiniano stabilì in modo reciso che venisse citata unicamente la versione modificata.¹³

L'interpolazione in questo testo è realizzata modificando solo alcune parole, *certa verba*. Un intervento rispondente in pieno alle istruzioni dettate da Giustiniano nelle *const. Haec 2* e *Summa 3*. Le interpolazioni sono consentite quando non vengano omesse, aggiunte o cambiate che *alcune* parole, *detractis vel additis vel permutatis certis verbis*.¹⁴

L'imperatore non si limitò a questa direttiva generale ma indicò anche ciò che la commissione avrebbe dovuto omettere. Disposse che tanto nella *const. Haec 2* quanto nella *Summa 1* venissero eliminate le *praefationes*, i titoli onorifici e i saluti protocollari che potevano ritenersi irrilevanti rispetto alla norma giuridica. Nel leggere il *Codex* si incontrano con una certa regolarità infrazioni a questa disposizione che sono il frutto della fretta o di disattenzione. Ecco alcuni esempi: In C. 1.27.1 figura l'appellativo completo dell'imperatore e persino l'invocazione di nostro Signore: '*In nomine domini nostri Iesu Christi imperator Caesar Flavius Iustinianus Alamannicus Gothicus Francicus Germanicus Anticus Alanicus Vandalicus Africanus pius Felix inclitus victor ac triumphator semper Augustus ...*'.¹⁵

Saluti da protocollo: C. 6.60.1: '*Imp. Constatinus A. consulibus praetoribus tribunis plebis senatui salutem*' (CTh. 8.18.1: *dicit*); Cfr. C. 9.1.21: '*Imp. Honorius et Theodosius AA consulibus praetoribus tribunis plebis, senatui (suo, CTh. 4.10.2) salutem dicunt*'; C. 7.62.24: '*Imp. Valentinianus et Valens AA salutem dicunt ordini civitatis Carthaginiensium*'; C. 9.2.11: '*Diocletianus et Maximianus (Idem AA) have Crispine carissime nobis*'; *Const. Cordi: 'In nomine ... semper Augustus senatui urbis constantinopolitanae S.'*¹⁵

4. LA NOVELLA 18, DE PORTIONE LEGITIMA.

Infine le *Novelle*. La nuova legislazione che Giustiniano introdusse per mezzo delle *Novelle* mise in moto dei cambiamenti nell'ambito della vecchiaia. Sebbene in teoria non necessario – infatti in forza della regola della *lex proterior* la *Novella* aveva la priorità e rendeva nulla la norma anteriore – i Bizantini interpolarono ugualmente i testi del Digesto e del *Codex* adattandone il contenuto secondo le disposizioni delle *Novelle*. Il tempo a disposizione mi obbliga a limitarmi a fornire un solo esempio.¹⁶

La porzione legittima era la quota spettante ai figli nati dentro il matrimonio. Questa corrispondeva da sempre alla quarta parte della porzione intestata, tanto che nei testi era di frequente definita la *quarta legitima*. La *Nov. 18* del 536 vi introdusse un cambiamento

¹³ *Const. Summa 3: ... solis eidem nostro codici insertis constitutionibus necesse esse uti ...*

¹⁴ *Const. Summa 3: ... sed et si quae earundem constitutionum detractis vel additis vel permutatis certis verbis, quod et ipsum praefatis excellentissimis viris specialiter permisimus, compositae sunt, nulli concedimus ex libris veteris iuris interpretatorum aliter eas habentes recitare ...*

¹⁵ Per ulteriori esempi si veda: J.H.A. LOKIN, *The First constitution of the Codex Justinianus*, in *Subseciva Groningana* IX, 2014, 357 ss. V. anche N. VAN DER WAL, *Die Textfassung der spätromischen Kaisergesetze in den Codices* in *BIDR* 83, 1980, 1 ss.

¹⁶ Per una trattazione più approfondita si veda: J.H.A. LOKIN, *Wills in Byzantine Law*, in Th.E. VAN BOCHOVE (a cura di), *Analecta Groningana and ius graeco-romanum pertinentia*, Groningen 2010, 231 ss.

stabilendo che la *quarta legitima* venisse aumentata ad un terzo nel caso in cui il testatore avesse avuto non più di quattro figli. Quindi prima della *Novella* 18 la porzione legittima, in presenza di quattro figli, ammontava ad un quarto di un quarto della porzione intestata, vale a dire un sedicesimo. Invece dopo il 536 la legittima diventò pari a un terzo di un quarto, quindi un dodicesimo della intestata.¹⁷ L'imperatore, così affermava nel *prooimion*, aveva spesso constatato che i figli nati nel matrimonio e non ingrati, soprattutto se numerosi, potevano esigere solo una quota piccolissima dell'eredità e finivano per cadere in miseria, mentre il padre era ricco.¹⁸

La *Novella* 18 innescò una nutrita serie di modifiche nei testi che vertevano intorno alla quarta legittima. Furono effettuate interpolazioni in maniera meccanica, nel senso che, ad ogni loro occorrenza nel testo, i termini *quarta* e *tetartion* vennero sostituiti rispettivamente con *triton* e *tetraouunkion*. Il risultato fu singolare in quanto per via dell'interpolazione meccanica furono sottoposti a modifiche anche testi che non avevano a che fare con la *portio legitima*. Questo fu il caso soprattutto della *lex Falcidia*, che sanciva che il testatore non potesse in nessun caso lasciare in eredità per mezzo di legati o fedecommissi una quota superiore ai tre quarti (settantacinque per cento) del proprio patrimonio a persona diversa dall'erede. In altre parole all'erede veniva in ogni caso garantito il diritto ad un quarto dell'eredità. Tale quarta parte, che era tutt'altra cosa rispetto alla porzione legittima, fu detta *quarta Falcidia*. In epoca giustiniana la *quarta Falcidia* si trovò ad esser confusa con la *quarta legitima*.¹⁹ Com'è facile immaginare, la *Novella* 18 venne applicata anche alla *quarta Falcidia*. Persino la *Novella* 92 del 539, la cui emanazione è di tre anni successiva a quella della *Novella* 18, fa riferimento nella prima proposizione all'aumento della *quarta Falcidia*.²⁰

Un'altra *quarta* oggetto di sostituzione automatica fu la *quarta divi Pii*. Questa *quarta* era dovuta ad un figlio minorenne dapprima adrogato e poi per *emancipatio* passato ad essere di nuovo *sui iuris*. Essendo un minore questi aveva bisogno di un tutore, il quale era tenuto a lasciargli in eredità un quarto del proprio patrimonio. Se il tutore non adempiva questa disposizione il minorenne otteneva la *quarta* in forza di un editto di Antonino Pio, come fosse stato l'erede cui spettava un quarto del patrimonio del testatore.²¹ Anche questa quarta parte fu distrattamente convertita nei *Basilici* in un terzo.²²

Un ultimo esempio di un'interpolazione errata che trae origine dalla *Novella* 18 è offerta da D. 7.1.49 in BT 811/10-12, e priva il testo di ogni significato. Il testo in questione è di Pomponio e recita:

¹⁷ Se il testatore aveva più di quattro figli la porzione legittima ammontava ad un mezzo, insieme dunque il cinquanta per cento della porzione intestata.

¹⁸ *Prooimion* Nov.18: ... καὶ πένητες ἔσονται παῖδες πατρὸς ἕως ἑξῆς πλουτοῦντος. Riguardo alla *Novella* 18 si veda: N. VAN DER WAL, *Manuale Novellarum Justiniani*, Groningen 1998, 140; F. GORIA, *Critiche alla legislazione successoria giustiniana in uno scolio dell'Eisagoge e vicenda della legittima*, in F. GORIA, P. GARBARINO, A. TRISCIUOGGIO, E. SCIANDRIELLO (a cura di), *Diritto Romano D'Oriente*, Scritti scelti di Fausto Goria, Alessandria 2016, 890 e 898.

¹⁹ Cfr. C. 3.28.31 dove si parla di *quarta Falcidia* mentre viene intesa la *quarta legitima*.

²⁰ *Prooimion* Nov. 92: Ὡς δὲ τὰ περὶ τοῦ Φαλκιδίου καὶ τῆς ἐκείνου μοίρας διωρίσαμεν, αὐξήσαντες αὐτὸν οὐκ ἀγεννεῖ προσθήκη.

²¹ M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I. *Das altrömische, das vorklassische und das klassische Recht*, München 1971, 713.

²² B. 39.1.8 = D. 5.2.8.15 (BT 1762/13): Ἐάν τις τὸν δυνάμενον ἄνηβον ἔχειν κατὰ τῆς αὐτοῦ διαθήκης τὴν μέμνιν υἰοθετήσῃται, ἀργεῖ ἢ κατὰ τῆς διαθήκης μέμνις· ἔχει γὰρ ὁ ἄνηβος ἐκ τῆς οὐσίας αὐτοῦ τὸ ἀπὸ τῆς διατάξεως τρίτον μέρος. Εἰ δὲ κινήσῃ καὶ ἡττηθῇ, τὸ τρίτον ὡς χρόος λαμβάνει.

‘Se a me e a te sia stato attribuito per legato un diritto di usufrutto a carico degli eredi Sempronio e Muzio, io ne godrò nella misura di un quarto sulla quota di Sempronio e di un altro quarto sulla quota di Muzio, tu parimenti ne godrai nella misura di una quarta parte sulle quote di entrambi’.²³

Questo testo non ha alcun nesso né con la *portio legitima* né tantomeno con la *lex Falcidia*. Eppure il testo dei Basilici, pervenuto tramite l’Anonimo, ha interpolato in automatico il frammento in questione rendendolo incomprensibile:

Ἐὰν τεσσάρων κληρονόμων γραφέντων τοῖς δυσὶ καταλειφθῇ ἀπὸ τῶν ἄλλων δύο χρήσις καρπῶν, ἕκαστος αὐτῶν καθ’ ἑτέρου τῶν βαρηθέντων εἰς ἀνὰ τετραοῦγκιον ἔχει.²⁴

[Traduzione]: ‘Se siano stati istituiti quattro eredi e a due di loro venga lasciato in eredità il diritto di usufrutto degli altri due, ciascuno di quei due (eredi) ha un’azione nei riguardi di ciascuno degli altri due (eredi) interessati (dalla cessione dell’usufrutto) nella misura di un terzo’.

Senza alcun dubbio quest’interpolazione venne fatta meccanicamente da un correttore che aveva conoscenza della *Novella* 18. Non sono attestati sviluppi nel diritto bizantino.

Che in taluni testi anche dopo la *Novella* 18 continuassero i riferimenti ad una *quarta* non stupisce affatto ed è anzi tipico del *modus operandi* bizantino. Molti scrittori realizzavano niente più che delle *summae* o dei *compendia* e trascrivevano il testo senza un minimo di ragionamento. Quando incontravano nel testo il termine *tetartion* lo cambiavano in maniera automatica o magari lo lasciavano così com’era.²⁵ E quindi è successo che tale termine sia stato sostituito dove doveva rimanere e sia invece rimasto lì dove avrebbe dovuto essere sostituito.

Signore e signori, gentile uditorio,

nel Medioevo nessuno sapeva parlare greco. ‘*Graeca non leguntur*’. Né Irnerio né Accorsio e tantomeno Bartolo e tutti gli altri insigni giuristi hanno mai letto in lingua greca il testo appena preso in esame. Ed è un bene che sia andata così. Loro si sono evitati di rompersi il capo inutilmente e a noi è stata risparmiata una confusione di proporzioni inimmaginabili.

A questo punto non mi resta che ringraziarvi per l’attenzione e la generosa pazienza.

²³ D. 7.1.49 (Pomp. 7 ad Plaut.): *Si mihi et tibi a Sempronio et Mucio heredibus usus fructus legatus sit, ego in partem Sempronii quadrantem, in partem Mucii alterum quadrantem habeo, tu item in utriusque parte eorum quadrantem habes.*

²⁴ Bas. 16.1.49 = D. 7.1.48-1.49 (BT 811/10-12).

²⁵ Stefano fornisce nel suo sommario una spiegazione corretta e allude a una quarta parte. BS 949/13-21: Ἐνθα μέντοι [οὐ] διὰ τοῦ δικαστοῦ σκοπεῖται καὶ ἀπαιτεῖται τὸ τῆς μει[ώσεως] διαφέρον, ἀλλὰ διὰ τινος ἀγωγῆς, οἷον τῆς κομμοδάτι, τότε εἰκότως δύναται ὁ Ἀκουίλιος εἰ καὶ μὴ ἐπὶ τοῦ ἰσομέτρου, ἀλλ’ οὖν ἐπὶ τοῦ περιττοῦ κινεῖσθαι, καὶ ὁ δικαστὴς οὔτε δύναται οὔτε ὀφείλει καυτίονα περὶ τοῦ μὴ ἐναχθῆναι τὸν ῥέον αὐθις ἐπὶ τῷ περιττῷ ἀπαιτεῖν, ἐπειδὴ μὴ αὐτὸς πρωτοτύπως ἀπήτησε τὸ τῆς μειώσεως διαφέρον, ἀλλ’ ἢ ἐπὶ τούτ[ου] καὶ [χωρὶς] τῆς αὐτοῦ δοκ[ιμασίας] ἀρμόζουσα κομμοδάτι. Τὸ οὖν ἐνταῦθα σημείωσε, μεμνημένος καὶ τῶν εἰρημένων τῷ Παύλῳ ἐν τῷ λς’. διγ. τῆς νερεδιτάτις πεπιτίονος τοῦ παρόντος συντάγματος.

FRANCESCA TERRANOVA
(Università di Palermo)

Sui *nomina* ‘*consequentia ... rebus*’ in I. 2.7.3

ABSTRACT

Moving from the comparison between I. 2.7.3 e C. 5.3.20, the A. questions the meaning of the short passage ‘*nos ... consequentia nomina rebus esse studentes constituimus ...*’ ‘*nos ... consequentia nomina rebus esse studentes constituimus ...*’ reported in I. 2.7.3, from which the maxim ‘*nomina sunt consequentia rerum*’ would reasonably be derived.

PAROLE CHIAVE

Donationes ‘*ante nuptias*’; *donationes* ‘*propter nuptias*’; confronto tra testi della compilazione giustiniana.

SUI NOMINA 'CONSEQUENTIA ... REBUS' IN I. 2.7.3*

1. È risaputo che l'aforisma '*nomina sunt consequentia rerum*' è citato in un passaggio del capitolo tredici della *Vita Nuova* di Dante Alighieri, che lo ha reso celebre –

... lo nome d'Amore è sì dolce a udire, che impossibile mi pare che la sua propria operazione sia ne le più cose altro che dolce, con ciò sia cosa che li nomi seguitino le nominate cose, sì come è scritto: "*Nomina sunt consequentia rerum*" (XIII.4)¹ –

e trae spunto, con un buon grado di verosimiglianza, da alcuni luoghi della *Glossa Accursiana*,² la genesi dei quali andrebbe rintracciata in un, altrettanto noto, brano delle Istituzioni di Giustiniano, ove si legge

'*nos ... consequentia nomina rebus esse studentes constituimus ...*' (I. 2.7.3).³

Notevole interesse è stato riservato, in letteratura, allo studio della portata e delle implicazioni, nel pensiero dantesco e in quello medievale, sia filosofico sia giuridico, che discendono dalla massima più sopra citata, nelle varie declinazioni, con «carattere formulare più deciso»,⁴ nelle quali essa si rinvie nella *Glossa Accursiana* – '*nomina sunt consequentia rebus*', '*nomina sunt consequentia seu convenientia rebus*', '*nomina sint consonantia rebus*', per

* Con affetto e gratitudine dedico queste brevi pagine al Prof. Marrone in occasione del Suo novantesimo compleanno.

¹ Riportiamo il testo dall'edizione critica *Vita Nuova*, *Rime*, (a cura di) D. PIROVANO e M. GRIMALDI, Introduzione di E. MALATO, Roma 2015, primo volume della recente collana *Nuova Edizione Commentata delle Opere di Dante* (NECOD).

² V. *infra*, nel testo e nt. 5.

³ Per il testo di I. 2.7.3 v. *infra*, § 2, con richiami bibliografici essenziali citati alla nt. 12. È merito di B. NARDI, *Nomina sunt consequentia rerum*, in *Giornale storico della letteratura italiana* 93, 1929, 101 ss. (e ID., *Dante e la cultura medievale. Nuovi saggi di filosofia dantesca*², Bari 1949, 218 ss.) avere rintracciato in tale passaggio del manuale imperiale la probabile fonte della citazione dantesca, «facendo cadere d'un soffio i molti castelli di carte che i commentatori del Poeta avevan pazientemente costruiti» [così P. FIORELLI, *Nomina sunt consequentia rerum*, in G. MOSCHETTI (a cura di), *Atti del Congresso internazionale di diritto romano e di storia del diritto*, Verona 27-28-29-IX-1948, I, Milano 1953, 309 e nt. 3, con bibliografia]. Sottolinea, infatti, Nardi (*Nomina sunt consequentia rerum* cit., 105 = *Dante e la cultura medievale*² cit., 224) che per «il modo ... come Dante riferisce la sentenza ("sì come è scritto")», è indubitato che essa dev'esser desunta da un'opera solenne, quale la Bibbia o il *Corpus iuris*, sì da bastare la semplice citazione del detto, perchè la fonte baleni subito alla mente del colto lettore».

⁴ Citiamo da A. PAGLIARO, *Nuovi saggi di critica semantica*², Messina-Firenze 1963, 239.

menzionare solo quelle enunciate in una modalità più vicina alla citazione dantesca.⁵

Di certo, può agevolmente ipotizzarsi che, in età dantesca, tale assioma fosse frequentemente citato nelle dispute tra nominalisti e realisti, la cui storia plurisecolare arriva sino ai giorni nostri.⁶ Ora, seguendo la logica medievale (sulla scia di quanto era già stato elaborato dai filosofi greci), l'attribuzione di un significato a un termine non può prescindere

⁵ Cfr. *praecipue* Accursius, gl. 'Iustinianeos' a *Const. Omnem*, § 2: dicuntur ergo Iustiniani, vel Iustinianistae à Iustiniano: quia Iustiniani institutiones legunt, sic artistae qui artes legunt. & sic nomina sunt consequentia rebus: ut inst. de dona. §. est & aliud. [I. 2.7.3] olim dupondij vocabantur: ut hic dicit; gl. 'Desinant' a C. 1.55.5 (a. 392): sic nomina sunt consequentia seu convenientia rebus, ut institu. de donatio. §. est & aliud. [I. 2.7.3] & ar. infra de feriis. l. à nullo [C. 3.12.3 (a. 323)]; gl. 'Nam solam nominis' a D. 50.1.38.5 (Pap. Iust. 2 de const.): quia vocetur Bonogneus: non ideo Bononiensis est aliquid tamen operatur, ut nomina sint consonantia rebus ut institu. de donatio. §. est & aliud [I. 2.7.3]. In altre glosse, nelle quali è pure esplicitamente richiamato I. 2.7.3, ricorrono le formulazioni '*nomina debent esse consonantia rebus*' (gl. 'Tuum fiat' a I. 3.14 pr.); '*nomen ... quod debet esse consequens rei*' [gl. 'Praetor. Exercitores' a D. 2.13.4 pr. (Ulp. 4 ad ed.)]; '*nomen consequens est rei*' (gl. 'Virum' a Nov. 22 pr.); '*nomen debet esse consequens rei*' (gl. 'Ex suo vocabulo' a Nov. 105.2.2); '*nomina debeant esse consonantia rebus*' (gl. 'Imposuerint' a Nov. 109 pr.). Sul punto v., insieme agli Autori retro citati alle ntt. 3 e 4 (cui rinviamo per ulteriori richiami bibliografici), anche W. BELARDI, *Platone e Aristotele e la dottrina sulle lettere e la sillaba*, in *Ricerche linguistiche* 6, 1974, 33 s. e, soprattutto, ID., *Filosofia, grammatica e retorica nel pensiero antico*, Roma 1985, 261 ss. (su cui v. la rec. di M. NASTA, in *Latomus* 51.1, 1992, in part. 465).

⁶ Ancora oggi, infatti, ci si chiede se '*nomina sunt consequentia rerum*' o, piuttosto, se '*res sunt consequentia nominum*'. Così, tra i tanti, R. GALASSI, *Nomi e Cose, ovvero Segni e Oggetti. La Corriera stravagante della denotazione*, in *Filosofi(e)Semiotiche* 2.2, 2015, 25 ss. Sul punto, riferimenti bibliografici essenziali possono rinvenirsi in A. MASSIRONI, *Nell'officina dell'interprete. La qualificazione del contratto nel diritto comune (secoli XIV-XVI)*, Milano 2012, 54 nt. 72. Sulla nota *querelle* tra stoici, epicurei e aristotelici circa l'origine del linguaggio e la questione se i nomi siano stati dati alle cose secondo natura (φύσει) o per una convenzione intercorsa tra gli uomini (θέσει) e sugli echi che di tale diatriba possono scorgersi ancora nel pensiero degli autori latini del II sec. d.C. (di cui vi è traccia nelle *Notti Attiche* di Gellio) e, persino, nei giuristi del III sec. d.C. (tra i quali, ad esempio, Paolo e Ulpiano) rinviamo, nella letteratura romanistica più recente, a A. CUSMÀ PICCIONE, *D. 45.1.1.6 (Ulp. 48 ad Sab.): lingue straniere e conceptio verborum della stipulatio nella prospettiva di Ulpiano*, 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*, Napoli 2013, spec. 381 ss., con ampia bibliografia e fonti ivi nelle note riportate e discusse (spec. ntt. 89-127); per ult. bibl. v. anche *infra*, nt. 7. Di tale disputa, e più in generale della controversa relazione tra *nomina* e *res*, non mancano, com'è risaputo, famosi spunti finanche nella letteratura romanzesca moderna. Pensiamo, per limitarci solo a due citazioni che immediatamente balzano alla nostra mente per il legame profondo che ci unisce a tali opere, a U. ECO, *Il nome della rosa*, Milano 1980, 357, già dal titolo del suo romanzo (che trae spunto dalla sua celebre frase conclusiva 'stat rosa pristina nomine, nomina nuda tenemus'), e nel passaggio nel quale Guglielmo da Baskerville sostiene che «benché alcuni, ai tempi nostri, dicano che nomina sunt consequentia rerum, il libro della Genesi è ... assai chiaro su questo punto: Dio condusse all'uomo tutti gli animali per vedere come li avrebbe chiamati, e in qualunque modo l'uomo avesse chiamato ciascun essere vivente, quello doveva essere il suo nome ... infatti è ormai noto che diversi sono i nomi, che gli uomini impongono per designare i concetti, e uguali per tutti sono solo i concetti, segni delle cose. Così che certamente viene la parola *nomen* da *nomos*, ovvero legge, dato che appunto i *nomina* vengono dati dagli uomini *ad placitum*, e cioè per libera e collettiva convinzione»; nonché a G. BUFALINO, *Diceria dell'untore*, Palermo 1981, il quale, nell'appendice (intitolata 'La scrittura'), annovera, tra le tecniche scritte, l'«assolo cantabile», che è «abbandono e fiducia nella parola» e aggiunge: «Sì, l'universo verbale è l'unico di cui veramente mi fido. *Nomina sunt consequentia rerum*? È vero il contrario, invece, e le cose sono invenzioni e sogni, e le parole epittafi di sogni».

dall'instaurazione di una connessione semantica necessaria tra 'nomi' e 'cose' ('segni verbali' e 'oggetti semiotici', seguendo una terminologia invalsa nella semiotica moderna).⁷

Segnando i confini della nostra indagine, ciò che ci proponiamo specificamente di rintracciare in questa sede non è tanto la fonte⁸ quanto il significato e la portata, nell'ambito delle Istituzioni di Giustiniano, della porzione di testo che ha dato origine alla regola (in-

⁷ Sul punto, Tommaso d'Aquino, riprendendo la soluzione concettualista alla *quaestio de universalibus* propugnata da Abelardo, aveva, com'è noto, sostenuto che «Nomina enim non sequuntur modum essendi qui est in rebus, sed modum essendi secundum quod in cognitione nostra est» (Thomas Aq., *summ. theol.* I, Q. 13, a. 9, che citiamo da S. Tommaso D'Aquino. *La Somma Teologica. Prima parte*, I, Bologna 2014, 173). Circa il nesso inscindibile tra cose e nomi nella storia del linguaggio, ancora fondamentale, a nostro avviso, è il saggio di M. FOUCAULT, *Les Mots et les Choses. Une archéologie des sciences humaines*, Paris 1966, *passim* (110 s. *infra* per la citazione), che bene rileva «le caractère représentatif du langage» e «le fait qu'il ait son lieu dans la pensée, et que le seul mot qui puisse franchir la limite des signes et les fonder en vérité, n'atteigne jamais que la représentation elle-même». La connessione semantica necessaria nomi-oggetti è sottesa anche al problema della limitatezza dei primi rispetto ai secondi, cui consegue la constatazione che un solo nome può essere impiegato per designare più oggetti (vale a dire, più *conceptiones*, seguendo il pensiero tomista). A tal proposito già Aristotele (*de soph. elench.* 165a.10-12) aveva avuto modo di notare che «τὰ μὲν γὰρ ὀνόματα πεπερανται καὶ τὸ τῶν λόγων πλῆθος, τὰ δὲ πράγματα τὸν ἀριθμὸν ἄπειρά ἐστιν. Ἀναγκαῖον οὖν πλείω τὸν αὐτὸν λόγον καὶ τοῦνομα τὸ ἐν σημαίνειν» ('infatti i nomi e la quantità dei discorsi sono limitati, invece le cose sono infinite di numero. Pertanto è necessario che il medesimo discorso e l'unico nome significhino più cose', così in Aristotele. *Le confutazioni sofistiche*², tr. it. di M. ZANATTA, Milano 2000, 121). Non è inopportuno, a nostro avviso, ricordare che di tale passaggio del pensiero aristotelico può scorgersi un'eco in alcuni frammenti ulpiane traditi nei *Digesta Iustiniani*. Ci riferiamo, ad esempio, a D. 19.5.4 (Ulp. 30 *ad Sab.*): *Natura enim rerum conditum est, ut plura sint negotia quam vocabula* e alla chiusa di D. 30.4 pr. (Ulp. 5 *ad Sab.*): *... rerum enim vocabula immutabilia sunt, hominum mutabilia*. Sui passi rinviando, tra i tanti, almeno a P. FREZZA, *La cultura di Ulpiano*, in SDHI 34, 1968, spec. 372; D. NÖRR, *Pomponius oder "Zum Geschichtsverständnis der römischen Juristen"* (in ANRW II.15, Berlin-New York 1976), che citiamo dalla più recente traduzione in lingua italiana curata da M.A. FINO e E. STOLFI, in RDR II, 2002, 236 nt. 430; G. LANATA, *Legislazione e natura nelle novelle giustinianee*, Napoli 1984, 217 (cenni); A. MANTELLO, *Le 'classi nominali' per i giuristi romani. Il caso d'Ulpiano*, in SDHI 61, 1995, 235 ss., 244 e nt. 71; A. GUZMÁN, *El 'communis usus loquendi' en el derecho romano*, in SDHI 39, 1997, spec. 432 ss., 434 nt. 73 sull'inciso oggetto della nostra disamina riportato in I. 2.7.3 riguardo al quale l'A. si limita ad affermare che «No obstante parecer inspirado en un naturalismo lingüístico, de sabor estoico, su carácter tardío nada nos dice para la época clásica, aunque haya tenido mucha influencia en la Edad Media»; A. SCHIAVONE, *Giuristi e Principe nelle Istituzioni di Ulpiano. Un'esegesi*, in SDHI 69, 2003, 21 nt. 43; A. CUSMÀ PICCIONE, *D. 45.1.1.6 (Ulp. 48 ad Sab.) cit.*, 405 ss., con altra letteratura ivi citata nelle note alla quale rinviando.

⁸ Sebbene si muova su un campo meramente ipotetico, di un certo interesse (e, dunque, meritevole di ulteriori approfondimenti al fine di rintracciare indizi che ne avvalorino l'eventuale fondatezza) ci sembra l'ipotesi avanzata, in via incidentale, da A. PAGLIARO, *Nuovi saggi di critica semantica*² cit., 242 nt. 9, circa le probabili suggestioni speculative sottese all'inciso in esame. L'A. rileva, in proposito, la sussistenza di una «concordanza formale» tra la formulazione dell'inciso riferito in I. 2.7.3 ed un passaggio del trattato confutatorio di Gregorio di Nissa, *contra Eunomium*, nel quale si dà conto della posizione di Eunomio circa il rapporto tra nomi e cose, ed in particolare dell'idea che vi fosse esatta congruenza fra i primi e le seconde, in quanto i nomi erano stati imposti da Dio per significare l'essenza delle cose: «... τῶν δὲ προσηγοριῶν προσφυῶς τοῖς πράγμασιν ἐφηρμοσμένων, καθὼς πολλὰ καὶ διορίσατο» [I. III, vol. II, p. 292, 6 (ed. W. JAEGER)]. Ciò nonostante, per Pagliaro, in I. 2.7.3 «il principio non ha più la precisa validità dialettica che ha in Eunomio». Aggiungiamo (anticipando i risultati della nostra indagine) che, a nostro avviso, il significato della porzione di testo riportato in I. 2.7.3, oggetto di disamina, non sembra avere nella trattazione del manuale imperiale alcuna connotazione filosofico-speculativa (v. *infra*, § 3), a differenza della portata della massima da esso presumibilmente derivata «*nomina sunt consequentia rerum*».

vero, non meramente giuridica nelle sue successive applicazioni) ‘*nomina sunt consequentia rerum*’, vale a dire ‘*nos ... consequentia nomina rebus esse studentes*’ – nella sua formulazione completa, che è bene da subito ricordare, dato che, gli intenti in essa espressi, pur se a nostro avviso differenti,⁹ sono posti in correlazione dagli stessi compilatori, ‘*nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes constituimus ...*’.

Nella letteratura romanistica, la porzione di testo in esame è stata intesa, per lo più, alla stregua di una ‘giustificazione teorica’ della riforma giustiniana in tema di donazioni nuziali,¹⁰ riforma sulla quale tra breve ci soffermeremo.¹¹ Tuttavia, da quel che siamo riusciti ad appurare, non ci si è chiesti se questa debba intendersi soltanto come un’osservazione incidentale di natura speculativa oppure se, nel manuale imperiale, la stessa abbia rilevanza anche su un piano prettamente giuridico. Proprio al fine di tentare di suggerire una plausibile risposta a tale quesito, sono scaturite queste brevi pagine.

2. Dalla lettura congiunta della legislazione trädita nel *Codex repetitae praelectionis* (e, in particolare di due note costituzioni poste, l’una di seguito all’altra, sotto il terzo titolo del quinto libro ‘*De donationibus ante nuptias vel propter nuptias et sponsaliciis*’: 5.3.19 e 5.3.20) e del passaggio del manuale imperiale dal quale è tratto l’inciso oggetto di disamina in queste pagine (collocato in 2.7.3 *sub tit.* ‘*De donationibus*’)¹² si evince che Giustiniano si

⁹ Sulla questione v. *infra*, § 3.

¹⁰ In tal senso si veda, in particolare, G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* (9 luglio 518-1 agosto 527), in SDHI 37, 1971, spec. 155 s. Più di recente su tale aspetto è tornato G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 176 nt. 69; ID., *Brevi note su I. 2, 7, 3: Aspetti della riforma giustiniana della donazione nuziale*, in F.M. D’IPPOLITO (a cura di), *Φιλία. Scritti per Gennaro Franciosi*, III, Napoli 2007, spec. 1475 nt. 5, 1491 ss., ora in *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, spec. 101 nt. 5, 125 ss. (dal quale d’ora innanzi citeremo).

¹¹ *Infra*, § 3.

¹² È appena il caso di ricordare che si tratta di testi dei quali ci si è largamente occupati in letteratura. Su C. 5.3.19, C. 5.3.20 e I. 2.7.3 rinviamo, prescindendo dalle trattazioni manualistiche e senza alcuna pretesa di completezza, principalmente a G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Parte prima. *Il matrimonio romano*, Bologna 1887, rist. Roma 1975, 209 ss.; F. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, Bologna 1892, 91 ss.; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette tradotte ed arricchito di copiose note e confronti col Codice civile del Regno d’Italia già sotto la direzione di F. SERAFINI*, direttori P. COGLIOLO e C. FADDA, XXIII, tradotto ed annotato da R. D’ANCONA, Milano 1898, 855 ss.; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I. *Diritto di famiglia*, Roma 1925, ristampa corretta della I edizione a cura di G. BONFANTE e G. CRIFÒ con l’aggiunta dell’indice delle fonti, Milano 1963, 528 s.; G. SCHERILLO, *Studi sulla donazione nuziale*, II. *Intorno alla donazione nuziale nel diritto romano e nel diritto bizantino*, in RSDI 3, 1930, 78 ss.; G. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano postclassico*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Milano 1935, 384 ss., 393 ss.; L. ANNÉ, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, spec. 344 s., 358; B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III. *La famiglia - Rapporti patrimoniali. Diritto pubblico*, Milano 1954, 354 ss.; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Ius uxorium. El régimen patrimonial de la mujer casada en derecho romano*, Roma-Madrid 1958, 101 ss. (nonché ID., *El patrimonio de la mujer casada en el derecho civil. I - La tradición romanística*, Barcelona 1982, 160); G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 144 ss., 152 ss.; A.S. SCARCELLA, *Il regime patrizio dei lucri vedovili nel diritto giustiniano*, in *Labeo* 39, 1993, 380 ss. (rinviamo all’A. per l’ulteriore ampia bibliografia sull’istituto della donazione nuziale riportata a p. 365 s. nt. 1); P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, spec. 169 ss., 219 ss., 227 ss.; G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., 99 ss., con bibl. essenziale citata alle ntt. 1, 9, 20 [dello studioso v. anche, tra i suoi precedenti lavori, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane*, in *BIDR* 92-93, 1989-1990, 332 s.

è adoperato per tentare di dare una «fisionomia definitiva» all'istituto della donazione nuziale «sia riassumendo o innovando le disposizioni dei suoi predecessori, sia riformando di suo capo». ¹³ Muoviamo, dunque, da I. 2.7.3, ove è tracciato un rapido quadro storico delle vicende che riguardano tale *genus donationis*: ¹⁴

I. 2.7.3 *Est et aliud genus inter vivos donationum, quod veteribus quidem prudentibus penitus erat incognitum, postea autem a iunioribus divis principibus introductum est, quod ante nuptias vocabatur et tacitam in se condicionem habebat, ut tunc ratum esset, cum matrimonium fuerit insecutum: ideoque ante nuptias appellabatur, quod ante matrimonium efficiebatur et nusquam post nuptias celebratas talis donatio procedebat. sed primus quidem divus Iustinus pater noster, cum augeri dotes et post nuptias fuerat permissum, si quid tale evenit, etiam ante nuptias donationem augeri et constante matrimonio sua constitutione permisit: sed tamen nomen inconveniens remanebat, cum ante nuptias quidem vocabatur, post nuptias autem tale accipiebat incrementum. sed nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes constituimus, ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur et dotibus in hoc exaequantur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solo augmentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecendant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituentur.* ¹⁵

e nt. 9, 335 s. e ivi ntt. 15 e 16, ora in *Contributi di diritto giustiniano* cit., 51 e nt. 9, 54 s. ntt. 14-15 con ult. bibl. (dal quale ora innanzi citeremo); *La legislazione imperiale* cit., 173 ss., 597 s.; *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 2004, 23 s. nt. 38].

¹³ Così, tra i tanti, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I cit., 528. Si tratta di un tentativo che non si riuscì ad attuare nella compilazione, la quale fu «una legislazione a carattere frammentario ed inorganico, dettata secondo motivi contingenti, come riconoscerà Giustiniano stesso» [cfr. Nov. 97 pr. (a. 539)]. In tal senso v. G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 156 s. Non è un caso, dunque, che si ravvisi un'ampia trattazione dell'istituto anche nella produzione novellare, che si presenta anch'essa copiosa, specie nell'arco temporale che va dal 535 al 539 d.C., nel corso del quale Giustiniano promulga quindici costituzioni che riguardano l'istituto della donazione nuziale, delle quali la metà sono emanate nel 539 d.C., costituendo, come è stato sul punto segnalato, «quasi un terzo della produzione normativa di quell'anno». Così S. TAROZZI, *Il regime della donazione nuziale nelle Novelle di Giustiniano in caso di scioglimento del matrimonio per morte del marito*, in A. PALMA (a cura di), *Scritti in onore di Generoso Melillo*, III, Napoli 2009, 1385 s.

¹⁴ Il brano è d'intera fattura compilatoria. Cfr. sul punto, per tutti, 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, 364. L'andamento enfatico del testo, da più parti sottolineato, nonché la prosa e il lessico impiegati deporrebbero a favore dell'ipotesi, sostenuta in letteratura, che sia Triboniano l'autore di I. 2.7.3, così come, probabilmente, di tutti quei luoghi del manuale imperiale che danno conto degli aggiornamenti legislativi postclassico-giustiniane. Per tale ruolo di Triboniano nella composizione delle Istituzioni imperiali v., specialmente, T. HONORÉ, *Tribonian*, London 1978, 189 ss.; G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in AUPA 45.1, 1998, 230 ss. (specificamente sull'attribuzione di I. 2.7.3 alla mano di Triboniano, 242, 246, 265 nt. 91, 290 ntt. 176-177, 291 ntt. 178-180, 291 nt. 182, 292 nt. 189, 298 nt. 214), seguito da M. VARVARO, *Lo stile di Triboniano e la compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in SDHI 68, 2002, 319 ss., che alle «conclusioni prospettate da Falcone, già di per sé convincenti» aggiunge ulteriori indizi desumibili da analisi stilistiche e lessicali condotte «fra i brani di I. in cui sono riferite le riforme legislative da un lato, e le costituzioni imperiali più recenti dall'altro» (ID., *op. cit.*, 322).

¹⁵ Si legga, a tal proposito, anche il corrispondente passaggio della Parafrasi greca alle Istituzioni giustiniane che citiamo, seguendo sul punto la restituzione di J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE,

Come non si è mancato di rilevare in letteratura, possono individuarsi all'interno del brano tre differenti sezioni: nella prima si traccia, per grandi linee, la storia della *donatio ante nuptias*; nella seconda si accenna all'intervento innovativo di Giustino; nella terza, si espone la riforma giustiniana.¹⁶

Nell'esordio, viene ricordato che la donazione nuziale era un *genus donationum inter vi-*

N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum, with a translation by A.F. MURISON*, Groningen 2010, 264 ss., del cui raffronto con I. 2.7.3 daremo, di volta in volta, conto nelle note del contributo: PT. 2.7.3 Ἔστι καὶ ἕτερον εἶδος τῆς INTER UIUOS δωρεᾶς, ὃ τοῖς μὲν νομικοῖς ἄγνωστον ἦν, διατάξεις δὲ βασιλικαὶ τῶν νομικῶν νεώτεραι ταύτην ἐκαινοτόμησαν. λέγεται δὲ αὕτη πρὸ γάμου δωρεὰ. ποιεῖται δὲ ταύτην ὁ μνηστὴρ εἰς τὴν μνηστήν, σιωπηρὰν ἔχουσαν αἴρεσιν ἐν ἑαυτῇ ὥστε τότε τὸ κύρος ἔχειν αὐτὴν ἥνικα παρακολουθήσωσιν οἱ γάμοι. ὠνόμασται δὲ «πρὸ γάμου δωρεὰ» διὰ τὸ πρὸ τῆς συστάσεως τοῦ συνοικεσίου γίνεσθαι αὐτήν, οὐδέποτε δὲ μετὰ τὸν γάμον. καθόλου γὰρ πᾶσα δωρεὰ ἐν συνεστώτῃ τῷ γάμῳ γινομένη μεταξὺ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἀπηγόρευται. ἀλλὰ γέγονε διάταξις τοῦ τῆς θείας λήξεως Ἰουστίνου ἐπιτρέπουσα, ὥσπερ ἐκ τῶν παλαιῶν νομικῶν ἔξεστιν ἐν συνεστώτῃ τῷ γάμῳ αὔξειν τὴν προῖκα, καὶ εἰ συμβῇ νομισμάτων ἐπιδοθῆναι προῖκα ἑκατόν, ἡδύνατο καὶ μετὰ χρόνον τῆς συστάσεως ἢ γυνὴ αὔξειν ἢ γονεὶς ἐπιδοῦναι ἄλλα ὅσα ἡβούλετο χρήματα καὶ πλείονα ποιῆσαι τὴν προῖκα καὶ δωρεὰν οὐδεὶς ἐκάλει τὸ τοιοῦτον, ὡσαύτως καὶ τὴν πρὸ γάμου δωρεὰν δύνασθαι τὸν ἄνδρα μείζονα ποιεῖν. καὶ τοῦ ἐνὸς αὔξοντος μέρους ἐπέτρεψεν ἐξεῖναι καὶ τῷ ἑτέρῳ τὰ αὐτὰ πράττειν. ἀλλ' ἐπεὶ ταῦτα μὲν ἡβούλετο ἡ διάταξις, τὸ δὲ τῆς πρὸ γάμου δωρεᾶς ὄνομα ἦν τοῖς γινομένοις ἀσύμφωνον (ἐλέγετο γὰρ πρὸ γάμου ἢ μετὰ γάμον γινομένη), ὁ εὐσεβέστατος ἡμῶν βασιλεὺς ἀνελλιπείας τὰς νομοθεσίας εἶναι βουλόμενος καὶ πρόσφορα τὰ ὀνόματα τοῖς πράγμασι σπουδάζων εἶναι, διετύπωσε τὰς τοιαύτας δωρεὰς μὴ μόνον αὔξεσθαι συνεστώτος τοῦ γάμου, ἀλλὰ καὶ λαμβάνειν ἀρχήν· εἰ γὰρ συνήφθην ἐγὼ γυναικὶ πρὸς γάμον οὐ ποιησάμενος εἰς αὐτὴν πρὸ γάμου δωρεάν, ἢ διὰ πενίαν τυχὸν ἢ καὶ ἑτέραν αἰτίαν, νῦν δὲ συστήσασθαι βούλομαι, ἀκόλυτον εἶναι μοι τὸ πρᾶγμα, οὐκέτι πρὸ γάμου δωρεὰν ἀλλὰ διὰ γάμους δωρεὰν ταύτην καλεῖσθαι θεσπίσας. ἐξιουσῶ τοῖνυν ἢ πρὸ γάμου δωρεὰ τῇ προικιδίᾳ τούτων· καὶ ὥσπερ οὐ μόνον αὔξειν ἀλλὰ καὶ ἐπιδιδόναι προῖκα μετὰ σύστασιν γάμου δυνατόν, οὕτω καὶ αἱ διὰ γάμους γινόμεναι δωρεαὶ μὴ μόνον προηγείσθωσαν τῶν γάμων, ἀλλὰ καὶ μετὰ σύστασιν αὐτῶν καὶ ἐκ μέρους γινέσθωσαν καὶ ἀρχὴν δεχέσθωσαν; Murison: There is also another kind of gift *inter vivos*, which was unknown to the jurists, being introduced by imperial constitutions subsequently to their times. This is called prenuptial gift: it is made by the bridegroom to the bride, and it implies a tacit condition that it shall have validity the moment the marriage takes place. It was called pre-nuptial from being made before the marriage was celebrated, never after the marriage. For absolutely every gift made between husband and wife while the marriage lasted is prohibited. But there was issued a constitution of Iustinus of divine memory, permitting that, as according to the jurists of the olden time the dowry might be increased during the marriage, and if, say, 100 *solidi* had been given by way of dowry, it was open to the wife, even after the marriage had taken place, to give a further sum of money to such amount as she chose and so to increase the dowry, and no one called such a proceeding a gift, in like manner the husband should be able to increase the prenuptial gift; and where one party made an increase, he permitted liberty to the other party to do likewise. Such being the provision of the constitution, and the name of the prenuptial gift being out of correspondence with the facts, as a gift that was made after marriage was called prenuptial, our most pious Emperor, desiring that the laws should be free from imperfection and taking care that the names should be in correspondence with the facts, enacted that such gifts should not only be increased, but also be made originally, after marriage had taken place. For if I married a woman without making her an ante-nuptial gift, either by reason of poverty, it might be, or for some other cause, and now desire to make one, by the Emperor's enactment there is no obstacle to my doing so, and the gift is called no longer prenuptial (*ante nuptias*), but simply nuptial (*propter nuptias*). By these provisions, then, the prenuptial gift is to stand on the same footing with the dowry; and, as a dowry can be not only increased but also settled after the celebration of the marriage, so also nuptial gifts are not only to precede the marriage but also both to be made in part and to be originally settled after the celebration of it.

¹⁶ In tal senso, P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 221, da cui citiamo.

vos di certa origine postclassica: completamente sconosciuto agli antichi giureconsulti, ed 'introdotto', successivamente, 'a iunioribus divis principibus'.¹⁷ Si spiega, quindi, che l'istituto deriva la denominazione di 'donatio ante nuptias' dalla circostanza che 'ante matrimonium efficiebatur et nusquam post nuptias'¹⁸ celebratas talis donatio procedebat¹⁹ e si precisa, altresì, che la sua validità è tacitamente condizionata al fatto che il matrimonio avesse effettivamente avuto sèguito.²⁰

L'esposizione di I. 2.7.3 procede con il riferimento a una costituzione attribuita all'imperatore Giustino, il quale avrebbe, per primo, permesso che la donazione nuziale potesse essere accresciuta, dopo la conclusione delle nozze, nel caso in cui si fosse verificato anche un aumento della dote in costanza di matrimonio. Si avverte, però, nel prosieguo della trattazione istituzionale, che, a detta dei redattori delle Istituzioni, vi è un'incongruenza nella citata disposizione, poiché 'nomen inconueniens remanebat', dato che si seguiva a chiamare 'prima delle nozze' un istituto per il quale si ammetteva il sopramenzionato incremento 'dopo le nozze'.

Infine, nell'ultima porzione di testo si dà conto del contenuto della riforma giustiniana-

¹⁷ Di un certo interesse è l'impiego in PT. 2.7.3 del verbo 'καίνοτομέω', che potrebbe avvalorare l'ipotesi «secondo cui la legislazione imperiale si sarebbe limitata a riconoscere e a regolamentare un istituto che si era in precedenza sviluppato nella pratica». Cfr. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., 172 nt. 65. Che si tratti di un istituto sorto in epoca postclassica sarebbe avvalorato dalla circostanza che le fonti romane antecedenti al IV sec. d.C. non accennano mai ad essa. Così G. VISMARA, *La donazione nuziale* cit., 393. Circa il problema delle origini e delle funzioni di tale istituto, uno dei «più oscuri e controversi del diritto postclassico» [citiamo sul punto da L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (Materiali)*, a cura di G. FALCONE, *Annali del Seminario giuridico dell'Università di Palermo*, (a cura di), Collana *Fonti* - 4, Torino 2018, 250] rinviando alla letteratura più antica che se ne è occupata, ricordata da G. BRINI, *Matrimonio e divorzio nel diritto romano*, Parte prima. *Il matrimonio romano* cit., 208 nt. 1, cui adde almeno quella riferita da G. LUCHETTI, *op. cit.*, 172 nt. 65 (nonché ID., *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., 100 nt. 2) e da L. CHIAZZESE, *op. cit.*, 250. Segnaliamo, infine, che in PT. 2.7.3 si registra sul punto anche un'ulteriore divergenza rispetto a I. 2.7.3. L'aggettivo 'iunioribus', che in I. 2.7.3 è inteso come comparativo assoluto, indicherebbe nella trasposizione di PT. 2.7.3 «una comparazione cronologica con i prudentes»: 'διατάξεις δὲ βασιλικαὶ τῷ ν ν ο μ ι κ ῶ ν νεώτεραι'. Così G. FALCONE, *Il metodo di compilazione* cit., 246. Sul problema dell'individuazione dei 'iuniores divi principes' rinviando, in particolare, a P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., spec. 106 s., 221 ss., con bibl. ivi citata e discussa alle ntt. 10, 11, 18.

¹⁸ Incidentalmente, si noti che i termini 'post nuptias' alludono, qui, a un momento che segue la costituzione del matrimonio e non a un periodo successivo al suo scioglimento. La locuzione subisce un'evoluzione dall'età classica a quella postclassica «en relación con el cambio en concepción del matrimonio, que pasa, de ser una situación durativa, a ser un negocio convecional constitutivo del vínculo conyugal». Il sintagma equivale, dunque, «a) en los clásicos, a *post nuptias solutas*; b) en los postclásicos, a *post nuptias contractas*». A riguardo v. A. D'ORS, «*Post nuptias*», in *Eranion in honorem Georgii S. Maridakis*, I. *Historia iuris*, Atene 1963, 15 ss.

¹⁹ In PT. 2.7.3 si integra opportunamente tale passaggio dell'esposizione di I. 2.7.3 aggiungendo che 'καθόλου γὰρ πᾶσα δωρεὰ ἐν συνεστῶτι τῷ γάμῳ γινομένη μεταξύ ἀνδρὸς καὶ γυναικὸς ἀπηγόρευται'. Nel prosieguo della trattazione, il Parafraste introduce le innovazioni introdotte sotto Giustino, sottolineando che anche esse non si ponevano in contraddizione con l'antico divieto di donazione tra i coniugi «in quanto tale divieto mai era stato ritenuto operante nel caso di aumento (o ... costituzione) di dote in costanza di matrimonio (e quindi altrettanto si sarebbe potuto ritenere per la *donatio*, considerata una semplice controdote)» Cfr. G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., 106 nt. 17.

²⁰ Sulla condizione tacita richiami bibliografici essenziali sono menzionati da P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 221 nt. 8 e da G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., 100 nt. 3.

nea in materia. Tralasciando per il momento il significato e il valore dell'inciso oggetto della nostra disamina, sul quale tra breve torneremo, i compilatori, muovendo da un evidente parallelismo tra dote e donazione nuziale,²¹ spiegano che Giustiniano avrebbe sancito che tali donazioni potessero essere non solo aumentate (come avrebbe già statuito Giustino), ma anche costituite in costanza di matrimonio e che queste ultime non si sarebbero più chiamate 'prima delle nozze' bensì 'per le nozze', e, da ultimo, che avrebbero dovuto del tutto 'equipararsi' alle doti, quanto al regime, poiché, allo stesso modo in cui le doti non solo si accrescono ma anche si realizzano *ex novo* in costanza di matrimonio, così pure queste donazioni, introdotte 'per le nozze', non solo precedono il matrimonio, ma anche, una volta che questo è stato contratto, e si aumentano e si costituiscono.

Orbene, com'è stato convincentemente dimostrato in letteratura, la ricostruzione, fornita dai compilatori del manuale imperiale, che pone una stretta connessione tra le innovazioni in materia, introdotte dai due imperatori, presentandole all'interno di un disegno coerente e unitario – quasi come se esse fossero «momenti successivi di una stessa riforma, iniziata da Giustino e portata a compimento da Giustiniano»²² e «si ponessero tra loro in un rapporto di sostanziale continuità»²³ – non trova, invero, perfetta corrispondenza se sottoposta a confronto con i testi delle due costituzioni così come tramandati, l'uno di seguito all'altro, in C. 5.3.19 e 5.3.20. Ciò si ricava, anzitutto, dal contenuto di C. 5.3.19, che non sarà oggetto di nostre considerazioni perché la sua esegesi, con i molti e noti problemi che essa pone, esula dal campo circoscritto della nostra indagine, se non per i delimitati profili che ci accingiamo subito a mostrare.²⁴ A tal proposito, basti sul punto ricordare che l'esposizione di C. 5.3.19, nella restituzione del codice, si presenta ben più ampia e articolata di quanto non emerga dal quadro istituzionale poc'anzi delineato, ponendosi la costituzione in questione come «un'attuazione, *ante litteram*, della riforma giustiniana» con la quale «gli ostacoli normativi e teorici che impedivano la costituzione della *donatio a.n.* dopo il matrimonio, sono qui già superati».²⁵ Ciò può dedursi già dalla lettura delle prime battute dell'articolato testo:

C. 5.3.19 pr.-1 [pr.] IMP. IUSTINUS A. ARCHELAO PP. *Si constante matrimonio consilium augendae dotis inierit vel uxor forte vel eius nomine quilibet alius, nihilo minus marito quoque liceat seu pro marito cuilibet alii tanto donationem ante nuptias additamento maiorem facere, quanto dotis augetur titulus, nec obsit in huiusmodi munificentis interdictas esse liberalitates tempore nuptiarum: indulgendum est namque consensui communi partium, ne, cum negetur*

²¹ Depone, in tal senso, l'impiego del verbo '*exaequo*' (ἐξίσόω) in PT. 2.7.3).

²² In tal senso, G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 152 (per la citazione), 155 s.

²³ Cfr. sul punto da G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., *passim*, 102 (per la citazione).

²⁴ Su C. 5.3.19 rinviamo alla bibliografia essenziale *retro* citata alla nt. 12.

²⁵ Così, in proposito, specialmente G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 144 ss., in part. 152 s., 158; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 172 s. e ntt. 24, 25; G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., spec. 105 s. e ntt. 15, 16, 17. Anzitutto, a differenza di quanto può leggersi nella sintesi compiuta in I. 2.7.3, l'aumento dell'entità della donazione, dopo la conclusione delle nozze, si ammette solo nel caso in cui fosse avvenuto un *equivalente* aumento della dote in costanza di matrimonio (C. 5.3.19 pr.). Inoltre si prevede, in aggiunta, la possibilità di costituire *ex novo*, dopo le nozze, la *donatio*, sebbene in un caso particolare e comunque nel rispetto di certi limiti (C. 5.3.19.1), ed è in effetti proprio per tale ragione che in I. 2.7.3 «si poteva porre la questione della contraddittorietà di chiamare *ante nuptias* una donazione che poteva appunto costituirsi, a determinate condizioni, anche dopo il matrimonio» (cfr. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., 173 nt. 67).

augendae potestas donationis, dotis etiam pigrius constituatur augmentum. [1.] Idemque licere praecipimus etiam in his matrimoniis, in quibus interdum accidit ante nuptias quidem donationem nullam esse, solam vero dotem marito mulierem obtulisse, ut etiam tunc muliere dotem augente liceat marito quoque donationem in uxorem suam eiusdem quantitatis facere, quantum aucta dos continere dignoscitur... (aprile-luglio 527?).²⁶

Che manchi, del tutto, una visione unitaria da parte delle cancellerie alle quali si attribuiscono le due distinte discipline si evincerebbe, del resto, anche dall'*incipit* di C. 5.3.20, un lungo brano che giova riportare nella sua interezza, affinché se ne possa cogliere il contesto espositivo, sul quale tra breve ci soffermeremo per analizzare le porzioni di testo che rilevano ai fini dell'indagine sul significato dell'inciso riportato in I. 2.7.3:

C. 5.3.20²⁷ [pr.] IMP. IUSTINIANUS A. IOHANNI PP. *Cum multae nobis interpellationes*

²⁶ Affinché si possa avere contezza dell'articolato contenuto di C. 5.3.19, riportiamo qui di seguito anche il prosieguo della trattazione ivi svolta: [1.] ... *pactis videlicet de redhibitione vel retentione auctae dotis vel donationis, prout partes consenserint, pro iam statuto modo ineundis sive iniungendis veteribus pactis, quae initio nuptiarum de ante nuptias donatione et dote principaliter constituenda inita sunt.* [2.] *Iura etiam hypothecarum, quae in augenda dote vel donatione fuerint, ex eo tempore initium accipiant, ex quo eadem hypothecae contractae sunt, et non ad priores dotis vel ante nuptias donationis tempora referantur.* [3.] *Sed et si e contrario maritus et uxor ad deminuendam dotem et ante nuptias donationem consenserint, licere eis ad similitudinem deminutionis quae in dote fit etiam ante nuptias minuere donationem, ut pacta de amborum deminutionibus ineunda firma et legitima esse intellegantur: exceptis videlicet his casibus, in quibus aut maritus ex priore matrimonio liberos habens ad secundas migraverit nuptias, aut uxor similiter ex anteriore matrimonio liberis ei existentibus secundo marito se iunxerit. in hoc enim secundo matrimonio vel a parte mariti vel a parte mulieris vel ab utraque, si hoc etiam evenierit, interdictam esse deminutionem dotis et ante nuptias donationis, ne aliquid adversus filios prioris matrimonii machinari videatur, censemus.*

La costituzione è priva di *subscriptio*, per cui si pone un problema circa la datazione della stessa. Il destinatario, riportato nell'*inscriptio*, è Archelao, la cui prefettura *per orientem* è attestata dal 21 agosto del 534 (cfr. C. 2.7.27) al 1° dicembre del 525 (cfr. C. 7.39.3), ma si è ipotizzato che quest'ultima possa essersi protratta sino al giugno del 527 (cfr. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., 174 s. nt. 68). In letteratura, si è dibattuto circa l'attribuzione della stessa al solo Giustino o al periodo della correggenza con Giustiniano (aprile-luglio 527). Sulla questione v., in particolare, diversamente tra loro, G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 144 ss., che propende per il primo orientamento; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., 174 s. nt. 68 nonché ID., *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., 103 s. e nt. 10 e 12, più incline a sostenere il secondo, sebbene in via dubitativa, dato che non sarebbe affatto irragionevole ipotizzare che «i compilatori, non volendo attribuire anche al loro imperatore il mantenimento del “nomen inconveniens” di *donatio ante nuptias*, abbiano preferito attribuire alla legislazione del solo Giustino l'incongruenza rilevata e assegnare piuttosto a Giustiniano il merito della successiva razionalizzazione» (ID., *op. cit.*, 104). In proposito, si è anche sostenuto che la denominazione di '*donatio propter nuptias*' – che, stando a quanto si legge in I. 2.7.3 nonché in C. 5.3.20 (*supra* riportato nel testo), è stata creata dalla cancelleria giustiniana – preceda invece di qualche anno l'insediamento al trono di Giustiniano e risalga «al tempo in cui il grande legislatore faceva le sue prove presso lo zio e predecessore Giustino I». Così V. ARANGIO RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*², Napoli 1927, 423. Ulteriori dubbi sono stati posti circa la questione se il testo di C. 5.3.19 sia stato interpolato dai compilatori del *Codex repetitae praelectionis*. G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 144 ss. ha suggerito, sulla scorta di alcuni dati desumibili da Nov. 97.2, che il nucleo centrale di tale legge sia effettivamente da attribuirsi alla cancelleria che operò sotto Giustino ma che alcune parti della stessa riproducano un'altra costituzione del periodo di Giustiniano, che è stata per l'appunto trasfusa in C. 5.3.19.

²⁷ Si noti che C. 5.3.20 (insieme a C. 5.3.19) non trova alcuna corrispondenza nei Basilici dato che il suo contenuto è sostituito da Nov. 97 (a. 539), che occupa interamente Bas. 29.2 (Ἐπεὶ ἐπαυξήσεως

factae sunt adversus maritos, qui decipiendo suas uxores faciebant donationes, quas ante nuptias antiquitas nominavit, insinuare autem eas actis intervenientibus supersedebant, ut ineffectae maneant et ipsi quidem commoda dotis lucrentur, uxores autem sine nuptiali remedio relinquuntur, sancimus nomine prius emendato ita rem corrigi et non ante nuptias donationem eam vocari, sed propter nuptias donationem. [1.] Quare enim dotem quidem et constante matrimonio mulier marito dare conceditur, donationem autem marito nisi ante nuptias facere non permittitur? et quae huius rei differentia rationabilis potest inveniri, cum melius erat mulieribus propter fragilitatem sexus quam maribus subveniri? [2.] Sicut enim dos propter nuptias fit et sine nuptiis quidem nulla dos intellegitur, sine dote autem nuptiae possunt celebrari, ita et in donationibus, quas mariti faciunt vel pro his alii, debet esse aperta licentia et constante matrimonio talem donationem facere, quae quasi antiphrasa possit intellegi et non simplex donatio. ideo enim et antiqui iuris conditores inter donationes etiam dotes connumerant. [3.] Si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio, quare non etiam ea simili modo et matrimonio contracto dabitur? [4.] Sancimus itaque omnes licentiam habere sive priusquam matrimonia contraxerint sive postea donationes mulieribus dare propter dotis dationem, ut non simplices donationes intellegantur, sed propter dotem et propter nuptias factae. simplices etenim donationes non propter nuptias fiunt, sed propter nuptias vetitae sunt: et propter alias causas et libidinem forsitan vel unius partis egestatem, non propter ipsam nuptiarum adfectionem efficiuntur. [5.] Si igitur dote iam praestita maritus nulla ante nuptias facta donatione donare mulieri res maluerit, ita tamen, ut dotis quantitatem non excedant, et hoc ipsum significaverit, quod non simplicem faciat donationem, sed propter dotem iam conscriptam et ipse ad donationem venerit, licebit ei hoc facere et supponatur pactis dotalibus huiusmodi donatio. et si quidem hoc fuerit specialiter expressum, pacta conventa servari oportet. [6.] Sin autem donatio quidem talis facta sit, utpote autem dotali instrumento antecedente nulla pacta tali donationi post nuptias inserantur, re ipsa videatur esse hoc pactum, et secundum dotalia conventiones intellegantur et in tali donatione pacta fuisse conventa, ut aequis passibus utraque ambulet tam dos quam donatio. [7.] Ita tamen, ut Leoniana constitutio, quae super exaequatione pactionum loquitur non in quantitate, sed in partibus, maneat in his casibus intacta, et non solum ea immutata custodiatur, sed etiam nostra, quam de interpretatione eius fecimus ambiguitatem eius tollentes: disparibus etenim pactionibus factis maiorem lucri partem ad minorem deducendam esse censemus, ut eodem modo uterque minorem partem lucretur. [8.] Similique modo si facta quidem fuerit talis donatio, quae antea quidem ante nuptias vocabatur, nunc autem propter nuptias, non autem ante nuptias fuerit actis intervenientibus insinuata, licebit et constante matrimonio eam insinuare, nullo obstaculo penitus ex nuptiarum interventu faciendo: si enim fieri eas post nuptias concedatur, multo magis insinuari. [9.] Similique modo et ea constitutio, quam pro augendis tam dotibus quam ante nuptias donationibus fecimus, intacta illabataque conservetur: omnibus videlicet, quae de simplicibus donationibus inter maritum et uxorem constante matrimonio vel a veteribus vel a nobis statuta sunt, in suo robore duraturis [a. 533?].²⁸

προικός καὶ πρό γάμου δωρεάς καὶ προνομίων αὐτῶν'). Si legga, al riguardo, Sch. 4 *ad* Bas. 29.2.1 (BS. V, 2116, ed. Scheltema et alii): 'Εν τῇ ιθ'. καὶ κ'. διατ. τοῦ γ'. tit. τοῦ ε'. βιβ. τοῦ Κωδ. Ἐξελήφθη δὲ ὁ τοιοῦτος τίτλος ἐν βιβ. κη'. τῶν Βασιλικῶν tit. γ'. αἱ δὲ τοιαῦται διατάξεις παρελείφθησαν ὡς ἀρκοῦσης, οἶμαι, ταύτης τῆς νεαρᾶς [Sch. 1 in Hb. (III, 460): In constitutione 19. et 20. tit. 3 lib. 5 Codicis. Receptus autem est hic titulus in lib. 28. Basilicorum, tit. 3. Praetermissae autem sunt hae constitutiones quod, ut arbitror, haec Novella sufficeret].

²⁸ C. 5.3.20 è priva di *subscriptio* e pone, pertanto, anch'essa problemi circa la datazione. Essendo il provvedimento indirizzato a Giovanni di Cappadocia, il *terminus post quem* della sua emanazione non è presumibilmente anteriore al 20 febbraio del 531 («in quanto in tale data Giuliano rivestiva ancora la

Com'è esplicitato nell'esordio, l'*occasio legis* della riforma appare del tutto autonomo rispetto al contenuto di C. 5.3.19, e altresì indipendente è il percorso argomentativo ivi seguito, sul quale tra non molto torneremo. A ciò si aggiunga che il disposto della costituzione di Giustino non è richiamato dai compilatori di C. 5.3.20 «per valersene come precedente legislativo o argomentazione teorica a giustificazione della riforma»;²⁹ lo stesso è sì citato ma solo, in via incidentale e in chiusura del testo, per confermarne la sua validità,³⁰ insieme ad altre costituzioni ('*vel a veteribus vel a nobis statuta sunt*') concernenti le donazioni semplici tra marito e moglie in costanza di matrimonio.

Alla luce di quanto sinteticamente esposto, è *opinio communis* che alla base dell'interpretazione '*a posteriori*' delle due norme, suggerita dai redattori delle Istituzioni, la quale tende a presentare C. 5.3.19 e 5.3.20 come momenti di un unico e unitario *iter* di riforma, debbano ravvisarsi esigenze di 'sistemazione teorica'. Seguendo, in particolare, l'ipotesi suggerita da Luchetti, sembra «cioè prevalere sulla corretta ricostruzione storica delle vicende normative l'intento propagandistico di presentare Giustiniano come l'artefice di un ordinamento perfetto e privo di sbavature, circostanza questa tra l'altro ben evidenziata», seguendo il ragionamento dello studioso, sia «dalla tendenza dei compilatori di attribuire alla legislazione giustiniana l'innovazione riguardante la possibilità di costituire *ex novo* la *donatio* in costanza di matrimonio, laddove invece tale possibilità era già riconosciuta, a certe condizioni dalla ... costituzione attribuita ... a Giustino», sia «dalla giustificazione teorica dell'intervento giustiniano fornita in I. 2.7.3» ed espresso con i termini '*nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes ...*'.³¹

In effetti – e torniamo, dunque, all'inciso direttamente oggetto della nostra disamina – non si ravvisa alcuna corrispondenza formulare con la porzione di testo in esame nella trattazione svolta dalla cancelleria in C. 5.3.20. Piuttosto, in I. 2.7.3, mediante la sopramenzionata frase, parrebbe offrirsi una differente 'giustificazione' della riforma rispetto a quella, eminentemente pratica, fornita in C. 5.3.20.³² Nel *principium* di quest'ultima, infatti,

carica di prefetto del pretorio come risulta da alcune costituzioni a lui indirizzate», mentre «le prime costituzioni indirizzate a Giovanni di Cappadocia sono invece del 30 aprile»: così, a riguardo, G. LUCHETTI, *Il matrimonio cum scriptis e sine scriptis nelle fonti giuridiche giustiniane* cit., 51 nt. 9). Seguendo sul punto l'orientamento espresso da G. LUCHETTI, *loc. ult. cit.*; ID., *La legislazione imperiale* cit., spec. 176 nt. 70 e spec. ID., *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit. 113 ss. (su cui, dubitativamente, P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 228 nt. 42), il *terminus ante quem* potrebbe individuarsi nel 21 novembre del 533, perché la costituzione è ricordata in I. 2.7.3. Sulla base di rilevanti indizi che emergono dall'impiego della nuova denominazione di '*donatio propter nuptias*' all'interno delle costituzioni tradite nel secondo codice (e del fatto, in particolare, che bisogna attendere C. 5.17.11.1c e 2a, risalente al 17 novembre del 533, per trovare l'impiego della nuova terminologia), sembra, inoltre, ragionevole ritenere che «l'intervento normativo di cui si tratta vada cronologicamente collocato nel 533, in una data probabilmente a ridosso del 21 novembre» (così G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit. 118; ID., *Nuove ricerche sulle Istituzioni* cit., 23 s. nt. 38).

²⁹ Citiamo sul punto da G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 155. A riguardo v. anche G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., 108 nt. 21.

³⁰ Cfr. 5.3.20.9: '*Similique modo et ea constitutio, quam pro augendis tam dotibus quam ante nuptias donationibus fecimus, intacta illabataque conservetur...*'.

³¹ Cfr. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., 173 nt. 67; ID., *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., *passim*, 101 nt. 5, 104 s., 104 nt. 14 (per le citazioni).

³² A riguardo, v. G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., in part. 155 s., per la quale il motivo che i redattori delle Istituzioni imperiali «adducono a giustificazione della riforma giustiniana, del tutto teorico ed estraneo a qualsiasi esigenza pratica, denuncia chiaramente l'origine dottrinale della ricostruzione».

l'*occasio legis* è individuata nelle '*multae interpellationes*' delle mogli avverso l'espedito escogitato dai mariti per impedire il perfezionamento della *donatio ante nuptias* da essi costituita, espedito che consisteva nel far mancare, prima del matrimonio, la relativa *insinuatio*, rendendo così l'atto inefficace.³³ Di tali richieste, dalle quali la riforma avrebbe avuto origine, non si dà, in effetti, conto in I. 2.7.3.

3. Proprio muovendo da tale supposta sfasatura tra C. 5.3.20 e I. 2.7.3, che chiama direttamente in causa la porzione di testo oggetto di questa breve indagine, proviamo a ripercorrere i passaggi della costituzione giustiniana, ponendoli a confronto con la sintesi istituzionale, allo scopo di ricercare se da tale comparazione possa emergere qualche indizio in grado di illuminare il senso dell'inciso '*nos ... consequentia nomina rebus esse studentes*', fermo restando – il che ci pare innegabile – che i redattori del manuale imperiale, sottolineando la prospettiva storica dell'istituto,³⁴ abbiano oscurato la rilevanza della costituzione di Giustino per porre l'accento, di contro, sull'apporto innovatore di quella di Giustiniano, con l'intento, manifestamente propagandistico, di enfatizzare il diritto ufficiale, ed in particolare l'opera di sistemazione teorica realizzata con la compilazione.

Per prima cosa, salta agli occhi, immediatamente, che anche il contenuto di C. 5.3.20 – e non solo, quindi, quello di C. 5.3.19 – è parecchio sintetizzato e semplificato nella riformulazione approntata in I. 2.7.3. È opportuno, al riguardo, notare che, insieme all'*occasio legis* riferita in apertura del *principium*, nella rielaborazione del manuale imperiale, è interamente omissa il contenuto di buona parte del § 4 e, per intero, dei §§ 5-9 di C. 5.3.20, dunque di più della metà del suo testo.

Inoltre, per quanto concerne la rilevanza che si dà in I. 2.7.3 all'aspetto 'nominalistico' della riforma, con l'adozione della terminologia '*donatio propter nuptias*', in luogo di '*donatio ante nuptias*', ci sembra che sul punto i redattori del manuale imperiale siano rimasti fedeli all'esposizione seguita in C. 5.3.20, ove, sin da subito, già nella seconda parte del

³³ A ciò pone, per l'appunto, rimedio la costituzione riconoscendo la facoltà ai mariti di procedere all'*insinuatio* anche nel corso del matrimonio. Cfr. C. 5.3.20.8: *Similique modo si facta quidem fuerit talis donatio, quae antea quidem ante nuptias vocabatur, nunc autem propter nuptias, non autem ante nuptias fuerit actis intervenientibus insinuata, licebit et constante matrimonio eam insinuare, nullo obstaculo penitus ex nuptiarum intervenitu faciendo: si enim fieri eas post nuptias concedatur, multo magis insinuari*. Circa la diffusione di tale prassi v., da ultimo, G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3 cit.*, 109 nt. 22. Sul significato del termine '*insinuatio*', che per alcuni studiosi designerebbe la registrazione degli atti negoziali, per altri, invece, l'intera procedura di costituzione dell'atto negoziale («dalla redazione del documento alla sua verbalizzazione nel registro del funzionario e certificazione»), riferimenti bibliografici essenziali possono rinvenirsi in S. TAROZZI, *Il regime della donazione nuziale cit.*, 1387 nt. 5.

³⁴ Sulla nota impostazione storica del manuale imperiale rinviamo, per un primo orientamento, almeno a F. PRINGSHEIM, *Die archaische Tendenz Justinians*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante*, I, Milano 1929, 551 ss. = *Gesammelte Abhandlungen*, II, Heidelberg 1961, 9 ss.; S. RICCOBONO, *La verità sulle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette. 15 dicembre 530 - 15 dicembre 1930*, Milano 1931, 242 s.; A. BERGER, *Vi sono nei Digesti citazioni interpolate della legge delle dodici tavole? (Intorno alle pretese tendenze arcaiche di Giustiniano riguardo alle Dodici Tavole)*, in *Studi in onore di Salvatore Riccobono nel XL anno del suo insegnamento*, I, Palermo 1936, 585 ss.; M. BIANCHINI, *Appunti su Giustiniano e la sua compilazione*, II, Torino 1983, 81 ss.; R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Bologna 1993, 119; G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale cit.*, in part. VII ss., 600 ss.; G. FALCONE, *Il metodo di compilazione cit.*, 287 [dello studioso v. anche, più di recente, '*Legum cunabula*' e '*antiquae fabulae*' (*Const. Imperatoriam* 3), in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, II, Milano 2010, 283 ss.]; M. VARVARO, *Lo stile di Triboniano cit.*, spec. 326 e nt. 27.

principium è esplicitata la prima novità della riforma, con la quale si prescrive, per l'appunto, che sia corretta la precedente denominazione dell'istituto.³⁵

A ciò seguono tre quesiti: i primi due collocati uno di seguito all'altro (§ 1: '*Quare enim dotem quidem et constante matrimonio mulier marito dare conceditur, donationem autem marito nisi ante nuptias facere non permittitur? et quae huius rei differentia rationabilis potest inveniri, cum melius erat mulieribus propter fragilitatem sexus quam maribus subveniri?*'), il terzo – dal contenuto, come vedremo, ancor più rilevante – posto poco più avanti nel prosieguo della trattazione (§ 3: '*Si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio, quare non etiam ea simili modo et matrimonio contracto dabitur?*'). A nostro avviso, essi hanno lo scopo di esplicitare la giustificazione, posta a fondamento della decisione della cancelleria imperiale di modificare il *nomen* dell'istituto, la quale andrebbe ravvisata nella circostanza che, allo scopo di ridisegnare il regime della donazione nuziale, il legislatore avrebbe assunto come modello quello della dote.³⁶

Si noti, peraltro, che l'intera argomentazione svolta nei §§ 1-4 è tutta orientata, a nostro modo di vedere, a mostrare le ragioni per cui, da una parte, l'istituto in esame costituisce una figura speciale di donazione, dall'altra, la sua novellata disciplina non contraddica l'antico divieto di donazione tra i coniugi. Seguendo l'andamento espositivo di C. 5.3.20.2, infatti, viene spiegato che la *ratio* in virtù della quale non si ravvisa alcuna ragionevole difformità, quanto al regime, tra donazione e dote (tale da differenziare la disciplina dei due istituti, prevedendo che la moglie possa dare al marito la dote anche in costanza di matrimonio, ma non consentendo al marito di costituire la donazione se non prima delle nozze) risiede nel fatto che come la dote è costituita 'per le nozze' e non si ammette, pertanto, alcuna dote senza matrimonio, così anche riguardo alla donazione che fanno i mariti (o altri in loro nome) deve riconoscersi la facoltà che la stessa si compia in costanza di matrimonio, potendo intendersi quest'ultima '*quasi antiphrasa*' e non alla stregua di una semplice *donatio* tra i coniugi,³⁷ della quale si conferma l'esplicito divieto.³⁸

L'ulteriore interrogazione retorica – '*Si igitur et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio, quare non etiam ea simili modo et matrimonio contracto*

³⁵ Pr.: '*... sancimus nomine prius emendato ita rem corrigi et non ante nuptias donationem eam vocari, sed propter nuptias donationem*'. Ed anzi in I. 2.7.3 viene dato, forse, maggior rilievo alla modifica della denominazione dell'istituto «come un momento fondamentale di razionalizzazione del regime giuridico» dello stesso. Cfr. G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., 598 nt. 46; ID., *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., 113.

³⁶ Invero, il parallelismo tra donazione nuziale e dote ispira anche il contenuto del prosieguo dell'esposizione in materia di patti, ossia C. 5.3.20.5-7 (si rinvia a tal proposito, per tutti, a A.S. SCARCELLA, *Il regime pattizio dei lucri vedovili* cit., spec. 380 ss.), e si colloca all'interno di una tendenza legislativa riscontrabile nella legislazione postclassica già a partire da Valentiniano III e che giungerà sino alla produzione novellare di età giustiniana [pensiamo, specialmente, a Nov. 97 (a. 539) e 119 (a. 544)]. A tal proposito rinviamo, in particolare, a G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 154 e nt. 84, 156 e G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3* cit., 105 ntt. 15, 16 con ult. bibl. Riassume gli aspetti contenutistici del parallelismo tra dote e donazione nuziale P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I cit., 533 s.

³⁷ Cfr. § 2 '*Sicut enim dos propter nuptias fit et sine nuptiis quidem nulla dos intellegitur, sine dote autem nuptiae possunt celebrari, ita et in donationibus quas mariti faciunt vel pro his alii, debet esse aperta licentia et constante matrimonio talem donationem facere, quae quasi antiphrasa possit intellegi et non simplex donatio. ideo enim et antiqui iuris conditores inter donationes etiam dotes connumerant*'. Sulla questione del significato attribuito al sintagma '*quasi antiphrasa*' rinviamo alla letteratura più antica riferita da P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 231 nt. 54.

³⁸ Sic § 3: '*simplices etenim donationes non propter nuptias fiunt, sed propter nuptias vetitae sunt*'.

dabitur? – ha lo scopo di ribadire, con maggior forza, il ragionamento proposto, e in particolare l'opportunità di un'analoga disciplina (che ammetta la possibilità della costituzione *ex novo* della donazione nuziale *post nuptias*),³⁹ valendosi di un'espressione che sinteticamente consenta di cogliere le somiglianze tra i sopramenzionati istituti. Da una parte, infatti, ad avvicinare donazione nuziale e dote è il '*nomen*', ossia la circostanza che ambedue possano essere considerate *donationes*, dall'altra, è la '*substantia*', ossia il fatto che entrambe si compiano *ob causam*, vale a dire '*propter nuptias*', non potendo, quindi, sussistere senza le nozze.⁴⁰

Tornando a I. 2.7.3, non può non notarsi che anche in quest'ultimo testo è sottolineata (e, anzi, con un tenore ancora più incisivo) lo stretto collegamento tra tale particolare tipo di donazione e la dote,⁴¹ che costituisce, per così dire, la chiave di volta per comprendere il mutamento di regime, in età giustiniana, della donazione nuziale. Anche riguardo al suddetto aspetto, pertanto, la rilettura dei compilatori delle Istituzioni – pur se succinta, non priva di omissioni e orientata a una prospettiva storica – non si porrebbe, secondo noi, in contrasto con la versione della cancelleria e con l'ordine espositivo adottato, nel quale, alla trattazione dell'aspetto 'nominalistico' della riforma, (con)segue l'esposizione relativa al fondamento e, dunque, al profilo concernente la disciplina dell'istituto.⁴²

Orbene, proprio la consonanza sul sopramenzionato profilo che risulta dal confronto tra C. 5.3.20 e I. 2.7.3 può offrire, secondo noi, una ulteriore chiave di lettura del passaggio '*nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes et consequentia nomina rebus esse studentes*'.⁴³ Come si è già più volte rilevato, l'inciso introduce la riforma realizzata da Giustiniano tanto sul piano nominalistico che sostanziale. Dunque, esso esprime, a parer nostro, non certo l'*occasio legis* da cui la riforma ha tratto origine (che è omessa, come già rilevato, in I. 2.7.3) e neppure, propriamente, la sua sola giustificazione teorica (che si ravvisa piuttosto, secondo noi, nell'*exaequatio* tra donazione nuziale e dote), bensì i due intenti sottesi alla *mens* del *legislator*: desiderare di dirigere le sanzioni a un fine di somma e completa perfezione, da una parte; aver cura che i nomi siano corrispondenti alle cose, dall'altra. Ebbene, è innegabile che la prima finalità è spiccatamente espressione di quello scopo politico volto a enfatizzare il diritto ufficiale e a presentare la compilazione giustiniana come un

³⁹ Con la precisazione: '*... ita tamen, ut dotis quantitatem non excedant*' (C. 5.3.20.5). Sottolinea, a riguardo, G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3 cit.*, 111 nt. 25 (al quale rinviamo per ult. bibl. e richiami alla successiva legislazione novellare sul punto) che anche «sotto questo profilo il parallelismo tra dote e donazione è posto dunque a fondamento della riforma: la *donatio* non solo richiede come presupposto la dote, ma non può superarne l'importo. Rispetto a C.I. 5, 3, 19 la principale novità va individuata nel fatto che la costituzione della *donatio* non richiede però più l'aumento della consistenza della dote».

⁴⁰ V. sul punto P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati cit.*, 230 ntt. 51, 52.

⁴¹ Ne è esplicito indizio, come precedentemente abbiamo notato (*retro*, § 2), l'impiego del verbo '*exaequo*'.

⁴² Per comodità riportiamo, ancora una volta, la porzione di testo in esame: '*...ut tales donationes non augeantur tantum, sed et constante matrimonio initium accipiant et non ante nuptias, sed propter nuptias vocentur et dotibus in hoc exaequantur, ut, quemadmodum dotes et constante matrimonio non solo augentur, sed etiam fiunt, ita et istae donationes, quae propter nuptias introductae sunt, non solum antecendant matrimonium, sed etiam eo contracto et augeantur et constituentur*'.

⁴³ Meno ampollosa la scelta terminologia di PT. 2.7.3 per quanto riguarda la trasposizione della prima porzione dell'inciso: 'ὁ εὐσεβέστατος ἡμῶν βασιλεὺς ἀνελλιπεὶ τὰς νομοθεσίας εἶναι βουλόμενος καὶ πρόσφορα τὰ ὀνόματα τοῖς πράγμασι σπουδάζων εἶναι...'. V., a riguardo, G. FALCONE, *Il metodo di compilazione cit.*, 242.

opus perfectum, che abbiamo già ricordato. Quanto alla seconda, ci sembra che possa rintracciarsi anche una ulteriore spiegazione del suo significato, rispetto a quella meramente propagandistica, appena suggerita, la quale discenderebbe, secondo noi, da alcuni spunti rinvenibili in C. 5.3.20.

Nella consapevolezza che ci muoviamo su di un piano puramente ipotetico, non è del tutto irragionevole, a nostro avviso, congetturare che l'inciso '*nos ... consequentia nomina rebus esse studentes*' abbia preso le mosse da una precisa terminologia impiegata in tale costituzione. Ci riferiamo, in particolare, al passaggio nel quale ricorrono i sostantivi '*nomen*' e '*substantia*', in riferimento alla sussistenza di una simmetria tra dote e donazione, dalla quale discenda l'adozione di un analogo regime per entrambi gli istituti (§ 4: '*et nomine et substantia nihil distat a dote ante nuptias donatio*'). Orbene, in C. 5.3.20.4 si puntualizza che, nell'ottica della cancelleria imperiale, l'adozione di '*propter*', in luogo del superato '*ante*', non rileverebbe, invero, da un punto di vista esclusivamente formalistico, bensì – «spostando la prospettiva da quella temporale del momento in cui veniva di norma compiuta la donazione (*ante nuptias*) a quella sostanziale del motivo per cui veniva invece costituita»⁴⁴ – fonderebbe la questione sul piano 'reale' della corrispondenza, sotto il profilo della disciplina, tra donazione nuziale e dote. Analogamente, secondo noi, l'esigenza che 'i nomi siano corrispondenti alle cose' rimanderebbe in I. 2.7.3 al medesimo rapporto funzionale tra '*nomen*' e '*substantia*', sotteso al ragionamento condotto in C. 5.3.20.4.

Se si ritengono persuasive le considerazioni fin qui proposte, potrebbe, dunque, ammettersi che la frase '*nos ... consequentia nomina rebus esse studentes*' – seppure predisposta anche al fine di conferire maggior peso, di quanto concretamente avessero, ad alcuni aspetti della riforma – sia provvista di una propria specifica valenza, autonoma rispetto alla porzione di testo che la precede ('*nos plenissimo fini tradere sanctiones cupientes*'), che si apprezzerebbe su due piani, tra di essi strettamente connessi, logico-giuridico e, soprattutto, isagogico. Sotto il primo profilo la funzione dell'inciso è di prefigurare, sinteticamente, ciò che segue, postulando che i due aspetti della riforma, nominalistico e sostanziale, debbano procedere necessariamente di pari passo, essendo il primo presupposto logico e fondamento giuridico dell'altro.⁴⁵ Sotto il secondo profilo, la necessità che ci si serva di un'esatta terminologia giuridica, conforme al regime vigente, e non anacronistica (com'era, ormai, la precedente denominazione '*ante nuptias*') avrebbe a che fare con il contenuto dell'insegnamento, veicolato dagli *antecessores*. La stessa, infatti, si rendeva opportuna non solo sulla base di un criterio logico-giuridico, ma anche perché avrebbe consentito agli studenti di cogliere immediatamente le ragioni per cui la donazione nuziale non potesse considerarsi alla stregua di una *simplex donatio* e avrebbe facilitato loro la comprensione delle conse-

⁴⁴ Citiamo da G. LUCHETTI, *Brevi note su I. 2, 7, 3 cit.*, 113.

⁴⁵ Invero, è bene ricordare che, da quanto può evincersi dalla legislazione novellare, l'aspetto formalistico della riforma giustiniana in esame avrebbe trovato resistenza nella prassi giuridica quotidiana e del linguaggio comune e avrebbe ottenuto scarso seguito sia in buona parte delle costituzioni tradite nel secondo Codice sia nella legislazione novellare, ove permane, per lo più, l'impiego della precedente denominazione di *donatio ante nuptias*. Cfr., in proposito, l'approfondita disamina svolta da G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale cit.*, 176 nt. 70 e, soprattutto, ID., *Brevi note su I. 2, 7, 3 cit.*, spec. 113 ss., il quale adduce come motivazione di tale commistione terminologica la «mancanza di convergenza tra gli ambienti della cancelleria e della prassi da un lato e il mondo degli *antecessores* dall'altro» (ID., *op. cit.*, 126). Invero, la modifica della denominazione dell'istituto è un aspetto della riforma su cui già C. 5.3.20 poneva l'accento, sebbene sia stato ben dimostrato dallo studioso che «il mondo della scuola – forse anche influenzato dall'enfaticizzazione di questo aspetto particolare della riforma nel testo istituzionale – tendeva ad attenersi con più diligenza alla terminologia ufficiale fissata dal legislatore» (ID., *op. cit.*, 123 s.).

guenze che discendevano, sul piano contenutistico, dall'impiego della nuova denominazione di *'donatio propter nuptias'*.

Quanto appena suggerito è, secondo noi, esplicitamente suffragato da tre brani tratti da alcune costituzioni imperiali coniate in un torno di tempo di poco precedente, rispetto ai testi in queste pagine esaminati, dai quali in maniera manifesta si evince anche che la corrispondenza *'nomina-res'* riflette un intento che stava particolarmente a cuore al legislatore giustiniano. Ci riferiamo, anzitutto, agli *excerpta* che – 'affinché le leggi riguardino *quae re ipsa obtinent*' (C. 7.5.1) e 'in modo che i giovani *qui ad primam veniunt legum audientiam*' non ricevano *'inutiles legis antiquae dispositiones'* (C. 7.25.1) – postulano la necessità di abolire un determinato istituto *'quia nec in usu esse reperimus'* (C. 7.5.1) *'neque in rebus apparet'* (C. 7.25.1), il quale, in ragione di ciò, si configura come un *'vacuum et superfluum verbum'* (C. 7.25.1) *'vanum nomen'* (C. 7.5.1); nonché al noto *incipit* di un altro disposto giustiniano (che si richiama al contenuto di C. 7.25.1), dove, in luogo della coppia *nomen-res*, per alludere alla medesima inscindibilità giuridico-didattica del binomio si adopera la combinazione *'nomen et substantia'* (C. 7.31.1 pr.).⁴⁶

Che, del resto, i *nomina* degli istituti giuridici debbano rimandare al rispettivo regime vigente in età giustiniana (*res*) ci sembra trovi una manifesta, e forse non casuale, simile preoccupazione, anche nella presentazione del nuovo manuale d'insegnamento giuridico ordinato da Giustiniano, in quanto è espresso in un passaggio della costituzione *Imperatoriam*,⁴⁷ ove si dispone che gli studenti ricevano non 'informazioni inutilizzabili, in quanto sterilmente relative a un istituto o ad un regime non più in vigore' bensì 'ciò la cui esistenza trova riscontro nelle cose' (§ 3: *'nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis rerum optinet argumentis accipiant'*).⁴⁸

⁴⁶ C. 7.5.1: IMP. IUSTINIANUS A. IULIANO PP. *Dediticia condicio nullo modo in posterum nostram rem publicam molestare concedatur, sed sit penitus deleta, quia nec in usu esse reperimus, sed vanum nomen huiusmodi libertatis circumducitur. nos enim, qui veritatem colimus, ea tantummodo volumus in nostris esse legibus, quae re ipsa obtinent* (a. 530); 7.25.1: IMP. IUSTINIANUS A. IULIANO PP. *Antiquae subtilitatis ludibrium per hanc decisionem expellentes nullam esse differentiam patimur inter dominos, apud quos vel nudum ex iure Quiritium vel tantummodo in bonis reperitur, quia nec huiusmodi esse volumus distinctionem nec ex iure Quiritium nomen, quod nihil aenigmate discrepat nec umquam videtur neque in rebus apparet, sed est vacuum et superfluum verbum, per quod animi iuvenum, qui ad primam veniunt legum audientiam, perterriti ex primis eorum cunabulis inutiles legis antiquae dispositiones accipiunt. sed sit plenissimus et legitimus quisque dominus sive servi sui sive aliarum rerum ad se pertinentium* (a. 530-531); 7.31.1 pr.: IMP. IUSTINIANUS A. IOHANNI PP. *Cum nostri animi vigilantia ex iure Quiritium nomen et substantiam sustulerit...* Ulteriori esempi (rispetto a quelli qui addotti) di affermazioni, di conio giustiniano, «le quali, attraverso giri di parole impernati anch'essi in vario modo sull'impiego del termine '*res*', esprimono il concetto di presenza di un istituto nell'*usus* e nella viva realtà giuridica attuale», che rappresenta uno dei risultati dell'intervento dei commissari sul preesistente materiale didattico, possono rinvenirsi in G. FALCONE, '*Legum cunabula*' e '*antiquae fabulae*' cit., 292 ss.; ID., '*Fabulis*', non '*tabulis*', in *cost. Imperatoriam* 3, in AUPA 58, 2015, 303 ss.

⁴⁷ L'affinità tra l'inciso in esame, di cui in I. 2.7.3, e il passaggio di *Const. Imperatoriam* § 3, di cui si dà conto nel testo, sarebbe non casuale, qualora si accettasse che la paternità tanto di I. 2.7.3 (su cui v. *retro*, nt. 14) quanto di *Const. Imperatoriam* sia da attribuirsi a Triboniano (a riguardo v., per tutti, G. FALCONE, '*Legum cunabula*' e '*antiquae fabulae*' cit., in part. 291 e nt. 18, che, eccezion fatta per il § 5, è favorevole alla provenienza del testo della costituzione dalla mano di Triboniano).

⁴⁸ *Const. Imperatoriam* § 3: '*... Triboniano ... nec non Theophilo et Dorotheo ... mandavimus ut ... componant Institutiones: ut liceat vobis prima legum cunabula non ab antiquis fabulis discere, sed ad imperiali splendore appetere et tam aures quam animae vestrae nihil inutile nihilque perperam positum, sed quod in ipsis*

Dal quadro fin qui esposto ci sembra emerga, in conclusione, la doppia vita della regola 'nomina sunt consequentia rerum', che, *olim*, nella formulazione giustiniana da cui presumibilmente ha avuto origine – 'nos ... consequentia nomina rebus esse studentes constituimus ...' – era ben lungi dall'aver assunto quel tenore generale e astratto e quelle implicazioni filosofiche che, *deinde*, porteranno all'attribuzione alla stessa di ben altri significati rispetto allo scopo eminentemente giuridico-didattico da noi qui, sommessamente, suggerito.⁴⁹

rerum optinet argumentis accipiant V., in proposito, G. FALCONE, 'Legum cunabula' e 'antiquae fabulae' cit., 292 ss.; ID., 'Fabulis', non 'tabulis', in *cost. Imperatoriam* 3 cit., 303 ss.

⁴⁹ Di un certo rilievo per cogliere la notevole differenza che passa tra le due vite del principio è la presenza nella formulazione dantesca del genitivo 'rerum' ('Nomina sunt consequentia rerum') in luogo del dativo 'rebus' di I. 2.7.3 ('nos ... consequentia nomina rebus esse studentes constituimus ...'), la quale non è semplicemente «una variante nei codici del *Corpus iuris*, o una svista di Dante, che probabilmente citava a memoria o del primo copista» (come è portato a ritenere B. NARDI, *Nomina sunt consequentia rerum* cit., 104). «La sostituzione del genitivo al dativo dipende da un nuovo atteggiarsi del pensiero, per cui, non il nome deve appropriarsi alle cose, come appare nell'accezione data dai giuristi, bensì sono le cose che, in virtù delle caratteristiche concrete da cui sono accompagnate, influenzano il segno che le designa ... Il genitivo *rerum* toglie il principio dal piano normativo, in cui l'iniziativa è, per così dire, all'onomathete, a colui che dà il nome alla cosa, e lo trasferisce sul piano del legame, che, generalmente, si attua tra il nome, in quanto è pronunziato, e la cosa che esso designa». Così A. PAGLIARO, *Nuovi saggi di critica semantica* cit., 243.

VARIE

TOMMASO DALLA MASSARA
(Università di Verona)

Conoscenza, comparazione e problemi
di comparazione diacronica:
a vent'anni dai Fondamenti
del diritto europeo

ABSTRACT

This paper focuses on a method of legal research through which to study the Foundations of European Law, that is that of diachronic comparison, which well captures the peculiarity of the subject under examination, consisting in a continuous dialectic between past and present. This approach does not claim to exhaust all the problems that, in terms of scientific research, are posed by the Foundations of European Law, and therefore constitutes one of the methodological approaches conceivable. Having focused on the concepts of juridical knowledge and legal comparison, this contribution also explains the differences between the historical-comparatist and the pure comparatist and investigates the peculiar characteristics of the diachronic comparison especially as regards the directionality of the research and the type of understanding that can be achieved.

PAROLE CHIAVE

Comparazione diacronica; metodo; ricerca.

CONOSCENZA, COMPARAZIONE E PROBLEMI DI COMPARAZIONE DIACRONICA: A VENT'ANNI DAI FONDAMENTI DEL DIRITTO EUROPEO

1. Sono trascorsi già vent'anni dall'introduzione dei Fondamenti del diritto europeo nelle Scuole per le Professioni Legali, oltre che nei corsi di studio di giurisprudenza (quantomeno in una discreta porzione delle nostre sedi); e sono vent'anni di vita piuttosto travagliata.¹

Mi pare sia quindi giunto il tempo per tentare un bilancio, per quanto provvisorio, su una delle scommesse più coraggiose che la nostra comunità scientifica ha giocato con l'obiettivo di mettere in campo un progetto di dialogo strutturato – e non estemporaneo – tra storia del diritto e contemporaneità, nonché di dar corso a un profondo rinnovamento del modo stesso di intendere lo studio storico del diritto.

Intendo però subito precisare che riterrei del tutto insoddisfacente una riflessione che si limitasse ai *contenuti didattici* dell'insegnamento di Fondamenti: la didattica è, sempre e immancabilmente, il frutto di opzioni che si collocano, un passo a monte, sul piano della *ricerca scientifica*.

Comincio dunque con il chiedermi: sono rintracciabili taluni tratti peculiari e pertanto

¹ In questo contributo condenso le considerazioni che avevo sviluppato nella relazione presentata al Convegno 'Fondamenti del diritto europeo. Esperienze e prospettive', svoltosi a Trento nelle giornate del 13 e 14 dicembre 2018, i cui Atti sono in corso di stampa: per quell'invito sono grato agli Amici e Colleghi Gianni Santucci e Paolo Ferretti. Rispetto al recente Convegno trentino, vengono a rappresentare il naturale confronto i contributi raccolti in P. ZAMORANI, A. MANFREDINI, P. FERRETTI (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Atti del convegno. Ferrara, 27 febbraio 2004*, Torino 2005. Tra i due momenti di riflessione, lontani nel tempo, si colloca un dibattito intensissimo (forse addirittura ridondante), che ha coinvolto nel profondo il senso di appartenenza a una comunità scientifica: suggerirei di muovere da L. VACCA (a cura di), *Nel mondo del diritto romano. Convegno ARISTEC. Roma 10-11 ottobre 2014*, Napoli 2017, raccolta che a me pare rappresenti oggi in modo assai chiaro la discussione sulle linee della ricerca *lato sensu* romanistica, con una particolare attenzione per quelle che riconducono a un dialogo con il presente giuridico; entro quella raccolta, segnalo in specie l'ampia ricostruzione del dibattito che si ricava da L. GAROFALO, *Itinerari della ricerca romanistica*, 1 ss. Di poco successiva all'introduzione dei Fondamenti è la riflessione – critica su talune forme di attualizzazione, quanto irrinunciabile per una visione generale dei problemi – sviluppata intorno all'identità disciplinare da A. SCHIAVONE, v. 'Diritto romano', in Enc. dir., Aggiornamento VI, Milano 2002, 1160 ss. Si veda inoltre, per un quadro delle linee di tendenza della romanistica, incluse le proiezioni verso il diritto del presente, C. MASI DORIA, *La romanistica italiana verso il Terzo Millennio: dai primi anni Settanta al Duemila*, in I. BIROCCHI, M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino 2016, 179 ss.: anche in questo caso si tratta di una raccolta che fornisce nell'insieme un contributo assai proficuo in relazione alle tendenze della ricerca storico-giuridica.

in grado di caratterizzare una modalità di *condurre la ricerca*, i quali possano porsi in linea di generale coerenza con la materia dei Fondamenti?

Come dicevo, prima viene la ricerca, poi – in quanto derivazione di questa – la didattica; se taluni profili di specificità in relazione alla ricerca vi sono, è proprio su questi che vorrei qui soffermare la mia attenzione.

Confido che, fin già da queste prime notazioni, appaia tuttavia chiaro che non è mia intenzione mettere in cantiere una discussione sullo ‘statuto epistemologico’ – unico e posto a priori – dei Fondamenti, come se potesse mai esso dedursi dal decreto istitutivo di vent’anni fa o se lo si potesse semmai ricavare in forza di un’operazione di astratta concettualizzazione. Non si tratta di creare in via – per così dire – ingegneristica una nuova materia di studio e un nuovo metodo di ricerca.

Più radicalmente, penso che la materia dei Fondamenti non postuli di per sé uno ‘statuto epistemologico’: e, in ogni caso, non v’è mai una sola via metodologica per condurre una ricerca (come non lo si potrebbe immaginare per il diritto privato, per il diritto pubblico, non meno che per il diritto romano, e via elencando); banale viceversa ricordare che vi sono infinite vie metodologiche, tutte da vagliare in concreto e da saggiare avendo riguardo alle specificità dell’ipotesi di lavoro.

Tuttavia non essendo mia intenzione eludere con una sola risposta relativistica tutte insieme tante – e assai – spinose questioni, provo ora a chiarire meglio i miei obiettivi: vorrei proporre poche e schematiche considerazioni che scaturiscono dalla semplice domanda se mostri plausibilità scientifica un metodo di lavoro che, d’ora in avanti, proporrò nei termini di una *comparazione diacronica*.²

Lo ribadisco: si tratta di riflettere sulla plausibilità di un metodo, fermo restando che nessuna pretesa potrebbe essere più ingenua di quella di chi pretendesse di affermare l’esistenza di un solo metodo (*ça va sans dire*, quello corretto!) in forza del quale *debba* condursi una ricerca scientifica; in questo caso, per l’appunto, quello proprio dei Fondamenti.

Se parliamo di Fondamenti, l’unico profilo – sul quale saremo tutti d’accordo, ma è in sé un profilo assai labile – di specificità della ricerca di cui stiamo discutendo è certamente da rinvenirsi nel fatto che il percorso vada a snodarsi all’interno di una *dialettica tra passato e presente*. In un modo o nell’altro, con i Fondamenti siamo chiamati ad aprire un canale di dialogo (più o meno esplicito) con il diritto del nostro tempo; un po’ provocatoriamente si potrebbe dire che, tolto questo, quasi tutto il resto rimanga controvertibile.

La domanda che mi pongo è quindi meglio formulabile in questi termini: come *può* costruirsi una ricerca che, nella prospettiva dialettica passato/presente, precisamente si sviluppi in chiave di comparazione diacronica?

Per sintetizzare, quindi: *i)* non sostengo che quello della comparazione diacronica rappresenti *il* metodo corretto per interpretare una ricerca in chiave di Fondamenti; *ii)* ritengo che la comparazione diacronica offra *un* possibile modo per interpretare i problemi che, sul

² *Comparazione diacronica* è espressione senza dubbio nota al dibattito – segnatamente, anche a quello romanistico – e tuttavia, inevitabilmente, polisemica: tra i suoi impieghi più risalenti vi è quello di F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno (comparazione diacronica o problema della ‘continuità’)*, in Riv. dir. civ., 1982, I, 170 s., il quale però intende tale comparazione anzitutto in termini di continuità storica di «concetti, schemi, termini, forme logiche create da una determinata giurisprudenza o da determinati giuristi (nel caso: da quelli romani)», al contempo però sottolineando come «il pensiero giuridico non può essere isolato dal quadro storico-culturale generale e dalle strutture economiche e sociali in cui opera»; direi dunque che nella riflessione di Feliciano Serrao la continuità non sfocia mai nella banalizzazione del continuismo, soprattutto in forza di un’impostazione che appare robustamente materialistica e storicistica.

piano della ricerca scientifica, sono posti dai Fondamenti; *iii*) quindi, la comparazione diacronica intende essere una proposta che si colloca dentro il campo dei Fondamenti, ma non ambisce a esaurirne l'estensione.

2. Prima di tentare qualche risposta alla domanda poc'anzi formulata, è utile precisare che, così posta la questione, si è di fronte a un problema che attiene alla *conoscenza* e quindi – ora sì è corretto dirlo – senza dubbio viene ad aprirsi un problema di natura *epistemica*: ciò va inteso nel senso che il punto è proprio quello di scrutinare *se* la comparazione diacronica possa o meno condurre ad apprezzabili *esiti di conoscenza*.

Ecco allora che il problema giunge ad apparire nella sua vera sostanza: ed esso si traduce in quello dell'identificazione e della perimetrazione di un possibile percorso che, seriamente orientato nel senso della comparazione, produca apprezzabili esiti di conoscenza.

Premesso che la mia risposta è – lo si potrà immaginare – di segno positivo, occorre prendere le mosse da una constatazione piuttosto banale.

Come già in altra occasione ho rilevato,³ l'idea stessa della comparazione come *modalità della conoscenza* non è affatto esclusiva dei giuristi, ma costituisce patrimonio più che consolidato delle scienze sociali.

Tra i più significativi percorsi culturali sulla *comparazione* intesa esattamente in termini di *modalità della conoscenza* ritengo che meriti un cenno quello compiuto da Marc Bloch, in specie a margine di un *projet d'enseignement* destinato ai corsi del Collège de France; si tratta di un percorso che, tra gli anni Dieci e Venti del Novecento, trovò punti di preziosa condensazione, dai quali oggi è difficile prescindere.

La parola, dunque, a Bloch: «selezionare in uno o più ambienti sociali differenti, due o più fenomeni che sembrano, di primo acchito, presentare fra loro talune analogie, descrivere le curve delle loro evoluzioni, constatare le somiglianze e le differenze e, per quanto è possibile spiegare le une e le altre. Dunque sono necessarie due condizioni perché ci sia, storicamente parlando, comparazione: una certa somiglianza tra i fatti osservati – è ovvio – e una certa difformità tra gli ambienti in cui essi si sono prodotti».⁴

È opportuno ricordare che, nell'agosto del 1928, Bloch partecipò al VI Congresso internazionale di scienze storiche a Oslo, proprio lì presentando una relazione dal titolo 'Per la storia comparata delle società europee',⁵ in esito alla quale perveniva a conclusioni in cui, per un verso, si esprimeva in un senso nient'affatto ostile a un'assai legittima specializzazione della conoscenza e, per altro verso, stigmatizzava però tutte le «chiusure arbitrarie».

Si trattava dunque di intraprendere uno sforzo di innovazione metodologica la quale spalancava le porte a una comparazione a tutto tondo, da intendersi tanto a maglie larghe quanto a maglie strette; e quello sforzo era sostenuto dalla tenace volontà di passare final-

³ Mi permetto di rinviare alle riflessioni che, sul punto, avevo sviluppato in *Sulla comparazione diacronica: brevi appunti di lavoro e un'esemplificazione*, in M. BRUTTI, A. SOMMA (a cura di), *Diritto: storia e comparazione. Nuovi propositi per un binomio antico*, Frankfurt am Main 2018, 111 ss., in specie 114 ss.: quel mio contributo, di cui la porzione riservata all'esemplificazione consideravo imprescindibile, rappresenta in effetti il 'basso continuo' rispetto a quanto in questa sede andrò a dire.

⁴ Così M. BLOCH, *Storici e storia*, Torino 1997, 109 s. (in origine, *Critique historique et critique du témoignage. Discours prononcé à la distribution des Prix, année scolaire 1913-1914*, Amiens 1914).

⁵ Si veda K.D. ERDMANN, *Die Ökumene der Historiker Geschichte der internationalen Historiker-Kongresse und des Comité International des Sciences Historiques*, Göttingen 1987, 163 ss. Su queste vicende si è soffermato F. MORES, *Marc Bloch, il Collège de France e le forme della comparazione storica*, in *Quaderni storici* 119, 2005, 555 ss.

mente dall'enunciazione di merito, in sé non nuova, dell'importanza del comparatismo a un'autentica pratica della comparazione.

Alle spalle di Bloch, in effetti, si collocavano altre esperienze significative, come per esempio quella di Henry Pirenne, ma anche – più vicina a Bloch – quella di Charles-Victor Langlois. In particolare, per Langlois l'intendimento di dar corpo a una comparazione quanto mai ampia era già assai robusto, se «the comparative method, which as done so much service in the natural sciences, finds its applications also in philology, which is the natural history of language, and in political history, which is the natural history of society. If historical science does not consist solely in the critical enumeration of the past phenomena, but rather in the examination of the laws which regulate the succession of such phenomena, clearly its chief agent must be comparison of phenomena and run parallel in the different nations».⁶

Di seguito, il lavoro di Bloch si sarebbe dimostrato fondamentale per sviluppare, dentro il metodo della comparazione, un'attenzione speciale per i bisogni e i sentimenti che si agitavano nel tessuto storico, fin quasi a scandagliare le «realità organiche sottostanti».⁷ Solo così si sarebbe riusciti a concepire una *histoire comparée des sociétés européennes* – giacché è nella dimensione dell'Europa, e in special modo dell'Europa medievale, che quella sperimentazione avrebbe trovato il proprio terreno d'elezione – che mettesse in relazione le curve evolutive di fenomeni paralleli, lontani nello spazio e nel tempo oppure vicini e contemporanei.

La comparazione veniva ad apparire quasi come un esercizio plasticamente rappresentabile, «essenzialmente un procedimento di interpolazione delle curve» (colpisce nel testo l'insistenza sulla parola 'curva'), in forza del quale sarebbe stato consentito gettare una luce sugli accadimenti; tentativo di nuovo lumeggiamento *heuristique*,⁸ secondo un linguaggio sul quale avrò occasione di tornare in prosieguo: e così sarebbe stato possibile acquisire una conoscenza comparata attingendo dai più diversi comparti del sapere.

Nulla di strano dunque se si fossero sottoposte a comparazione le porte bronzee di Trani, Ravello e Monreale, le quali avrebbero a loro volta esibito elementi comuni e differenti rispetto a quelle di Benevento e di Santa Maria Novella:⁹ si sarebbe trattato, appunto, di una comparazione a maglie strette frutto dell'interpolazione di curve storiche differenti.

Tutto contribuisce a una comprensione ampia e rotonda, senza le chiusure arbitrarie stigmatizzate da Bloch.

3. Mi sono brevemente soffermato sul binomio *conoscenza e comparazione*.

Conviene però ora tornare sulla comparazione diacronica in senso giuridico: il lavoro che si prefigura, in relazione al discorso che qui vorrei sviluppare, appare dunque – e questo mi pare già una prima significativa acquisizione – da svolgersi secondo *parametri comparatistici*; e tali parametri attengono alla *modalità* della conoscenza, prima che al suo *oggetto*.¹⁰

⁶ Cfr. CH.-V. LANGLOIS, *The Comparative History of England and France during the Middle Ages*, in *The English Historical Review* V, 1890, 259.

⁷ Cfr. M. BLOCH, *Storici e storia* cit., 74.

⁸ L'espressione è ripresa da O. DUMOULIN, *Marc Bloch*, Paris 2000, 87: «la nouveauté absolue [...] suppose la création d'un enseignement sur la base d'une démarche heuristique». Tornerò nel seguito proprio sulla funzione euristica della comparazione diacronica.

⁹ Per maggiori dettagli, si veda M. BLOCH, *Storici e storia* cit., 201 s.

¹⁰ Il tema – comparazione come oggetto ovvero come modalità della conoscenza – è assai complesso: in termini molto chiari, da ultimo, G. PASCUZZI, *La comparazione giuridica italiana ha esaurito la sua spinta propulsiva?*, in *Diritto: storia e comparazione* cit., 379 ss.; in precedenza, basti qui richiamare R. SAC-

Per essere più espliciti, si potrebbe dire con una battuta che, se da storici del diritto si sceglie di fare comparazione, occorre farla correttamente.

La comparazione di cui stiamo parlando presenta la peculiarità di assumere quali elementi del raffronto figure o modelli giuridici che si collocano non nella sincronia, bensì nella distensione cronologica. L'idea di fondo è – come già accennato – nel senso che possa proficuamente condursi una ricerca comparatistica declinata nella dimensione diacronica in quanto uno degli elementi della comparazione ci riconduce al passato e l'altro al presente.

Occorre allora pensare che il *comparatista-storico* (lo chiamerò così), come ogni comparatista, muova all'individuazione di almeno due figure o modelli giuridici – per un verso, una figura o un modello del passato e, per altro verso, una figura o un modello del presente, salvo tutte le possibili varianti offerte da una comparazione triangolare o comunque pluriangolare¹¹ – di cui intenda mettere a paragone i profili strutturali e funzionali. Naturalmente, nessuna necessità vi è che il raffronto risponda a simmetria tra le parti messe in relazione, né che il confronto sia strutturato secondo paradigmi prefissati, né decisivo risulta che la comparazione sia condotta su scala micro oppure macro. A margine, si noti peraltro che la varianza della scala di rappresentazione della ricerca si pone in dipendenza di un'enormità di fattori da tenere in considerazione (quanto alla storiografia, poi, non poco hanno pesato corsi e ricorsi nelle tendenze metodologiche).¹²

Certo è, però, che il *quid proprium* del comparatista-storico è di attingere dal bacino della storia e non soltanto da quello del presente, ammesso che nel raffronto tra figure e modelli del presente si voglia molto all'ingrosso semplificare il modo di lavorare del *comparatista* puro; ma, soprattutto, ammesso che il *comparatista puro* oggi esista ancora.¹³

CO, *Che cos'è il diritto comparato?*, Milano 1992, nonché A. GAMBARO, P.G. MONATERI, R. SACCO, voce *Comparazione giuridica*, in Dig. disc. priv., Sez. civ. III, Torino 1988, 48 ss.

¹¹ Il profilo problematico posto da una comparazione triangolare o pluriangolare – in quanto implicata nel metodo c.d. storico-comparatistico – è peculiare dell'impostazione di R. ZIMMERMANN, *Usus hodiernus Pandectarum*, in *Europäische Rechts – und Verfassungsgeschichte. Ergebnisse und Perspektiven der Forschung*, Berlin, hrsg. R. SCHULZE, Berlin 1991, 61 ss. Imposta il suo discorso in chiari termini di comparazione P. GARBARINO, *Diritto romano, comparazione giuridica, interdisciplinarietà*, in P. CERAMI, M. SERIO (a cura di), *Scritti di comparazione e storia giuridica*, II, Torino 2013, 63 ss., in specie 66: «nella prospettiva indicata ben può essere instaurato il confronto diretto tra il modello romano e quello attuale, tralasciando l'esperienza storica intermedia, poiché lo scopo non è (solo) quello di ricostruire la storia di istituti e regole, bensì quello di confrontare due modelli 'temporalmente' lontani (così come si possono confrontare 'spazialmente' lontani), modelli che in molti casi – soprattutto per gli ordinamenti dell'Europa continentale e per quelli extra-europei che dai primi sono stati influenzati – hanno anche un rapporto di derivazione, più o meno diretta, l'uno dall'altro. Non comprendo però per quale motivo la comparazione giuridica, perché di questo si tratta, tra modelli lontani nel tempo, senza che necessariamente si debba costruire la continuità storica – non sempre in realtà esistente o dimostrabile appunto come 'continuità' – non possa e debba avere la stessa legittimità scientifica della comparazione tra modelli contemporanei».

¹² Alludo, per esempio, al peso che assunse, in una certa stagione (anche ideologica) della storiografia, il lavoro di C. GINZBURG, *Il formaggio e i vermi. Il cosmo di un mugnaio del '500*, Torino 1976, paradigmaticamente micro-orientato fin già nel suo titolo. Su analisi micro e macro, cfr. S. CASABONA, *Solidarietà familiare tra mito e realtà: note minime su comparazione giuridica e microanalisi storica*, in *Diritto: storia e comparazione* cit., 95 ss.

¹³ Naturalmente, il discorso – che propongo in termini così marcatamente semplificati – rimane un passo a monte rispetto al tema dei molti e differenti modi di intendere la comparazione (che per esempio, nel solco tracciato da Gorla, è essa stessa, per lo meno in esito a un peculiare percorso culturale, immersa

Un'osservazione merita di essere evidenziata sulla base di quanto detto: che si tratti di costruire una comparazione sincronica oppure di mettere a paragone modelli giuridici nella diacronia, comunque quella degli oggetti della comparazione è una scelta che, in quanto legata a presupposti e obiettivi della ricerca, non muove da alcun elemento determinabile a priori.

Con particolare riguardo alla comparazione, bene emerge dalle parole sopra riportate di Bloch che chi intraprende la strada della comparazione costruisce un'ipotesi di lavoro e di quel lavoro, alla fine del percorso, è chiamato a offrire i risultati; ciò fermo restando che premesse, svolgimento e conclusioni rientrano pienamente nel margine di rischio della ricerca.

Proprio di quella ricerca occorre ora meglio vagliare gli esiti in termini di conoscenza.

4. Sia consentita una breve precisazione a margine, a chiarimento dei passaggi finora compiuti.

Se il *quid proprium* di una ricerca comparatistica – in questo caso, declinata nella prospettiva diacronica – si rinviene nell'identificazione di figure o modelli che vengono posti a raffronto, chiaro è che di per sé resta escluso che possa assumere un significato, in termini di comparazione, un lavoro che viceversa si focalizzi sulla ricostruzione di uno sviluppo continuo, a mo' di *excursus* lungo l'asse del tempo, delle vicende di una certa figura o di un certo modello; in altri termini, se il tema è affrontato lungo la linea di un *continuum* storico, si tratterebbe allora di una ricerca che comunque in via di prima approssimazione dovrebbe ritenersi *tout court* storica, rispetto alla quale metodologicamente poco muterebbe per il fatto che l'arco cronologico preso a riferimento fosse più o meno largo, se del caso esteso addirittura fino all'oggi.¹⁴

Per esemplificare, una storia del diritto privato in Europa da Roma ai nostri giorni non rappresenterebbe propriamente un lavoro di comparazione diacronica; beninteso, non nego affatto che possa intendersi come una ricerca coerente con la materia dei Fondamenti, ma il punto focale del mio discorso è un altro, dacché ho deciso di concentrarmi sui meccanismi propri della comparazione diacronica.

In una storia del diritto privato in Europa da Roma a oggi si dovrebbe ravvisare, a ben

nella storia: cfr. M. LUPOI, *La lezione di Gino Gorla per il comparatista oggi*, in *Foro it.*, 1994, V, 448 ss.; M. BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica*, in *Diritto: storia e comparazione cit.*, in specie 69 ss.). Quel che vale sottolineare è che oggi il discorso comparatistico è radicalmente mutato fin dai suoi stessi presupposti: quanto alle difficoltà recentemente poste da una comparazione *sconfinita*, disorientata di fronte alle *porosità* del mondo contemporaneo, cfr. F. VIGLIONE, *I 'confini' del diritto privato comparato*, in *Nuova giur. civ. comm.* 2012, II, 162 ss.; ID., *Lo sviluppo attraverso il diritto ai tempi della crisi: teorie comparatistiche nella costruzione di un ordine giuridico globale*, in www.comparazioneDirittoCivile.it (2012), 1 ss. La prospettiva era stata ben indicata da J. HUSA, *About the Methodology of Comparative Law - Some Comments Concerning the Wonderland*, Maastricht, 2007; per un bilancio generale sulla comparazione, a cento anni dalla sua 'invenzione', J. BASEDOW, *Hundert Jahre Rechtsvergleichung*, in *Juristen Zeitung* 71, 2016, 269 ss.; nonché, sui profondi mutamenti cui la comparazione è chiamata a far fronte, L. LACCHÈ, *Sulla Comparative legal history e dintorni*, in *Diritto: storia e comparazione cit.*, 245 ss.

¹⁴ Quanto affermo presenta assai ampi margini di approssimazione, numerosi – e tutti fondati – essendo gli elementi che possono intervenire a rendere più preciso il quadro: per esempio, interviene a distinguere la «diacronia» dalla «storia», in ragione della maggiore o minore distanza dalle «fonti originali, con particolare rilievo agli aspetti fondanti della filologia e dell'esegesi delle fonti stesse», P.G. MONATERI, *Morfologia, Storia e Comparazione*, in *Diritto: storia e comparazione cit.*, 268. E non si può certo dubitare del fatto che, se s'intende fare storia, occorre farlo con le fonti: per tutti, L. FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, Torino 1992, 70.

vedere, un lavoro che rimane pur sempre storico; certo, altro discorso è se, per una serie molto ampia di considerazioni, un contributo così concepito assuma o meno una valenza scientifica, o piuttosto didattico-divulgativa: ci si potrebbe chiedere se l'arco cronologico sia troppo ampio, se le fonti siano state approfondite, etc. (questa però è un'altra faccenda); inoltre, quel medesimo lavoro potrebbe al suo interno contenere elementi di comparazione (e questa è ancora un'altra questione).

Viceversa, quale ricerca di comparazione diacronica sarebbe da intendersi quella che, per ipotesi, si focalizzasse sulle *actiones aediliciae* nel processo formulare classico, per un verso, e sui rimedi consegnati al compratore dalle norme di cui agli artt. 1490, 1492 e 1497 c.c., per altro verso. In tal caso, due modelli rimediali distanti nel tempo verrebbero messi a raffronto per indagarne le continuità e le discontinuità, le une lumeggiate dalle altre.

5. Come già accennato, ogni ricerca comparatistica identifica in concreto le proprie tappe in relazione al percorso che il suo autore sappia tracciare, nonché in relazione alla coerenza che quel percorso sia in grado di evidenziare.

Esemplifico, anche in questo caso: se s'intende proporre un lavoro di comparazione diacronica sul dolo incidente, a mio giudizio non ci si potrebbe limitare a un confronto tra le fonti riferibili alla Roma classica e un'analisi della figura definita all'art. 1440 c.c. (per rimanere con lo sguardo sull'ordinamento italiano), perché non si può trascurare che la specifica vicenda di quella figura mostra dei punti di snodo, imprescindibili nell'economia intrinseca del discorso, che suggeriscono di meglio scandire l'arco di tempo intermedio tra talune fonti relative all'elaborazione del dolo in seno alla giurisprudenza romana e il sistema vigente.¹⁵

Dunque gli elementi della comparazione sono identificati ed evidenziati in relazione alla logica della specifica indagine, nonché sempre e unicamente per scelta e responsabilità di chi porta avanti la ricerca.

Si è giunti qui a un punto – cui per vero ho già fatto cenno – che a me pare davvero essenziale.

Quando si percorre la via della comparazione, sempre è necessario accettare il rischio implicito in ordine all'assunzione degli elementi della comparazione. Va ribadito, sotto questo primo profilo, che non v'è un differenziale specifico tra la comparazione sincronica e quella diacronica.

Per meglio esprimere quel che esattamente intendo, è opportuno ritornare, almeno per un momento, sul profilo degli esiti di conoscenza cui la ricerca intenda orientarsi.

Pare a me che debba ritenersi del tutto acquisito alla consapevolezza di chi voglia sviluppare una conoscenza giuridica (in qualunque direzione orientata) il tema della gestione di quell'insopprimibile componente di arbitarietà – e intendo il termine in senso nient'affatto provocatorio – che vi è nella scelta dei punti di partenza dell'indagine, per un verso, nonché, per altro verso, della più piena e trasparente verificabilità/falsificabilità del lavoro che conduce agli esiti della medesima indagine.

Basterebbe allora il richiamo alla lezione proveniente dall'epistemologia della seconda metà del Novecento per smentire qualsivoglia *pretesa di obiettività* che si pensasse di riferire all'assunzione delle premesse della ricerca: e ciò appare non meno evidente nella

¹⁵ Come spero possa emergere da T. DALLA MASSARA, *Tra regole di validità e regole di correttezza: la sanzione processuale del dolo incidente*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di Mario Talamanca, II, Padova 2011, 609 ss.

ricerca giuridica, rispetto a ogni altra, almeno dopo la lezione gadameriana.¹⁶

Senza voler su ciò aprire qui un cono di luce troppo ampio, credo possa essere utile un cursorio richiamo alle pagine di *Wahrheit und Methode*, dalle quali ben si trae la più nitida – e definitiva, a mio giudizio – lezione di demitizzazione di ogni residua velleità obiettivante rispetto alla ‘posizione’ dell’oggetto dell’indagine: *Wahrheit* non è (neppure) nella ‘posizione’ dell’oggetto, mai e in nessun caso, bensì (semmai) nella messa a nudo dei punti di partenza dell’analisi nella loro soggettività. Da questo punto di vista, non v’è differenza tra la situazione dello storico e quella del giurista: «un accesso immediato all’oggetto storico, che ci metta in condizione di conoscere la sua posizione ‘obiettiva’ non vi può essere. Lo storico deve fare lo stesso tipo di riflessione che guida il giurista».¹⁷

La riflessione su *Wahrheit und Methode* ci indurrebbe poi, ancora in un’ottica di piena acquisizione di consapevolezza in ordine a scopi e metodi della ricerca, a qualche ulteriore ragionamento sul tema gadameriano della ‘precomprensione’, la quale – com’è noto – almeno dopo Gadamer non si reputa più riducibile a oggetto di rimozione, quasi fosse il *refoulé* ben noto agli psicanalisti; bensì coerentemente quella precomprensione va esplicitata e posta in premessa di un discorso intellettualmente onesto, che abbia l’ambizione, attraverso continui processi di verifica, di recare un contributo di conoscenza.¹⁸

Mi fermo però su questi aspetti, aggiungendo soltanto che, in ogni caso e comunque, anche quando si intendesse condurre uno studio non orientato in prospettiva di comparazione diacronica, non diversi sarebbero i problemi e le difficoltà rispetto al tema della ‘posizione’ dell’oggetto della ricerca.

Anche qui esemplificando, qualora s’intenda impostare un’indagine tradizionalmente esegetica su un certo aspetto della responsabilità per evizione nel contratto di *emptio venditio* in epoca classica, cosa suggerisce allo studioso di prendere in esame o comunque di valorizzare una certa fonte e non un’altra, di tracciare un determinato percorso tra quelle fonti e di stabilire connessioni, nessi e infine di giungere a talune conclusioni?

Chi svolge la ricerca compie non evitabili atti d’arbitrio che una corretta metodologia impone di evidenziare con chiarezza, perché lì si possa semmai sottoporre a critica: il rischio della ricerca grava sempre su chi la conduce, e si tratta di un rischio che – come detto – non è dissimile in ragione dell’oggetto. Sempre identica, quindi, è la necessità di mettere a nudo i punti di partenza e gli sviluppi di un certo itinerario.

Qui mi fermo su questi aspetti metodologici, giacché il rischio è quello di allontanare

¹⁶ Si veda H.G. GADAMER, *Wahrheit und Methode*, Tübingen 1960, di cui utilizzo la trad. it. a cura di G. VATTIMO, *Verità e metodo*, Milano 1987, in specie 376 ss. Declinato sul piano della ricerca giuridica comparata, il tema è ben chiarito da K. ZWEIGERT, H. KÖTZ, *Introduzione al diritto comparato*, I, *Principi fondamentali*, ed. it. a cura di A. DI MAJO e A. GAMBARO, Milano 1998, 34 ss.; sulle analogie metodologiche tra storia del diritto e comparazione giuridica, in prospettiva non dissimile, si veda anche H. KÖTZ, *Was erwartet die Rechtsvergleichung von der Rechtsgeschichte?*, in *Juristen Zeitung* 47.1, 1992, 20 ss.

¹⁷ Così H.G. GADAMER, *Verità e metodo* cit., 379 s.; il tema dell’identità dei criteri di validazione della ricerca comparatistica e di quella storica è peraltro sviluppato da G. GORLA, v. ‘*Diritto comparato*’, in *Enc. dir.* XII, Milano 1963, 928 ss.

¹⁸ Si veda H.G. GADAMER, *Verità e metodo* cit., in specie 384. Certo, non ho alcuna pretesa di sottrarre a possibilità di critica il pensiero gadameriano: resta però fermo che da quel pensiero, almeno per i profili evidenziati, appare piuttosto difficile prescindere; torna di recente sulla celebre disputa tra Gadamer e Betti, per estrarne alcune considerazioni di sicuro interesse per chi pratica la comparazione e al contempo la storia, N. IRTI, *Categorie romanistiche nella disputa ermeneutica*, in *Riv. dir. civ.*, 2018, 1038 ss.

lo sguardo dal focus che mi ero prefissato: e vorrei invece tornare a concentrare specificamente l'attenzione sulla comparazione diacronica.

7. Restano da aggiungere talune notazioni su aspetti diversi; aspetti che confido possano meglio chiarire come si possa intendere la comparazione diacronica.

i) Anzitutto, nel praticare la comparazione diacronica, si pone il problema della *direzionalità* da imprimere alla ricerca. Per essere più chiaro, ritengo che la comparazione diacronica sia preferibilmente da svilupparsi procedendo *à rebour* lungo il corso della storia, ossia muovendo dai problemi collegati a un modello della contemporaneità per costruire, accanto a questo, la comparazione con i profili del modello *in antiquo*, così mettendo in opera un lavoro di scavo che consenta di tratteggiare la genealogia di un'idea.

I principali rischi insiti in un'operazione di tal genere sono risaputi: occorre tenersi ben discosti dal pericolo di cadere nel gioco consolatorio dei facili riconoscimenti (il presente e il passato vanno mantenuti nella giusta distanza); bisogna poi non adagiarsi nella facile mitologia dell'*Ursprung* che tutto spiega. Insomma, la banalizzazione è sempre in agguato.

Ho parlato di genealogia di idee, utilizzando quindi un lessico che certo non è certo senza padri, giacché non mancano nel pensiero del Novecento contributi che, pur elaborati non in relazione diretta ai temi del diritto (bensì semmai soltanto lambendolo), hanno esplorato percorsi e metodi legati a una prospettiva epistemica orientata a costruire conoscenza sulla base del confronto diacronico; né è necessario qui soffermarsi troppo a lungo su ciò che ormai costituisce un bagaglio imprescindibile per chi oggi si prefigga di fare storia delle idee.¹⁹

Anche in questo caso, la propensione per un procedere *à rebour* è da intendersi in senso unicamente orientativo: la comparazione diacronica a ritroso rappresenta la modalità di impostazione della ricerca che a me pare in linea generale convincente per un più esatto

¹⁹ Cfr. M. Foucault, *L'ordine del discorso e altri interventi*, trad. it., Torino 2004; ID., *L'archeologia del sapere. Una metodologia per la storia della cultura*, trad. it., Milano 2009: il riferimento foucaultiano vale però qui a indicare, più ampiamente, che da più parti sembra essersi attivata un'attenzione forte e nuova verso metodiche che traspongano nell'ambito della storiografia giuridica il procedere 'genealogico' (senza qui soffermarci sulla distinzione che lo stesso Foucault dopo un certo momento delineò rispetto a quello 'archeologico', almeno da quando ebbe a maturare una sorta di rinuncia alla ricerca stessa di un *arché*, come ben evidenzia E. Stolfi, *Per una genealogia della soggettività giuridica: tra pensiero romano ed elaborazioni moderne*, in P. Bonin, N. Hakim, F. Nasti, A. Schiavone (a cura di), *Pensiero giuridico occidentale e giuristi romani. Eredità e genealogie*, Torino 2019, 59 ss.; in argomento, si veda anche E. Stolfi, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010). Con preferenza per un impiego al plurale, 'genealogie', si veda inoltre quanto osserva M. Brutti, *La solitudine del presente*, in *Storia del diritto e identità disciplinari* cit., 295 ss., ove, in particolare, 299, nt. 6: ivi è ricostruito l'itinerario intellettuale sviluppato da Michel Foucault, a partire da una suggestione proveniente dal Nietzsche della *Genealogia della morale* (e in effetti, proprio nel lavoro del 1971 intitolato *Nietzsche. La généalogie, l'histoire* – poi raccolto in trad. it. all'interno di *Microfisica del potere*, Torino 1977 – Foucault aveva avviato una riflessione che poi a lungo avrebbe accompagnato le sue indagini). A conferma del progressivo assorbimento di meccanismi e metodi tipici dell'elaborazione foucaultiana nel contesto del più recente e consapevole discorso giuridico – e segnatamente entro il perimetro di un discorso sul metodo – si noti la pubblicazione di *Wahreit und Macht. Interview mit Michel Foucault von Alessandro Fontana e Pasquale Pasquino in Privatrechtstheorie*, I, hrsg. S. Grundmann, H.-W. Micklitz, M. Renner, Tübingen 2015, 1064 ss. (si tratta della traduzione in tedesco di un'intervista resa originariamente in italiano); più ampiamente, i due volumi dell'ambiziosa raccolta rappresentano lo sfondo ideale del dibattito europeo, in lingua tedesca, entro il quale possono essere collocate molte delle riflessioni che in queste pagine ho cercato di sviluppare.

allineamento dei problemi, che proceda nel senso di una decostruzione critica piuttosto che nel senso di una retorizzazione dell'origine. Ma, ancora una volta, solo una progettazione del piano di lavoro caso per caso potrà comprovare la bontà di quest'orientamento di massima.

ii) Al di là della direzionalità della ricerca, ben si comprende che a esiti di improbabile plausibilità giungerebbe chiunque s'illudesse di disegnare la comparazione diacronica secondo meccaniche che definirei evoluzionistico-darwiniane, confidando magari di tracciare facili traiettorie in grado di portare per via rettilinea dal passato al presente o viceversa.²⁰

Senza dubbio, non è quest'ultima la comparazione diacronica alla quale sto pensando come modello di conoscenza.

Nel raffronto, il comparatista-storico sarà invece chiamato a lavorare per sovrapposizione, quasi come un geografo che mette in stratigrafia la figura o il modello giuridico del presente rispetto a una figura o a un modello del passato.

L'operazione conoscitiva – come in altra occasione ho avuto modo di osservare²¹ – presenta alcune assonanze con quella che conduce, nel linguaggio dei fisici, alla *conoscenza retrodittiva*: ci si prefigge di determinare la posizione e la quantità di moto di una particella in via retrospettiva, da un momento x a un momento $x-1$, sulla base di un certo numero di elementi noti (e, più di un certo numero, non lo potranno essere, esattamente come nell'analisi storico-giuridica).

Il riferimento a un processo conoscitivo praticato nella fisica è utile anche perché suggerisce di accettare un modello di ricerca scientifica del tutto consapevole dell'*instabilità* dei presupposti di partenza: ma qui, di nuovo, è sufficiente far richiamo *en bloc* all'ampio contributo offerto dall'epistemologia contemporanea.²²

iii) Sono persuaso che il lavoro del comparatista-storico meriti di essere orientato a in-

²⁰ Il punto mi pare ben chiarito da G. FALCONE, *Ricerca romanistica e formazione del giurista (europeo)*, in L. GAROFALO (a cura di), *Scopi e metodi del diritto e formazione del giurista europeo*, Napoli 2017, in specie 14; peraltro, già F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno* cit., 184, ammoniva: «si rischia di concepire il processo storico giuridico come uno sviluppo lineare dalle origini di Roma al mondo attuale. E una tale concezione è nettamente smentita dalla realtà». In effetti, il rischio di una ricostruzione assai ingenua – in definitiva depauperante rispetto alla ricchezza che sempre risiede nella contraddizione, nella spezzatura, nell'irregolarità della storia – ha percorso l'assai vasta letteratura che negli ultimi anni ha collegato lo studio del diritto romano al presente; per avere un quadro della letteratura – italiana e straniera – riconducibile alla prospettiva metodologica dei fondamenti, si veda I. FARGNOLI, *Diritto romano e armonizzazione del diritto europeo*, in *Nel mondo del diritto romano* cit., 147 nt. 9: già da una prima visione di quell'ampia produzione può ricavarsi un'idea della varietà degli approcci sotesi. Mi sembra ben cogliere il rischio insito nell'impostazione che – per semplicità – ho denominato evoluzionistico-darwiniana A. FUSARO, *I corsi di sistemi giuridici comparati e di diritto privato comparato nelle Università italiane*, in *Contr. e impr.* 2016, 333, il quale suggerisce di «considerare le esperienze storiche non quali antecedenti, ma come modelli concorrenti con quelli contemporanei».

²¹ In T. DALLA MASSARA, *Lo storico*, in G. VISINTINI (a cura di), *La Scuola civilistica di Bologna. Un modello per l'accesso alle professioni legali*, Napoli 2013, in specie 186 ss., sviluppavo alcune considerazioni partendo da W.K. HEISENBERG, *Indeterminazione e realtà*, Napoli 1991, 128, il quale precisava che «nell'ambito della realtà le cui connessioni sono formulate dalla teoria quantistica, le leggi naturali non conducono quindi ad una completa determinazione di ciò che accade nello spazio e nel tempo; l'accadere (all'interno delle frequenze determinate per mezzo delle connessioni) è piuttosto rimesso al gioco del caso».

²² Per tutti, H.G. GADAMER, *Verità e metodo* cit., 376 ss. Proprio una siffatta instabilità induce ad accettare con consapevolezza la necessità che nella ricerca si proceda per *aree circoscritte*, come suggerito da J. HINTIKKA, *Self-profile*, in R. BOGDAN, *Jaakko Hintikka. A profile*, Dordrecht 1987, 9.

dagare tutti gli aspetti – anche quelli antropologici, religiosi, culturali nel senso più lato²³ – delle figure e dei modelli che sono messi in gioco nel raffronto, però senza mai perdere una precipua attenzione per i meccanismi tecnico-giuridici; in effetti quei meccanismi, pur dentro una tessitura più complessa, devono potersi leggere. La filigrana del diritto si lascia individuare anche dentro l'intreccio più fitto ed eterogeneo: e non fa differenza tra diritto e diritto, fecondo essendo lo studio delle strutture del diritto privato così come delle organizzazioni sociali, del diritto sostanziale come di quello processuale (per vero, soggiungerei che la ricchezza di profili di dialogo nell'ambito del processo mi pare inesauribile e per molti aspetti ancora poco esplorata).

In ogni caso, credo che una proposta in direzione della comparazione diacronica debba sforzarsi di parlare – bettianamente, almeno in questo senso²⁴ – *da giuristi a giuristi*: e dunque, in relazione agli oggetti di indagine, sempre vada individuato volta per volta – altrettanto bettianamente – il *problema giuridico*, cosicché ciascuna delle singole componenti di quel problema possa essere indagata in chiave di decostruzione critica (à la Derrida, se si vuole) e, possibilmente, di proposta ricostruttiva.

²³ Già F. SERRAO, *Diritto romano e diritto moderno* cit., 172: «pertanto l'identità, la somiglianza o, comunque, la derivazione di forme o concezioni giuridiche è direttamente proporzionale all'identità, somiglianza o derivazione di rapporti ed esigenze economiche di due determinate formazioni sociali. La comparazione, e la comparazione diacronica in particolare, è sempre possibile, ma i risultati in ordine a comunanza, somiglianza, rapporto di derivazione di istituti sono naturalmente diversi a seconda della maggiore o minore diversità fra le due formazioni». Nella prospettiva di Serrao decisiva appare la correlazione tra le forme giuridiche, da un lato, e i «rapporti di produzione» e le «esigenze economiche», dall'altro lato; ciò deriva da un'impostazione fondamentalmente riconducibile a Marx, peraltro citato nel saggio, in base alla quale si delinea una precisa concatenazione tra struttura economica e sovrastruttura giuridica: «uso il termine *concezione* (anche se avrei preferito quello di *forma* o, meglio, *mediazione*) per indicare, senza possibilità di equivoci, una creazione giuridica che sta a monte della forma giuridica in cui l'esigenza si realizza e di essa costituisce il presupposto. Potremmo pertanto dire che dall'esigenza economica nasce una certa concezione (o mediazione) giuridica di fondo (primaria) e questa viene realizzata in una o più particolari e precise forme giuridiche (secondarie)» (177, nt. 8, corsivi dell'Autore). Sulla necessità di un'estensione del cono d'attenzione alla «storia dei contesti», dunque contro ogni rischio di de-storicizzazione dell'oggetto di studio, si veda M. BRUTTI, *Sulla convergenza tra studio storico e comparazione giuridica* cit., in particolare 73 ss., ove sono riferimenti più precisi al rilievo che proprio nella direzione di una storia dei contesti assunsero in special modo i contributi di Riccardo Orestano e di Gino Gorla. D'altra parte, per una lettura in chiave anticoncettualistica del pensiero di Gorla, si veda già R. SACCO, *Comparazione e conoscenza del dato giuridico positivo*, in ID. (a cura di), *L'apporto della comparazione alla scienza giuridica*, Milano, 1980, 244 s.: «denudato il diritto dal dogma, la costante giuridica dev'essere ricercata altrove: Gorla conduce la ricerca in modo induttivo, prende a disconoscere le stesse massime giurisprudenziali e mette al centro la ragione del decidere». Nel senso di una decisa estroflessione della ricerca comparatistica, si veda già A. HELDRICH, *Sozialwissenschaftliche Aspekte der Rechtsvergleichung*, in *Rabels Zeitschrift* 34, 1970, 427 ss.; nonché, assai più recentemente, per una ricerca storico-giuridica che sia improntata alla massima apertura, precisamente all'insegna di un «*pluralistic legal mind*», E. AUGUSTI, *Quale storia del diritto? Vecchi e nuovi scenari narrativi tra comparazione e globalizzazione*, in *Diritto: storia e comparazione* cit., 31 ss., in specie 40 ss.

²⁴ Mi riferisco a E. BETTI, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in G. CRIFÒ (a cura di), *Diritto metodo ermeneutica. Scritti scelti*, Milano 1991, non meno che a *Falsa impostazione della questione storica, dipendente da erronea diagnosi giuridica*, *ibidem*, 393 ss., nonché a *Storia e dogmatica del diritto*, *ibidem*, 573 ss. Per un'efficace visione di sintesi del pensiero bettiano, in specie proprio sulla necessità che «il romanista debba essere prima di tutto e sopra tutto giurista», cfr. di recente G. SANTUCCI «*Decifrando scritti che non hanno nessun potere*». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in *Storia del diritto e identità disciplinari* cit., 63 ss., in specie 92 ss.

Non mi pare vi sia la necessità di tornare, dopo tanti anni, su antiche discussioni intorno all'uso di categorie e di linguaggio della contemporaneità con riferimento alla storia del diritto: la polemica è antica quanto nota, né vale la pena di riaccenderla.²⁵

Però sulla capacità di comunicare all'interno della comunità dei giuristi credo sia necessario insistere: ho avuto occasione di sviluppare altrove qualche considerazione intorno ai limiti di una ricerca storico-giuridica che sovente in questi ultimi anni si è espressa nei termini di un linguaggio *endoparadigmatico*, perseguendo proposte scientifiche che in molti casi non hanno contribuito a realizzare ciò che i filosofi chiamano una *conoscenza cumulativa*, per lo meno in relazione al sapere giuridico nel suo complesso.²⁶

La sfida dei Fondamenti impone, proprio in quanto territorio di confine, la capacità di comunicare con gli altri giuristi: altrimenti si tratta di una sfida cui è preferibile rinunciare in partenza.

7. Ancora un punto, conclusivamente, rimane da sottolineare; e si tratta però di un aspetto che assorbe e sintetizza larga parte dei precedenti rilievi.

Mi sembra non mai ribadito a sufficienza che quella perseguita dalla comparazione diacronica debba essere una funzione puramente *epistemica*, ossia – come accennato in apertura – di contributo alla conoscenza dei problemi attraverso il raffronto tra figure e modelli, inclusa l'analisi dei modelli impliciti (o, se si preferisce, dei crittotipi). Sarebbe del tutto incongruo, viceversa, attendersi che il confronto tra passato e presente risponda a una funzione che – per contrapposizione – potremmo definire *euristica*, nel senso che la storia giuridica conduca a *trovare la soluzione* rispetto ai problemi del presente.²⁷ Velleitaria – ma,

²⁵ Sia consentito rimandare a T. DALLA MASSARA, *Lo storico* cit., 186 ss. Anche soltanto a sfiorare il campo di cosa s'intenda per dogmi e per dogmatica, il discorso si fa irto di insidie, nominalismi e pregiudizi: per vero, non ritengo che si possa applicare al linguaggio giuridico il significato di 'dogma'/'dogmatica' che deriva dalla teologia. Su questi temi, valga almeno richiamare le riflessioni di P. CARONI, *La solitudine dello storico del diritto. Appunti sull'inerenza di una disciplina altra*, Milano 2009, 61 ss., e di E. STOLFI, *I casi e la 'regula': una dialettica incessante*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza. Convegno ARISTEC. Roma, 22-23 febbraio 2013*, Napoli 2014, 40 s.; una lettura assai più dinamica dell'idea di dogmatica è in L. MENGONI, *Interpretazione e nuova dogmatica. L'autorità della dottrina*, in Jus, 1985, in specie 479; si contrappone agli eccessi dell'anti-dogmatismo (per lo meno nella misura in cui per dogmatica si intenda uno strumento di lettura della realtà), proprio muovendo da una riflessione su dogmatica e comparazione, H. DÖLLE, *Rechtsdogmatik und Rechtsvergleichung*, in Rabels Zeitschrift 34, 1970, 403 ss.

²⁶ Su questi profili, muovendo dalla lettura di D. MARCONI, *Il mestiere di pensare*, Torino 2014, 112 ss., mi ero soffermato in T. DALLA MASSARA, *Una riflessione sui rapporti tra romanistica e civilistica*, in Sem. Compl. 28, 2015, 657 ss., ma in specie 668; in precedenza, qualche considerazione nella medesima prospettiva avevo espresso in ID., *Lo storico* cit., 173 ss., frutto di una riflessione convergnistica nella quale avevo avuto l'onore e il piacere di condividere il tema con Paolo Grossi, il quale condensò poi il suo pensiero in P. GROSSI, *Ruolo degli insegnamenti storici e importanza del dialogo tra docenti afferenti a diverse discipline*, in *Contratto e impresa*, 2012, 321 ss. I contenuti del mio intervento riconfluirono invece in T. DALLA MASSARA, *Brevi considerazioni intorno al ruolo del romanista nella formazione universitaria*, in Europa e dir. priv., 2013, 927 ss.

²⁷ Si veda T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica* cit., 118 s. Mi fa particolarmente piacere che proprio la qualificazione «epistemisch nicht euristisch», ripresa da quest'ultimo mio scritto, sia stata riferita a una «diachrone Rechtsvergleichung», posta a confronto con la tradizionale «Rechtsgeschichte», all'interno della relazione dal titolo *Das Leben der anderen? Funktionen und Methodiken beim Blick über die Grenze*, che fu tenuta a Bayreuth dal Collega e Amico Martin Schmidt-Kessel, Presidente dell'Associazione dei comparatisti tedeschi, nel contesto del Convegno sui metodi della comparazione, il giorno 8 novembre 2018 (cito dal paper in mio possesso, in specie 12).

al fondo, errata – sarebbe insomma l'idea di leggere nell'*historia*, secondo una banalizzazione dell'antica retorica didascalico-ciceroniana, la *magistra vitae*.

Parimenti fuorviante si rivelerebbe qualsivoglia sforzo di lettura del diritto romano che fosse orientato in chiave giusnaturalistica, secondo una differente variante retorica in base alla quale nel diritto romano si condenserebbe la sempiterna *ratio scripta*, ovvero la *giusta* regolamentazione dei rapporti tra gli uomini, *proportio* universale che soltanto si tratterebbe di ri-scoprire in un lavoro di scavo, quasi assecondando uno sforzo di pura anamnesi; sforzo che fosse condotto, a seconda delle esigenze dell'uso retorico, su scala nazionale, europea, dell'Occidente giuridico ovvero dei diritti universali.²⁸

Anche su ciò mi pare superfluo indugiare: l'inclinazione giusnaturalistica ha nuociuto allo studio del diritto romano ben più di quanto non ne abbia tratto profitto chi ha tentato per questa via di tenerlo artificialmente in vita.

Mi sono soffermato dianzi sulla comparazione come modalità della conoscenza; ho evidenziato la necessità che le premesse siano messe a nudo con trasparenza, affinché una ricerca sia condotta secondo corretti parametri di verificabilità/falsificabilità; in seguito, ho cercato di sottolineare l'importanza che sia posto sul tappeto un problema, e sia un problema giuridico da risolvere, affinché quella ricerca risulti comunicante, ossia si riveli in grado di entrare in una relazione di conoscenza cumulativa in primo luogo con la comunità dei giuristi.

Alcuni segmenti essenziali di questo ragionamento mi pare si trovino ben sintetizzati in un passaggio di Lucien Febvre, colui che con Marc Bloch – dal quale avevo preso le mosse proprio per mettere a fuoco cosa s'intenda per comparazione – aveva condiviso una relazione intellettuale profonda, snodatasi tutta attorno al Collège de France: «lo storico crea i suoi materiali, o, se vuole li ricrea: lo storico non si muove vagando a caso attraverso il passato, come uno straccivendolo a caccia di vecchiumi, ma parte con un disegno preciso in testa, con un problema da risolvere, un'ipotesi di lavoro da verificare. Dire: "questo non è un atteggiamento scientifico", non è forse mostrare semplicemente che della scienza, delle sue condizioni e dei suoi metodi non si conosce molto? L'istologo, ponendo l'occhio alla lente del suo microscopio, afferra forse immediatamente i fatti bruti? L'essenziale del suo lavoro consiste nel creare, per così dire i soggetti della sua osservazione, con l'aiuto tecniche spesso assai complicate; e poi, presi questi soggetti, nel "leggere" i suoi prospetti e i suoi preparati. Compito arduo, in verità. Perché descrivere quel che si vede, passi; ma vedere quel che si deve descrivere, ecco il difficile».²⁹

Ecco, qui mi fermo, giacché ritengo di aver dedicato perfino troppe pagine a queste riflessioni *in astratto* sulla comparazione diacronica.

Non v'è dubbio, in effetti, che la miglior pagina di metodo mai scritta sia quella in cui quel metodo si mostri non già teorizzato, bensì ben applicato, con naturalezza e senza troppi giri di parole.

²⁸ T. DALLA MASSARA, *Sulla comparazione diacronica* cit., 119. In chiave critica sui differenti impieghi – tutti retorizzanti – del diritto romano, A. SOMMA, *Fare cose con il diritto romano*, in Ostraka 17, 2008, 225 ss., nonché in specie sulla «naturalizzazione del diritto romano», 227 ss.

²⁹ Cito da L. FEBVRE, *Problemi di metodo storico*, Torino 1992, 72 s.

Finito di stampare nel mese di novembre 2019
nella Stampatre s.r.l. di Torino – Via Bologna, 220