

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXI
(2018)



G. Giappichelli Editore

DIPARTIMENTO DI GIURISPRUDENZA
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO

(AUPA)

VOLUME LXI
(2018)



G. Giappichelli Editore

© Copyright 2018 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

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

<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-1838-6

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: La Fotocomposizione - 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 Mazzarella	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: direttoreaupa@unipa.it

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

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

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

INDICE DEL VOLUME

G. FALCONE, <i>Litteras reddere</i>	1

ARTICOLI

R. CARDILLI, Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie	9
P. CERAMI, <i>‘Imperator legitime declaratus, Augustus nuncupatur more sollemni’</i> (Amm. Marc., <i>Res gestae</i> 30.10.5)	35
A. CUSMÀ PICCIONE, Due <i>obiter dicta</i> giustinianeî su ‘αἰρετικός’ e ‘αἵρεσις’ in C. 1.5.12.4 e 1.5.18.4	77
P. FERRETTI, Le forme costrittive della libertà matrimoniale tra <i>mos</i> e <i>ius</i>	97
R. LAMBERTINI, Se, per le costituzioni anteriori al 438, i <i>tres veteres codices</i> siano stati l’unica fonte del Codice giustiniano	123
O. LICANDRO, Doppio domicilio e doppia cittadinanza. Strumenti di governo ed egemonia politica tra ‘ <i>leges</i> ’ e ‘ <i>prudentes</i> ’ nell’età repubblicana	145
J.H.A. LOKIN, Was ist geschehen mit dem Digestentitel <i>de ritu nuptiarum</i> im Text der Basiliken?	197
V. MAROTTA, Una nota su D. 49.14.32 (Marcian. 14 <i>inst.</i>) e sulla condizione giuridica degli <i>obsides</i>	213
L. PEPPE, Nota su Ioh. Malalas, <i>Chron.</i> 18.47 (e D. 1.1.1.1)	239
M. RAVIZZA, Il <i>senatusconsultum ultimum</i> : un provvedimento senatorio tra op- portunità politica e legittimità costituzionale	259
F. TERRANOVA, Due brani a confronto in tema di <i>testamenti factio</i> (<i>cum testi- bus</i>): D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 <i>ad Sab.</i>) e I. 2.10.9	287

NOTE

P. CERAMI, Note storico-giuridiche in tema di ‘giudici e legge’ (a proposito di una recente monografia di Giuseppe Valditara)	317
J.-P. CORIAT, Communication et écriture publique du droit impérial romain sous le Principat: essai de mise au point	329
F. LUCREZI, Le dodici tracce del collazionatore	341

VARIE

G. FALCONE, Due riferimenti di Ammiano Marcellino all’imperatore Giuliano	357

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

Litteras reddere

LITTERAS REDDERE*

Carissimi familiari di Lauro Chiazzese, carissimi nipoti Laura, Maria, Bernardo Mattarella, illustri Maestri, cari Colleghi, gentili discenti, Signore, Signori,

compio oggi questo assai breve intervento con emozione pari a quella provata in occasione del ritrovamento del manoscritto, avvenuto nel corso di una delle ricognizioni delle carte superstiti di Lauro Chiazzese, che ho effettuate, con la collaborazione competente e appassionata della nipote Maria, nello studio del genero di Lauro Chiazzese, Presidente Sergio Mattarella – al quale mi preme indirizzare un rinnovato pensiero di profonda gratitudine per la disponibilità immediata con la quale mi ha concesso di compiere le ricognizioni e di portare con me una parte importante delle carte rinvenute per esaminarle e trascriverle.

Il mio intervento si risolve, in realtà, in un gesto, la restituzione del manoscritto, e in poche parole che lo rivestono.

L'ho voluto intitolare *'Litteras reddere'*, in omaggio al Chiazzese uomo di raffinata cultura umanistica, oltre che Maestro del diritto romano. Mi sono ispirato infatti ad una pagina dell'*Aerarium Poeticum*, "Tesoro Poetico", pubblicato da Melchior Weinrich nel 1618: un repertorio di frasi e parole tratte dai poeti latini. In esso, ricorre il sintagma *"litteras reddere"* esplicito tanto come *"reddere tabellas"*, restituire documenti, quanto come *"verba latentia tradere"*, "consegnare, trasmettere parole nascoste".

E invero, in questo caso la restituzione del documento manoscritto è tutt'uno con l'apparizione della sua versione a stampa: onde la riconsegna si accompagna alla consapevolezza, e al misurato orgoglio, di aver portato alla luce e di trasmettere ai nostri studi la scrittura rimasta a lungo nascosta di uno straordinario patrimonio di analisi testuale e di elaborazione di pensiero.

Mi era già occorso di lavorare su un manoscritto di Lauro Chiazzese. A parte il fortuito

* Discorso pronunziato nell'incontro di studi *"Orizzonti della critica testuale, fra tradizione e nuovi indirizzi"* (Seminario di Diritto Romano in occasione della pubblicazione dei *"Confronti testuali. Parte speciale"* di Lauro Chiazzese), organizzato nell'ambito del Dottorato di Ricerca in *"Pluralismi giuridici. Prospettive antiche e attuali"* dell'Università di Palermo (di concerto con la Fondazione per l'Arte e la Cultura Lauro Chiazzese) e svoltosi presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Palermo in data 16 novembre 2018. Il manoscritto cui si allude, ritrovato nel 2017, contiene una versione della *Parte speciale* dei celebri *"Confronti testuali"* di Chiazzese; dalla sua trascrizione è derivato il volume L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustinianee. Parte speciale (Materiali)* (a cura di Giuseppe Falcone) – *Annali del Seminario Giuridico*. Fonti-4, Torino 2018 (che si aggiunge, dunque, alla *Parte generale* dell'opera, pubblicata dall'Autore nel 1933). Il discorso è stato preceduto dalla *Presentazione* del suddetto volume da parte di Antonino Metro; ed è stato seguito dalle Relazioni di Jan Lokin, Elisa Romano, Emanuele Stolfi, Cosimo Cascione, Luca Loschiavo, Massimo Brutti.

rinvenimento, sul retro delle pagine di una tesi di laurea in Chimica, di un manoscritto delle *Vicende e interpretazione delle fonti romane in Occidente*, che ho richiamato in altra occasione, avevo anni addietro utilizzato la bella copia redatta da Chiazzese delle lezioni che il suo Maestro, Salvatore Riccobono, aveva preparato e poi letto per un importante Corso tenuto a Londra nel 1924: bella copia che, collazionata con l'originale del Riccobono, mi ha consentito di pubblicare quelle lezioni londinesi come numero inaugurale della collana 'Fonti' degli *Annali del Seminario Giuridico*, nella quale adesso appare la *Parte speciale dei Confronti Testuali* di Chiazzese. Ma si era trattato di una scrittura volutamente elegante nel suo tratto e costante e regolare nello specchio della pagina, che molto aveva agevolato il lavoro. Questa volta, lo stato del reperto era diverso. Come può vedersi da una esemplificazione minima, si alternano pagine con grafia chiara e pagine con grafia assai minuta, pagine con spazi laterali rimasti bianchi e pagine con spazi riempiti da aggiunte e glosse marginali, pagine limpide e pagine con spostamenti e cancellature. Tutto ciò ha reso la trascrizione delle mille e più pagine certamente una sfida assai impegnativa. Tuttavia, nel flusso delle mie sensazioni, quel che rimane è il gusto di una sfida affascinante: giacché riscrivere, uno per uno, quei certosini confronti è stato come tornare nel vivo agitarsi di uno scontro scientifico, che non è esagerato qualificare 'eroico': per la posta in gioco altissima, la valutazione storica del *Corpus iuris*, e per il livello e la passione dei protagonisti: Riccobono, Lenel, Bonfante, Beseler, Albertario, Pringsheim, Arangio-Ruiz e molti altri giganti della nostra scienza, fra i quali il giovanissimo Chiazzese si destreggiava con garbate ma ferme prese di posizione fondate su minuziose e capillari disamine testuali.

Al qual proposito, vale la pena, anche per la presenza dei giovani che stanno iniziando o svolgendo il percorso specialistico del dottorato, segnalare brevemente un dato che appare come una traccia cristallizzata nel testo. È noto, e lo ha poc'anzi ricordato il professore Metro, che la genesi dei *Confronti Testuali* si pone in diretta contiguità temporale con la formazione universitaria di Chiazzese. Mentre questi stava approntando la tesi di laurea, apparve un breve ma denso contributo di William Buckland dal titolo *Interpolations in the Digest*, che, come è detto espressamente nella *Parte generale* dei *Confronti*, ha direttamente ispirato la pianificazione del lavoro di Chiazzese: siamo nel 1924. Già nel 1925 Riccobono può con soddisfazione scrivere in un proprio saggio: «Seguendo l'esempio del Buckland, il mio discepolo Dottor Lauro Chiazzese attende ora a raccogliere e ordinare i passi paralleli col proposito di presentare i risultati in un quadro analitico che serva ai fini della critica del *Corpus iuris*». Ebbene, all'interno del manoscritto, in occasione di un confronto tra due versioni di un testo di Ulpiano sul tormentato tema della responsabilità contrattuale, si trova una serrata critica ad uno scritto di un valente romanista tedesco (Wolfgang Kunkel) apparso nel volume della rivista *Zeitschrift der Savigny Stiftung* del 1925, e questo scritto viene indicato da Chiazzese come «venuto alla luce nel più recente volume» della rivista. Ciò significa che codesti rilievi critici furono elaborati e messi per iscritto al più tardi nel 1926. Abbiamo oggi, dunque, un riscontro concreto e, per dir così, di prima mano, del fatto che Chiazzese in quello straordinario lavoro 'al microscopio' che avrebbe dato vita ai *Confronti Testuali* si era gettato a capofitto già appena laureato, rivelando a uno-due anni di distanza una sottile riflessione storico-dogmatica assieme a profondità e acume sul versante dell'analisi testuale. Un esempio di entusiasmo, fervore e alacrità che è esso stesso lezione di metodo e di etica della ricerca.

È proprio con riguardo ai contenuti del manoscritto che un facile gioco di semantica consente di assegnare alle parole "*litteras reddere*" anche un'altra accezione, che l'*Aerarium Poeticum*, naturalmente, non poteva registrare: queste parole, invero, fanno venir in mente, questa volta con una declinazione tecnica, la "restituzione del testo" quale obiettivo e ope-

razione qualificanti della critica testuale. In quest'ottica, dunque, esse si prestano anche ad inquadrare l'incontro seminariale che seguirà e che ho pensato di organizzare quale primo e immediato dispiegarsi dell'apparizione del lavoro di Chiazzese: una riflessione sullo specifico statuto della critica testuale, sulle cautele, sulle prospettive, tradizionali e nuove, del suo impiego, nella consapevolezza dell'assoluta imprescindibilità di questa tecnica d'indagine. Colgo l'occasione per ringraziare pubblicamente tutti i relatori che, con i loro interventi, contribuiranno a mostrare 'sul campo' la centralità e la delicatezza della questione.

Concludo. In un novembre di circa ottanta anni fa, era il 1936, in questa stessa Aula Magna si è svolta una cerimonia che vide tra i protagonisti proprio Lauro Chiazzese. Si trattava della solenne consegna dei volumi di *Scritti in onore di Salvatore Riccobono*. In quell'occasione, Chiazzese pronunciò uno splendido discorso illustrativo dell'opera del Riccobono e del suo imporsi nella scienza romanistica, concludendo con la sottolineatura del ruolo esercitato dal Maestro nella propria formazione umana e scientifica. È facile avvertire, oggi, come la chiusura di un cerchio: giacché le pagine di Chiazzese tornate alla luce rappresentano una delle più alte espressioni nella strada che aveva tracciato il Riccobono e restituiscono, da quella appassionata e appassionante stagione storiografica, uno strumento prezioso per chiunque intenda studiare, con serietà e rigore di metodo, il divenire storico di dottrine e istituti conservati nel *Corpus iuris* e il significato stesso della Compilazione giustiniana.

Carissimi nipoti di Lauro Chiazzese, vogliate, dunque, ricevere, insieme con il manoscritto, il volume appena pubblicato, col quale la voce del vostro illustre avo torna ad ammaestrare.

NOTA

Del ritrovamento di una versione di *Vicende e interpretazione delle fonti romane in Occidente* scritta a mano sul retro di una tesi di laurea ho riferito in occasione della Prolusione "I Maestri del diritto romano: Lauro Chiazzese a sessant'anni dalla scomparsa", tenuta all'Università di Roma "La Sapienza" il 13 gennaio 2017 (e pubblicata in *AUPA* 60, 2017, 9 ss., spec. 12).

Ho pubblicato il manoscritto di Salvatore Riccobono contenente le lezioni svolte a Londra nel 1924, conformemente ad alcuni rinvii compiuti dallo stesso Autore, con il titolo *Lecture Londinesi (maggio 1924). "Diritto romano e diritto moderno"* (*Annali del Seminario Giuridico*. Fonti-1, Torino 2004).

Il riferimento alla valutazione critica delle tesi di Wolfgang Kunkel compare in relazione al confronto tra *Coll.* XII.7.7 e D. 9.2.27.9: v., nel volume ora pubblicato, p. 85 nonché p. X della mia Premessa (*Chiazzese, Riccobono e i confronti ritrovati*).

ARTICOLI

RICCARDO CARDILLI
(Università di Roma Tor Vergata)

Sul problema della nascita delle obbligazioni onorarie

ABSTRACT

The paper wants to deepen the processing in Roman law of the category of honorary obligation. After having verified a partial permanent validity of the conceptual irreconcilability between obligation and *actione teneri*, highlighted in the studies of the first half of 1900, the paper examines some Roman sources on the subject. From the picture drawn, emerges the effort of Roman jurists from the first century A.D. to attract the *actione teneri* into the *obligari*, as a result reflected that the granting of actions by the roman praetor leads in terms of a juridical-substantial relation. With the jurisprudence of the age of the emperors of the dynasty of the Severi this attraction is functional to the processing of the category of honoraries obligations, which will be considered one of the two *genera* of the *summa divisio* now in I. 3.13.1.

PAROLE CHIAVE

Diritto romano; obbligazioni; *actione teneri*; obbligazioni onorarie.

SUL PROBLEMA DELLA NASCITA DELLE OBBLIGAZIONI ONORARIE

SOMMARIO: 1. La discussione sulla classicità delle *'obligationes honorariae'*. – 2. *'Actio'*-*'obligatio'*, *'teneri'* (*actio*) e soggezione. – 3. *'Obligari'* e *'debere'* nei giuristi classici rispetto alle *'actiones praetoriae in personam'*. – 4. Gaio e i problemi sistematici relativi alle *'obligationes'*. – 5. *'Obligatio praetoria'* in I. 3.13.1 e la giurisprudenza severiana. – 6. Considerazioni conclusive.

1. LA DISCUSSIONE SULLA CLASSICITÀ DELLE *'OBLIGATIONES HONORARIAE'*.

Il problema delle *obligationes honorariae* è un classico esempio, a mio modo di vedere, della odierna importanza della fase interpolazionistica dei nostri studi e del ruolo che le grandi discussioni dei padri della scienza romanistica possono conservare anche all'interno del dibattito attuale, caratterizzato da una maggiore sensibilità storica e dogmatica della complessità del sapere giurisprudenziale romano e delle sue costruzioni concettuali.

A rileggere, infatti, le pagine dedicate al tema nei primi cinquanta anni del Novecento, balza agli occhi come il duro attacco che una parte della dottrina italiana e tedesca aveva indirizzato alla categoria delle obbligazioni pretorie, abbia al fondo una percezione non errata della diversa struttura giuridica attribuibile alle obbligazioni pretorie che (secondo quanto si afferma in I. 3. 13. 1) *praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur*.

D'altronde, ritengo che la questione possa trovare una più adeguata spiegazione all'interno di una ricostruzione storica che coinvolge l'emersione a livello degli usi linguistici dei giuristi romani (abbastanza recente) della categoria della *obligatio* – che in altro scritto ho ritenuto di poter riconoscere con l'operato del giurista Quinto Mucio Scevola¹ – quale momento di sintesi concettuale di alto valore ricostruttivo con cui il grande giurista repubblicano rilegge i vari tipi di *oportere* (sia derivanti da atti leciti che illeciti) che, nel corso del III-II sec. a.C., avevano catalizzato in modo unitario (al di là dei diversi contenuti degli stessi), nelle *actiones in personam* con *formulae in ius conceptae*, la più antica complessità degli schemi giuridici in materia (*oportere*, *damnatio*, *iudicatum*, *nexum*). Al di là, infatti, della più o meno plausibilità del quadro storico da me proposto rispetto al problema della nascita dell'obbligazione (come concetto, di valore circoscritto nel panorama degli schemi arcaici, presente nella sfera dei contenuti dell'*oportere ex sponsione*), ritengo che la questione delle *obligationes honorariae* segni un momento significativo della storia dell'*obligatio*, evidenziando una capacità della nuova categoria ordinante di slegarsi con più facilità, almeno da un certo momento in poi nel sapere giurisprudenziale, dal suo originario fondamento civilistico (in senso ampio, inclusivo del *ius civile* e del *ius gentium*) rappresentato dall'*oportere* e dall'*oportere ex fide bona*.

¹ Si vd. quanto ho sostenuto in *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione*, Napoli 2016, 273 ss.

Quanto resta, invece, meno convincente del dibattito interpolazionistico, è la soluzione storicamente semplificata di modelli sistematici contrapposti (classico, postclassico e giustiniano). In ciò gli studi più recenti in materia hanno dimostrato il sicuro superamento della semplificazione storica nella ponderazione della complessità dogmatica che emerge dal discorso dei singoli giuristi, dalle loro diverse costruzioni e contrapposizioni. Resta comunque il dato, altamente rilevante e difficilmente superabile, della diversità di struttura della tensione giuridica tra due *personae* indotta dalla *iurisdictio praetoria* rispetto alla dovosità espressa significativamente dall'*oportere*, che sembra però non aver impedito alla giurisprudenza romana, quanto meno da un certo momento in poi, di attrarne il significato giuridico entro lo schema delle *obligationes*, conservando un elemento distintivo nella qualificazione di dette obbligazioni come pretorie o onorarie.

Nella discussione nei primi 50 anni del Novecento che vede coinvolti, tra gli altri, Moritz Wlassak,² Silvio Perozzi,³ Vincenzo Arangio Ruiz,⁴ Heinrich Siber,⁵ Emilio Albertario,⁶ Julius Binder,⁷ Gino Segré,⁸ Ernst Levy,⁹ Emilio Betti,¹⁰ Giovanni Pugliese¹¹ e Giuseppe Grosso,¹² traspare un forte senso di appartenenza ad una metodologia ancorata all'esame dettagliato delle fonti, nelle quali i grandi studiosi richiamati cercano di cogliere il senso profondo della *summa divisio obligationum* ricordata nelle I. 3.13.1, dove la declinazione nel latino dei giuristi classici della categoria delle *obligationes honorariae* sembra evidenziare una centralità del *teneri* (*actione*), rappresentazione dogmatica differenziata che potrebbe evocare l'originaria costruzione giuridica dello schema che poi viene a confluire nella categoria dell'obbligazione onoraria.

Sebbene, infatti, possa oramai ritenersi superata (grazie *in primis* agli scritti di Gino Segré e alle sintesi di Kaser e Talamanca)¹³ in chiave di esame delle fonti in nostro possesso la

² M. WLASSAK, *Actio*, in PWRE. I.1, 1893, 303 ss., in particolare 306-307 e 310-311.

³ S. PEROZZI, *Le obbligazioni romane*, Bologna 1903, 135-142 nt. 1.

⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Le genti e la città* (Messina 1913), 1-71, in particolare 37-58 (= *Scritti di diritto romano*, I, Napoli 1974, 519-587 ss., in particolare 553-574).

⁵ H. SIBER, *Römisches Recht in Grundzügen für die Vorlesung. II. Römisches Privatrecht*, Berlin 1928, [rist. anast. Darmstadt 1968], 159-161.

⁶ E. ALBERTARIO, *La cosiddetta 'onoraria obligatio'*, in RIL 59, 1926, 549 ss. (= *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni*, Milano 1936, 19 ss.).

⁷ J. BINDER, *Prozess und Recht. Ein Beitrag zur Lehre vom Rechtsschutzanspruch*, Leipzig 1927 (rist. anast. Aalen 1969), 47-74.

⁸ G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, III, Milano 1930, 501 ss. (= in *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, 249 ss.).

⁹ E. LEVY, *Rez. von Studi in onore P. Bonfante*, in ZSS 51, 1931, 543-567, in particolare 552-554.

¹⁰ E. BETTI, *Diritto romano*, I, *Parte generale*, Padova 1935, 60-61. Da confrontarsi con la posizione più netta assunta in *Istituzioni di diritto romano*, II.1, Padova 1960, 74-77.

¹¹ G. PUGLIESE, *Actio e diritto subiettivo*, Milano 1939, 141-145.

¹² G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1947, 9-10.

¹³ G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari cit.*, 617 ss. (=375 ss.); la quantità di testimonianze esaminate da Gino Segré fa concludere la lettura del contributo da parte di un lettore attento come E. LEVY, *Rez. von Studi Bonfante*, in ZSS 51, 1931, 543-567 (sul contributo di Segré 552-554), che «in ganzen glaube ich, dass Segrés Darlegungen ... den stärksten Eindruck machen» (554); d'altronde è il contributo che si considera aver confutato la proposta interpolazionistica sul punto; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I,

posizione rigida di Albertario, che vedeva nettamente contrapposti *obligatio (civilis)* e *actioe teneri* pretorio per il diritto classico, e la esclusiva nascita della categoria dell'*obligatio honoraria* o *praetoria* in ambiente giustiniano, deve riconoscersi che sulla questione 'dogmatica' pure sollevata dalla critica interpolazionistica, relativa alla inconciliabilità tra lo schema dell'*obligatio* e quello dell'*actioe teneri*, non si possa essere egualmente soddisfatti. Credo sia utile chiarire la portata dell'attrazione dell'*actioe (praetoria) teneri* nell'*obligari*, con la significativa creazione di una sua categoria specifica (*obligatio honoraria*) fondante quella che I. 3.13.1 considera come la *summa divisio obligationum*, e che assume significato anche rispetto al sintagma del *secundum nostrae civitatis iura* della definizione ora in I. 3.13 pr.

2. 'ACTIO'-'OBLIGATIO', 'TENERI (ACTIONE)' E SOGGEZIONE.

La critica più significativa che la dottrina della prima metà del Novecento aveva mosso alla categoria delle obbligazioni onorarie era, appunto, data dalla difficoltà di attribuire al grande sapere giuridico classico la semplicistica commistione tra due schemi giuridici inconciliabili tra loro, come quello della doverosità giuridica espressa nell'*obligatio* che è posta a fondamento come *prius* (*oportere/oportere ex fide bona*) di tutte le *actiones in personam* con *formulae in ius conceptae* (*posterius*), e quello della soggezione all'azione nelle *actiones in personam* con *formulae in factum conceptae*, che non trova riscontro in un 'rapporto giuridico' già qualificato e fondante l'azione, ma determina piuttosto una priorità dell'azione stessa (*prius*) sulla situazione giuridica di cui si chiede la tutela (*posterius*).¹⁴

Tale differente percezione del rapporto tra diritto o fatto e azione (che caratterizza differentemente il rapporto tra *oportere* e *actioe teneri* nelle *actiones civiles* da un lato e *actioe teneri* e situazione tutelata, ma non qualificata, né qualificabile come *oportere* nelle *actiones praetoriae* in senso ampio) è ben espressa nelle fonti quando si afferma che solo le azioni civili *ipso iure competunt*, mentre le azioni onorarie *a praetore dantur* (Gai. 4.112). Gaio sembra rievocare un dato sostanziale, che non è di per sé condizionato, nella prospettiva dell'*officium* del pretore, da una presunta qualifica differenziata dell'esercizio della sua *iurisdictio*,¹⁵ la quale è in ogni caso fondante la concessione dell'azione (sia questa civile o onoraria), ma che sembrerebbe riflettere, nella prospettiva dei destinatari dello *ius dicere*, una diversa aspettativa rispetto alla concessione delle azioni da parte del pretore, a seconda siano queste civili o pretorie.¹⁶

A tale riguardo, va precisato che – coerentemente a quanto le fonti attestano in un numero impressionante di testimonianze – *actioe teneri* non è un sintagma caratteristico

München 1971², 480 e nt. 9; M. KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', in ZSS 101, 1984, 14 (che pensa a Gaio come termine *a quo*); M. TALAMANCA, *Obbligazioni*, in Enc. dir. 29, 1979, 1 ss., in particolare 17-18 e nt.119. Vd. anche M. BREONE, *Storia del diritto romano*, Roma-Bari 1989³, 150.

¹⁴ Sull'antitesi *obligatio* e *actioe teneri*, si vd. per tutti G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali nell'impostazione romana*, Torino 1944, 39.

¹⁵ Vd. sulla unicità della *iurisdictio praetoria* rispetto agli istituti di *ius civile* (in senso ampio) e *ius honorarium*, F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988, 473 e gli approfondimenti di F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del 'ius honorarium'*, in SDHI 62, 1996, 1-68, in particolare 72 ss. [= ID., *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto*, Torino 1997, 57 ss.].

¹⁶ Con il che non voglio dire che per le azioni civili il pretore non potesse *actionem denegare*, ma che di fronte a situazioni che fossero in ogni caso previste in modo stabile nel suo editto (e quindi ciò vale anche per le azioni pretorie edittali), le ragioni per denegare l'azione dovessero presentarsi con una minore frequenza ed in ogni caso essere fondate su motivazioni serie; esattamente M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 313. Si deve, peraltro, tenere in conto che la *denegatio* non aveva effetti preclusivi; A. METRO, *La 'denegatio actionis'*, Milano 1972, 160 ss.

esclusivamente delle situazioni tutelate con *actiones praetoriae*, ma esprime un dato terminologico, di grande valore concettuale rispetto ai profili della responsabilità,¹⁷ proprio dei giuristi romani classici, secondo cui riconoscere l'azione ad una parte o affermare la soggezione all'azione di un'altra equivaleva alla affermazione della prevalenza o della soccombenza della sua ragione giuridica sulla controparte. Tale modo di rappresentare il ruolo dell'*actio* nel discorso dei giuristi determina un distinguo significativo rispetto al significato processuale della spettanza dell'azione civile o della dazione da parte del pretore di quella pretoria, nella quale al contrario è evidentemente insita l'eventualità della condanna in sede di valutazione giudiziale della controversia.¹⁸

Quanto precisato non è senza rilievo nello sforzo di comprendere il significato dell'*actio* teneri nei giuristi, poiché tale dato assume all'interno dell'opera del giurista, piuttosto che nell'attività quotidiana del *ius dicere* del pretore, un ruolo molto più pregnante, rispetto alla mera prospettiva dell'azione come mezzo di tutela o difesa di situazioni giuridiche, propria della concezione chiusa e statica dell'azione nel diritto moderno.¹⁹

In conseguenza di tale stato di cose, è emersa, coerentemente alla particolare prospettiva che i giuristi romani assumono rispetto al significato di *actio*, una sua connotazione qualificante una posizione giuridica sostanziale attiva correlata in particolare alla posizione dell'*obligatus*. Tale linea evidenzerebbe una relazione strettissima, due facce della stessa medaglia, tra *actio* e *obligatio*,²⁰ che condizionerebbe la stessa costruzione di contenuto delle posizioni del *creditor* e del *debitor* e che spiegherebbe perché la definizione di Celso dell'*actio* (a differenza del ruolo generalizzante che ne avrebbero poi dato i giustiniani in I. 4.3.1) sia circoscritta alle *actiones in personam* (*nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persquendi*).

¹⁷ Mi permetto di rimandare alle precisazioni, pur in ambito di riconoscimento giurisprudenziale del *praestare* rispetto a rapporti qualificati in termini formulari come *quidquid dare facere oportere ex fide bona*, fatte in *L'obbligazione di 'praestare' e la responsabilità contrattuale in diritto romano*, Milano 1995, 315 ss.

¹⁸ Al riguardo, sono illuminanti le pagine dedicate al tema da G. PROVERA, *Diritto e azione nell'esperienza giuridica romana*, in *Studi in onore di Arnaldo Biscardi*, IV, Milano 1983, 325-348. Tale rapporto è stato oggetto di particolare approfondimento in Raimondo Santoro, il quale attraverso di esso ha elaborato una tesi sull'origine dell'obbligazione romana fondata sulla resistenza dello schema della soggezione all'azione, con una tarda emersione dell'elemento dell'obbligo ad una prestazione; si vd. i suoi lavori su *Potere e azione in diritto romano antico*, in AUPA 30, 1967, 103 ss.; *'Actio' in diritto antico*, in AA.VV., *Poteri negotia actiones*, Atti Copanello 1980, Napoli 1982, 201 ss.; e più di recente, *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.); *Omnia iudicia absolutoria esse*, in *Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*. Atti Convegno di Siena 2001. In onore di A. Biscardi, Milano 2011, 259 ss. (= *Scritti minori cit.*, II, 629 ss.). Sul rapporto tra *actio* e *necessitas solvenda rei* della definizione in I. 3.13 pr., vd. G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum*, Torino 2003, 112-113 (vd. anche in conclusioni) e C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' alla luce della struttura primitiva del vincolo obbligatorio*, in L. GAROFALO (a cura di), *'Actio in rem' e 'actio in personam'*. In ricordo di M. Talamanca, I, Padova 2011, 127 ss., in particolare 306-319.

¹⁹ Ho cercato di cogliere il fondamento ideologico della moderna concezione dell'azione rispetto alla concezione romana in *Brevi riflessioni critiche sull'azione come difesa del diritto attraverso il diritto romano*, in *Revista Chilena de Historia del Derecho* 22, 2010, 95 ss.

²⁰ M. WŁASSAK, *Actio cit.*, 303-325, in particolare 306-308; G. PUGLIESE, *'Actio' e diritto subiettivo cit.*, 242-248 (con rilievi critici rispetto alla correlazione tra *actio* e *obligatio*); M. KASER, *Das römische Privatrecht cit.*, I, 483-484; M. TALAMANCA, *Obbligazioni cit.*, 21-22. Si vd. peraltro, il dibattito tra Giovanni Pugliese e Filippo Gallo ora in AA.VV., *Poteri 'negotia' 'actiones' nella esperienza romana arcaica*, Atti Copanello 1982, Napoli 1984, 247 e 275-276.

Ciò in parte, a mio modo di vedere, assume nell'ambito di questo approfondimento del problema delle *obligationes honorariae*, un preciso valore, in quanto, la sua coerenza alle fonti andrebbe storicamente contestualizzata, non presupponendo una sua 'a-storicità', ma, come anche per la categoria dell'*obligatio*, una sua verifica nel discorso che i giuristi maturano sul significato della *datio actionis (in personam) honorariae*, dove, a differenza del dualismo *oportere* – *actione teneri* nelle *actiones in personam civiles*, l'affermazione attorea non ha ad oggetto l'*oportere* del convenuto, ma esclusivamente i presupposti di fatto della condanna, facilitando la valorizzazione esclusiva dell'unico schema restante dell'*actione teneri*.

La terminologia dei giuristi tardo-repubblicani e di inizio principato è netta nel qualificare in termini di (*actione*) *teneri* i rapporti che poi confluiranno nella categoria delle *obligationes praetoriae*. Il dato va posto in relazione con la maturazione (abbastanza complessa) del genere letterario *ad edictum*, che pone di nuovo i giuristi romani al centro di una interpretazione ricostruttiva (*componere* in Pomponio rispetto all'*edictum praetoris* nei *libri de iurisdictione* di Ofilio),²¹ che troverà nell'ampio lavoro di Labeone (*libri ad edictum praetoris urbani*) il momento principale di acquisizione ai generi letterari giuridici della nuova fonte di *ius*, determinando riflessioni, accostamenti, risistemazioni essenziali per la successiva stabilizzazione con Adriano dell'Editto del pretore da parte di Giuliano.

Faccio alcuni richiami esemplificativi. In Servio Sulpicio Rufo, autore della prima opera dedicata all'editto del pretore, in due libri *ad Brutum* (che Pomponio qualifica *brevissimi*) e protagonista in prima persona nella proposta, poi confluita nell'editto del pretore, di *actiones praetoriae in rem* (I. 4.6.7), si riscontra: la distinzione tra *actio honoraria* e *actio legitima* rispetto all'*actio (in personam) de positis vel suspensis* in rapporto all'*actio ex lege Aquilia* (Ulp. 23 *ad ed.* D. 9.3.5.12); la qualificazione della solidarietà in ambito di *actiones (in personam)* c.d. *adiecticiae qualitatis* in termini di *in solidum teneri* (Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.5 pr.-1); la costruzione *eum teneri* (D. 39.2.24.4) in tema di *operis novi nuntiatio*.

In Aulo Ofilio, al quale si deve un'opera sulle azioni, non limitata alle *actiones civiles* ed un'opera *de iurisdictione* (D. 1.2.2.44, Pomp. *lib. sing. Enchir.*), troviamo *exercitorem teneri* in Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.9 e *actione teneri* in Ulp. 53 *ad ed.* D. 39.3.3.2.

In Labeone, rispetto all'*institor*, si trova un *eum teneri* in Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.5.2; nonché un significativo *teneri eum interdicto* in Ulp. 68 *ad ed.* D. 43.8.2.28 e 41 e in Ven. 3 *interd.* D. 43.26.22.1.

Con ciò non voglio dire che tali costruzioni restino limitate alle fattispecie tutelate da *actiones praetoriae in personam*, riscontrandosi un ampio uso del *teneri (actione)* anche in contesti tutelati da *actiones civiles (in personam)*, ma che nelle prime tale uso è univoco fino ad un certo periodo, non evidenziandosi nel materiale in nostro possesso almeno per una certa generazione di giuristi alcuna diversa configurazione di tali rapporti, appunto in chiave di *debere* o *obligari*.

La centralità dell'*actio*, quindi, ben sottolineata da Raimondo Santoro rispetto ad una rilettura del rapporto a Roma tra situazioni tutelate e tutela stessa,²² avrebbe, nel quadro che emerge nelle fonti, una parziale conferma. Confermato è il ruolo dell'*actio* rispetto al *ius* in accezione oggettiva, in quanto il momento dinamico dell'*agere* non è attratto nell'alveo del *iudicium*, ma in quello appunto del *ius*, in quanto momento propulsivo e a volte anche originante la rilevanza di situazioni sostanziali che come tali, prima del riconosci-

²¹ Si vd. sulla nascita del genere letterario *ad edictum*, D. MANTOVANI, *Gli esordi del genere letterario ad edictum*, in *Per la storia del pensiero giuridico romano. Dall'età dei pontefici alla scuola di Servio*, Torino 1996, 61-133; G. FALCONE, *Ofilio e l'editto*, in *Labeo* 42, 1996, 101-106.

²² Vd. *supra* nt. 18.

mento dell'*actio* stessa, restavano su un piano di irrilevanza. L'ambito di operatività di un tale rapporto invertito tra diritto ed azione, proprio, invece, della prospettiva moderna, non trova, a mio modesto avviso, una sua dimensione di totale pervasività nel diritto romano, ma espressione elettiva nell'ambito delle *actiones praetoriae* con *formula in factum*. Nelle *actiones civiles* con *formula in ius concepta*, l'*agere* concretizza l'affermazione dell'attore (poi da accertare in giudizio) dell'esistenza, percepita come già in essere, di un *meum esse ex iure Quiritium* o di un *oportere*.

La costruzione (*actione*) *teneri* sta a dimostrare, quindi, che per i giuristi delle generazioni successive a Quinto Mucio, che ben conoscono la categoria dell'*obligari/obligatio*, di *obligatio* non potesse parlarsi per i rapporti nei quali il pretore concedeva azioni *in personam* non fondate su un preesistente *oportere* (puro o *ex fide bona*), ma soltanto di soggezione all'*actio*. La posizione giuridica del soggetto di cui si afferma il *teneri*, non sarebbe quella di chi 'deve', di chi è 'obbligato', ma quella di chi abbia perfezionato (negli illeciti) oppure non abbia perfezionato (negli atti leciti) quanto previsto come fatto condizionante della condanna nella *formula in factum concepta*, subendone le conseguenze previste a seguito dell'azione pretoria concessa. Al riguardo, si è voluto in dottrina accentuare il significato dell'*actione teneri* quale onere connesso ad una soggezione, così da porre in luce tutta la criticità della assimilazione di tale costruzione nelle *obligationes* (sebbene *praetoriae* o *honorariae* e non *civiles*).²³

Dal mio punto di vista – condizionato, lo riconosco, dal mio studio sul rapporto tra *oportere* ed *obligatio*²⁴ – la giurisprudenza che per prima si è confrontata con tali situazioni giuridiche che la realtà delle *actiones praetoriae in personam* veniva delineando, sembra aver escluso una loro attraibilità nell'*oportere* (esclusione corretta data la fonte del suo riconoscimento, appunto la *iurisdictio* del pretore e non il *ius civile* in senso ampio) e, quindi, anche, inizialmente una loro inclusione nella nuova categoria ordinante dell'*obligatio*, categoria fortemente condizionata nella sua prima elaborazione fin da Quinto Mucio Scevola dagli schemi dell'*oportere* e dell'*oportere ex fide bona*.

Si tratterebbe, quindi, per l'*actione teneri* di uno schema che realizza un quadro nuovamente complesso delle situazioni ascrivibili nell'alveo del problema dell'obbligazione, che si affianca all'*obligatio* (caratterizzata, invece, dal rapporto indissolubile tra *oportere* e *actio*-

²³ Si vd. per tutti E. ALBERTARIO, *La cosiddetta 'honoraria obligatio'* cit. 549 ss. (= *Studi di diritto romano*, III, *Obbligazioni* cit., 19 ss.); in un primo tempo, vd. pure, G. GROSSO, *I problemi dei diritti reali* cit., 39. Va evidenziato che nella prima edizione a stampa del suo Corso sulle obbligazioni del 1947 (seguito alle due edizioni litografate del 1929-30 e del 1933-34), Giuseppe Grosso coglieva già assai lucidamente il nucleo di contenuto dogmatico e non esclusivamente storico dell'obbligazione onoraria; G. GROSSO, *Obbligazioni. Contenuto e requisiti della prestazione. Obbligazioni alternative e generiche*, Torino 1947, 9: «Per il modo in cui avveniva la creazione del diritto nella *iurisdictio* pretoria, il pretore non creava direttamente obbligazioni; egli concedeva azioni, e dalla promessa di queste si induceva il rapporto sostanziale che si vedeva sanzionato nell'azione. È ovvio come, costruendo tale rapporto sostanziale che si argomentava di riflesso dalla tutela pretoria, i Romani dovessero provare della ripugnanza ad applicarvi senz'altro la terminologia del *ius civile*. Ma ciò non significa che i Romani si siano irrigiditi su una antitesi terminologica, come vorrebbero oggi molti romanisti; quando la valutazione ed elaborazione degli istituti sostanziali del diritto pretorio si sviluppò, e ne risultò sempre più il parallelo cogli istituti civilistici e la corrispondenza sostanziale, e questo parallelo importava tutta una serie di principi comuni, soprattutto dopo la redazione definitiva dell'editto, gli scrupoli terminologici furono in parte abbandonati» (lo spaziato è mio).

²⁴ *'Damnatio' e 'oportere' nell'obbligazione* cit.

ne teneri), uno schema giuridico che non ha il suo fondamento nei *mores* o nella legge (e quindi non è azionabile con una *formula in ius concepta*), ma esclusivamente nella *iurisdictio praetoria*. Uno schema nel quale vi sarebbe una struttura giuridica monistica in chiave di *actione teneri*, di soggezione all'azione del soggetto contro il quale l'azione si riconosce.

Tale costruzione, che vede la giurisprudenza di fine repubblica e di inizio principato muoversi nell'ambito della forte tipicità caratterizzante la stessa concessione pretoria di nuove *actiones in personam*, assume quindi come primo dato interpretativo e ricostruttivo l'elemento unitario della soggezione all'azione, che appunto verrebbe ad affiancarsi (e non ad assimilarsi) alle tipiche *obligationes (ex contractu ed ex delicto)* che venivano a loro volta nel frattempo sottoposte ad uno stress sistematico, nei secoli tra Quinto Mucio Scevola a Gaio, con esiti di organizzazione ed avvicinamento degli istituti coinvolti che erano permessi dall'individuazione della comune presenza dello schema dell'*obligatio*.²⁵

D'altronde, quanto fin qui detto va posto in relazione alla elaborazione della *stipulatio Aquiliana* da parte di Aquilio Gallo nella prima metà del I sec. a.C. In essa, infatti, come la più attenta dottrina ha evidenziato, l'effetto novativo unitario in termini di *oportere* viene concepito non esclusivamente rispetto a rapporti preesistenti che possano qualificarsi in termini di *oportere* (più o meno *ex fide bona*) attuale o futuro (*quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebit praesens diemve*), ma anche a posizioni giuridiche preesistenti collegate esclusivamente alla sottoposizione ad *actiones, petitiones e persecutiones* (con una descrizione terminologica ampia: *quarumque rerum mihi tecum actio quaeque adversus te petitio vel adversus te persecutio est eritve*), sottolineando come la dinamicità di tali seconde situazioni giuridiche venisse percepita quale nettamente distinta da Aquilio Gallo, ma accostabile alla doverosità dell'*oportere* sul piano della funzionalità della *stipulatio* novatoria dallo stesso escogitata.²⁶

Ciò viene a confermare in parte il nucleo di permanente validità di quanto è emerso nel dibattito nella critica interpolazionistica sulle obbligazioni onorarie, relativo alla difficile conciliabilità dello schema dell'*actione teneri*, con quello dell'*obligatio*. La residua insoddisfazione del discorso interpolazionistico è, invece, da riconoscersi nella propensione della scienza romanistica dell'epoca di pensare il diritto sempre come corpo normativo chiuso, con la semplificazione della lettura della complessità del diritto tramandato dalle opere dei giuristi classici e codificato da Giustiniano in chiave di sistemi e concezioni contrapposte su binari storici differenziati.²⁷ Manca cioè quell'idea di complessità nella contemporaneità che è invece uno dei risultati più significativi a cui la romanistica è giunta dagli anni '60 in poi del Novecento. Tale difficoltà della romanistica della prima metà del Novecento, si declinava, come detto, nella costruzione di sistemi e concezioni contrapposte su piani storici differenziati, spostando in ambiente culturale giustiniano (o al massimo post-classico) la maturazione della categoria delle *obligationes praetoriae*, senza così rendere conto in modo

²⁵ Per tali svolgimenti v. '*Damnatio*' e '*oportere*' cit., 302-305.

²⁶ La delimitazione proposta da M. WLASSAK, *Die Aquilianische Stipulation*, in ZSS. 42, 1921, 394 ss., alle obbligazioni civili della I^a clausola è a mio avviso indubbia e riflette bene la prospettiva di Aquilio Gallo, sebbene ciò non significhi poi che la giurisprudenza dei secoli II e III d.C. abbia considerato ricorrevi per ogni tipo di *obligatio*. Forse, più che ad un presunto ricorso in chiave estensiva della I^a clausola alle situazioni tutelate con azioni pretorie – come pensa F. STURM, *Stipulatio Aquiliana*, München 1972, 125-134 – potrebbe ritenersi che la II^a clausola fosse perfettamente acconcia a tale tipo di attrazione nell'operatività della *stipulatio* novativa di Aquilio Gallo.

²⁷ Vd. le puntuali osservazioni di R. ORESTANO, *Introduzione allo studio del diritto romano*, Bologna 1987, 546-549 che parla di «pandettizzazione del diritto classico».

adeguato dello stato delle fonti. In realtà, i dati, quantitativamente significativi, emergenti dalle fonti in nostro possesso confermano una solida attestazione della inclusione di tali posizioni giuridiche nella doverosità (in termini di *debere* e di *obligari* e *obligatio*) già nella giurisprudenza classica, presupposto della loro successiva costruzione in una categoria unitaria, quale quella delle *obligationes praetoriae* o *honorariae* già nella giurisprudenza severiana.

3. 'OBLIGARI' E 'DEBERE' NEI GIURISTI CLASSICI RISPETTO ALLE 'ACTIONES PRAETORIAE IN PERSONAM'.

A. Sabino, Cassio e l'*obligari de peculio*.

Reputo importante ai fini di questo contributo esaminare alcune fonti, a mo' di esempio e senza alcuna pretesa di esaustività, le quali non sempre sono state indagate in relazione al problema della emersione e della configurabilità delle *obligationes praetoriae*.

D. 15.1.3.9 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Sed si filius fideiussor vel quasi interventor acceptus sit, an de peculio patrem obligat. quaeritur. et est vera Sabini et Cassii sententia existimantium semper obligari patrem de peculio et distare in hoc a servo.*

Ulpiano, all'interno dei suoi *libri ad edictum*, in un contesto relativo al *triplex edictum*, *de peculio aut de in rem verso aut quod iussu*, ricorda un'ipotesi discussa dai giuristi romani di c.d. responsabilità adiettizia del *pater* per l'assunzione da parte del *filius familias* della posizione di *fideiussor* o di *quasi interventor* rispetto ad un *debitum* di altri.²⁸

La *quaestio*, per come è presentata da Ulpiano, è impostata nei termini *si filius ... de peculio patrem obligat*.²⁹ La notizia è coerente con quanto emerge in Ulp. 29 *ad ed.* D.

²⁸ Il passo non è esaminato in I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'*, Napoli 1976 e S. LONGO, *Filius familias se obligat? Il problema della capacità patrimoniale dei 'filii familias'*, Milano 2003. Analizza il testo all'interno del dibattito sulla capacità processuale dello schiavo, A. BISCARDI, *La capacità processuale dello schiavo*, in Labeo 21, 1975, 143 ss., in particolare 163-164; in relazione a D. 15.1.3.5-6 (Ulp. 29 *ad ed.*) e a D. 46.1.20 (Iav. 13 *epist.*), lo esamina A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali in tema di capacità degli schiavi*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano 1982, 147 ss., in particolare 148-151. Più di recente, enfatizzando opportunamente l'uso nei passi in materia di *a.a.q.* di *obligari* e *obligatio*, si vd. M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza in diritto romano*, I, Milano 2008, 45 ss.

²⁹ La costruzione, che ha come soggetto dell'*obligat* necessariamente il *filius* (*si filius ... de peculio patrem obligat*), esprime una forza espressiva diversa rispetto a costruzioni in materia successive (vd. ad. es. *infra* D. 15.1.3.5-6 Celso e Giuliano in Ulp. 29 *ad ed.* dove la costruzione pone come soggetto direttamente il *pater*, che *de peculio obligatur*), quasi ad evidenziare nel parere di Sabino e Cassio una prospettiva nella quale è il *filius*, con il compimento dell'atto negoziale, ad obbligare il padre nei confronti dei terzi nei limiti del peculio. Vd., sul problema, M. MICELI, *Sulla struttura formulare delle 'actiones adiecticiae qualitatis'*, Torino 2001, 185 ss. e rispetto alle obbligazioni pretorie 337 ss.; EAD., *Studi sulla rappresentanza* cit., I, 44 ss. La studiosa palermitana, proprio tenendo conto che le fonti sono per lo più orientate terminologicamente su un diretto riconoscimento della responsabilità del *pater* nei limiti del peculio (*pater obligatur*), propone una formula delle *a.a.q.* nelle quali la gestione negoziale del sottoposto o dell'incaricato non sia prevista in termini di fatto rilevante e condizione della condanna del *pater* in una *conceptio in factum*. Ferme restando le giuste osservazioni che l'A. fa rispetto alle deduzioni che se ne traggono in rapporto al problema della rappresentanza (p. 45), non mi sembra necessario pensare però per le *a.a.q.* ad una ricostruzione delle varie *formulae* diversa da quella di O. LENEL, *Das edictum perpetuum*, Leipzig 1927³, (*actio institoria*) 263; (*actio quod iussu*) 278; (*actio depositi de peculio*) 282; vd. d'altronde anche D. MANTOVANI, *Le formule* cit., 79-82. La giusta constatazione emergente dalle fonti, ben rilevata da Maria Mice-

15.1.3.5, dove, in base ad un parere di Celso, si distingue per il *servus*, a differenza appunto del *filius*, a seconda che abbia prestato fideiussione (nel qual caso il padrone risponde nei limiti del peculio), sia stato *inventor* in un credito a favore di altri o sia stato solo mandante (nel qual caso *non obligabitur dominus de peculio*).

La posizione del *pater* rispetto ad attività connesse all'assunzione di garanzie personali verso terzi del *filius* è, quindi, determinata in D. 15.1.3.9 attraverso la condivisione ulpianea (*vera*) di un parere di Sabino e Cassio, secondo i quali, a differenza appunto dell'ipotesi dello schiavo, nel caso del *filius familias* questi *semper obligat patrem de peculio*.³⁰

Da come il testo è tramandato, l'uso del verbo *obligari* – che pur potrebbe risentire della *lectio* ulpianea data all'impostazione del problema – sembra risalire effettivamente a Sabino e Cassio. L'uso delle due infinitive ne è un indizio importante. Ciò dimostra come a fronte di un rapporto che, qualora assunto da una *persona sui iuris*, sarebbe stato tutelato in termini di *oportere*, non poteva esserlo se assunto dal sottoposto a potestà (in particolare nella specifica posizione giuridica di *filius familias*). La concessione da parte del pretore contro il *pater familias* di un'*actio praetoria in personam* con *formula in factum*, diretta – se provati i presupposti fattuali stabiliti – alla condanna dell'avente potestà nei limiti del valore del peculio, è il sintomo di una stagione nuova che apre il diritto romano alla grande dinamicità commerciale del II sec. a.C.³¹

L'uso da parte di Sabino e Cassio del verbo *obligare* è significativo. Con esso si qualifica uno schema giuridico, nel quale, tradotto in termini formulari, l'*oportere* è sul piano dell'irrealtà, ma attratto nei presupposti della condanna in chiave di *fictio suitatis* del figlio (ma la cosa a livello formulare sarebbe simile per lo schiavo con il ricorso alla *fictio libertatis*).

Il percorso logico che può aver portato i giuristi citati ad estendere il significato dell'*obligari* anche ad un rapporto che formalmente non era fondato su un *oportere* tra attore e convenuto, ma su un *oportere* fittizio in base al quale il pretore concede un'azione con *formula in factum* al 'creditore' contro il *pater* sul presupposto che il *filius* abbia prestato la fideiussione e lo stesso gestisse un *peculium*, esprime la forza di lettura di tale interpretazione. Essa può essere stata condizionata dal fatto che l'intervento pretorio, come 'Reflexwirkung' sul piano delle ricadute sostanziali era idoneo a determinare un 'debito' (non qualificabile in senso formale come *oportere*) del *pater* nei confronti del 'creditore' e nei limiti del *peculium*.³²

li (ossia che spesso i giuristi parlano di un diretto *obligare*li del *pater/dominus*), conserva comunque valore pur a fronte del tenore formulare accolto dalla dottrina prevalente, esprimendo la capacità dei giuristi romani di cogliere il riflesso sostanziale della dazione dell'azione pretoria contro l'avente potestà o il preponente, rispetto al dato formale della formula come noi la conosciamo. A mio modesto avviso, è più una preoccupazione del giurista moderno piuttosto che di quello romano l'aderenza formale e letterale al dettato di natura per così dire normativa – in questo caso formulare – che i giuristi romani dell'età classica non hanno mai percepito come limite, anche rispetto alle *formulae*. Sulla questione, vd. anche le considerazioni di C. PELLOSO, *Il concetto di 'actio' cit.*, 293 ss.

³⁰ Il *semper* è indice del fatto che, almeno, nella prospettiva ulpianea, vi sia la preoccupazione di evidenziare la differenza rispetto all'ipotesi del *servus*, ipotesi approfondita in D. 15.1.3.5-6 (su cui vd. *infra*).

³¹ Si veda al riguardo gli studi di A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo 'manager' in Roma antica*, Milano 1985; ID., *Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romanistica e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate a F. Gallo*, III, Napoli 1997, 413 ss.; efficace la qualifica di «periodo imprenditoriale», in P. CERAMI, A. DI PORTO, A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*, Torino 2004², 34 ss.

³² Fondamentale al riguardo, per spiegare il rapporto tra la *Reflexwirkung* del *ius honorarium* sul *ius civile*, M. KASER, '*Ius honorarium*' und '*ius civile*', in ZSS 101, 1984, 1 ss., in particolare 90, da leggersi

Lo sguardo di Sabino e Cassio sembra guardare oltre la formale constatazione che a determinare la responsabilità del *pater* rispetto alla fideiussione del figlio non ci sia un suo diretto *oportere* nei confronti del 'creditore' e non ci sia nemmeno un *oportere* del *filius* (semmai una finzione di *oportere* del *filius*),³³ ma il riconoscimento pretorio di un'azione che in base a tali presupposti di fatto (assunzione della fideiussione da parte di chi sia *in potestate* ed esistenza del *peculium*) porterà alla condanna del *pater* nei limiti del *peculium*: quindi proprio un'*actio teneri*.

Si tratta, se terminologicamente propria dei due maestri sabiniani, di una costruzione altamente innovativa, dove quanto era irrealizzabile sul piano dell'*oportere* (non potendosi appunto riconoscere l'esistenza di un *oportere* tra *pater* e 'creditore' e quindi la presenza di un'*actio civilis in personam*, ma soltanto la concessione di un'*actio praetoria in personam* con la delimitazione dell'entità della condanna al *peculium*), si dimostra, invece, possibile sul piano dell'*obligari*.

B. Aristone e la qualifica *obligatio civilis* in D. 2.14.7.2 Ulp. 4 *ad ed.*

Dalla prospettiva di questo contributo, può forse cogliersi un'eco di una contrapposta costruzione in termini di *obligatio* (per così dire *praetoria*) nel famoso dibattito tra Aristone e Mauriciano da un lato e Giuliano dall'altro, in materia di cd. contratti innominati, ora contenuto in

D. 2.14.7.2 (Ulp. 4 *ad ed.*): *Sed et si in alium contractum res non transeat, subsit tamen causa, eleganter Aristo Celso respondit esse obligationem. ut puta dedi tibi rem ut mihi aliam dares, dedi ut aliquid facias: hoc σύναλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. et ideo putō recte Iulianum a Mauriciano reprehensum in hoc: dedi tibi Stichum, ut Pamphilum manumittas: manumisisti: evictus est Stichus. Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam: ille ait civilem incerti actionem, id est praescriptis verbis sufficere: esse enim contractum, quod Aristo σύναλλαγμα dicit, unde haec nascitur actio.*³⁴

insieme a quanto è stato opportunamente precisato sul problema della cd. *Rezeption* dei *bonae fidei iudicia* nel *ius civile* da R. FIORI, '*Ius civile*', '*ius gentium*', '*ius honorarium*': il problema della «recezione» dei '*iudicia bonae fidei*', in BIDR 101-102, 1998-1999, 165 ss.

³³ Ciò in base alla formula come ricostruita per l'*actio depositi de peculio* da O. LENEL, *Das edictum perpetuum* cit., 282; D. MANTOVANI, *Le formule* cit., 81-82. Vd. anche *supra* nt. 29.

³⁴ La bibliografia sul passo è sterminata. Mi limito a richiamare i lavori recenti che hanno approfondito gli aspetti formulari delle azioni richiamate nel passo, sebbene poi con soluzioni non coincidenti: A. SCHIAVONE, *Studi sulle logiche dei giuristi romani. 'Nova negotia' e 'transactio da Labeone a Ulpiano*, Napoli 1971, 139 ss.; R. SANTORO, *Il contratto nel pensiero di Labeone*, in AUPA 37, 1983, 74 ss.; ID., *Actio civilis in factum, actio praescriptis verbis e praescriptio*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, IV, Milano 1983, 681 ss., in particolare 705; J. KRANJC, *Die 'actio praescriptis verbis' als Formelaufbauproblem*, in ZSS 106, 1989, 434 ss., in particolare 455 e 458; M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti romani fra 'conventio' e 'stipulatio' fino a Labeone*, in AA.VV., '*Contractus e pactum*'. Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardo-repubblicana, Atti Copanello 1988, Napoli 1990, 35 ss., in particolare 100-103; A. BURDESE, *Sul riconoscimento civile dei cd. contratti innominati*, in IVRA 36, 1985, 14 ss.; ID., *Sul concetto di contratto e i contratti innominati in Labeone*, in *Atti Seminario sulla problematica contrattuale in diritto romano*, (Milano 7-9 aprile 1987), I, Milano 1988, 15 ss., in particolare 39-40; ID., *Contratto e convenzioni atipiche da Labeone a Papiniano*, in SDHI 62, 1996, 515 ss.; ID., *Divagazioni in tema di contratto romano tra forma, consenso e causa*, in '*Iuris vincula*'. Studi in onore di M. Talamanca, I, Napoli 2001, 315 ss.; F. GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' nel contratto, II, Torino 1995, 93 ss., 180 ss.; M. ARTNER, '*Agere praescriptis verbis*'. Atypische Geschäftsinhalte und klassische Formularverfahren, Berlin 2002, 145-149, 104-109; P. GRÖSCH-

Per Aristone l'*obligatio* che nasce da un *do ut des*, è qualificata espressamente in termini di *obligatio civilis*. Ulpiano nell'introdurre il *responsum* che Aristone dà a Celso parla soltanto di *obligatio*. Si deve presumere quindi che il dato fosse presente nella terminologia di Aristone, il quale sarebbe stato incline a collegare alla *datio*, effettuata da una parte in conseguenza della *conventio* su uno specifico assetto di interessi caratterizzato dalla corrispettività, ma non rientrante nei tipi esistenti (*dedi tibi rem ut aliam dares* oppure *dedi ut aliquid facias*), un'*obligatio* qualificata come *civilis*. Si deve al riguardo ritenere che la traduzione formulare della costruzione doveva prevedere la sicura presenza dell'*oportere* (più o meno *ex fide bona*). Ciò è confermato dalla critica di Mauriciano a Giuliano, che sul piano processuale traduce tale riconoscimento in termini di *actio civilis incerti*. La formulazione sta ad indicare tecnicamente – e con una proprietà terminologica sbalorditiva, in base a quanto sappiamo del processo *per formulas* – una *formula in ius concepta* la cui *intentio iuris civilis* (Gai.4.45) ha ad oggetto un *incertum*. È ipotizzabile una *intentio* dal seguente tenore: *quidquid dare facere oportet*. È ancora fortemente dibattuto se l'*oportere* in questo caso sia o meno *ex fide bona*.³⁵

La qualifica da parte di Aristone di *obligatio civilis* è altamente significativa ed espressiva in chiave di obbligazione alla sua corrispondenza col mezzo processuale di un'*actio civilis incerti* di Mauriciano.³⁶

Tale coerenza, se letta in rapporto alla contrapposta posizione di Giuliano (criticata da Mauriciano), che invece riteneva in questa fattispecie necessaria la dazione da parte del pretore di un'*actio in factum*, assume un suo preciso significato. L'*actio in factum*, a mio modo di vedere, è da intendersi, nel contesto storico di Giuliano, come non compresa nell'editto da lui codificato. Come ha peraltro convincentemente dimostrato Filippo Gallo, in replica alla tesi di Kranjc il quale aveva sostenuto che qui si tratterebbe di un *actio civilis in factum*, la qualifica giuliana evoca una *formula in factum concepta*. Ciò significa che la formula avrebbe inserito l'assetto di interessi divisato dalle parti nel caso esaminato da Giuliano e Mauriciano (*dedi Stichum ut Pamphilum manumittas*) e la successiva evizione di Stico come presupposti di fatto e condizioni della condanna del *dans*, senza alcun richiamo ad

LER, 'Actiones in factum'. Eine Untersuchung zur Klage-Neuschöpfung im nichtvertraglichen Bereich, Berlin 2002, 20-21; T. DALLA MASSARA, *Alle origini della causa del contratto*, Padova 2004, 77 ss., sui problemi di tecnica formulare, 177 ss.; B. SCHMIDLIN, *Das Nominatprinzip und seine Erweiterung durch die 'actio praescriptis verbis'*, in ZSS 124, 2007, 53 ss., in particolare 54-55, 83-89; M. VARVARO, *Ricerche sulla 'praescriptio'*, Torino 2008, 138-143 (in particolare attraverso il confronto con lo scolio Μαθὼν a B.11.1.7 [Scheltema B. I, 187]); su cui si vd. C.A. CANNATA, Rec. in IVRA 57, 2008-2009, 470 ss., in particolare 491-495; C.A. CANNATA, *L'actio in factum civilis*, in IVRA 57, 2008-2009, 9 ss., in particolare 17-20; 30-48; P. GRÖSCHLER, *Auf den Spuren des Synallagma. Überlegungen zu D. 2.14.7.2 und D. 50.16.19*, in *Antike-Recht-Geschichte. Symposion zu Ehren von P.E. Pieler*, Frankfurt am Main 2009, 60 ss.; R. FIORI, M.F. CURSI, *Sulle azioni generali di buona fede e di dolo nel pensiero di Labeone*, in BIDR 105, 2011, 145 ss. e 182-183; E. SCIANDRELLO, *Studi sul contratto estimatorio e sulla permuta nel diritto romano*, Trento 2011, 240 ss.; L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio* (2006), ora in *Figure e tutele contrattuali fra diritto romano e contemporaneità giuridica*, Santiago de Compostela 2015, 53 ss., in particolare 78-87; ID., *Gratuità e responsabilità contrattuale* (2011), ora in *Figure e tutele contrattuali cit.*, 103 ss., in particolare 179-193; ID., *Teoriche sul contratto nella giurisprudenza classica*, in *Diritto romano fra tradizione e modernità* (Atti del Convegno internazionale di Shanghai 2014), Pisa 2017, 205 ss. in particolare 217-225.

³⁵ Vd. nt. precedente.

³⁶ Vd. esattamente S. TONDO, *Note ulpianee alla Rubrica editale per i 'pacta conventa'*, in SDHI 64, 1998, 441 ss., in particolare 454 nt. 62, contro la sostituzione di *obligatio* in *actio*. D'altronde il discorso e la prospettiva ulpianee ne uscirebbero zoppe.

un più ampio rapporto tra le parti (simile per intenderci a quello dei contratti consensuali) che lo legherebbe all'*accipiens*.³⁷

L'enfasi data da Aristone alla nascita non semplicemente di un'*obligatio*, ma proprio di un'*obligatio civilis* (*hinc nasci civilem obligationem*), oltre che segnare il colpo d'ali che la costruzione aristoniana rappresenta sul piano delle situazioni negoziali tutelate superando il rigido meccanismo della *condictio* di restituzione, potrebbe rappresentare un significativo indizio di una contrapposizione sul piano sostanziale, di quanto emergeva sul piano processuale nelle diverse posizioni espresse da Aristone stesso (con Mauriciano) e Giuliano. In discussione, insieme a quale tipo di azione sia da concedere (*actio civilis incerti* o *actio in factum a praetore data*) e come andava quindi poi concepita la *formula* (*in ius* o *in factum*), è anche quale rapporto sostanziale possa individuarsi come conseguenza del *do ut des*, appunto un'*obligatio civilis* e non un'*obligatio* indotta di riflesso dal riconoscimento dell'*actio in factum a praetore data* come poi affermerà Giuliano.

C. *Credere* come *appellatio generalis* in Celso.

D. 12.1.1.pr.-1 (Ulp. 26 *ad ed.*): [pr.] *E re est, priusquam ad verborum interpretationem perveniamus, pauca de significatione ipsius tituli referre. [1] Quoniam igitur multa ad contractus varios pertinentia iura sub hoc titulo praetor inseruit, ideo rerum creditarum titulum prae-misit: omnes enim contractus, quos alienam fidem secuti instituimus, conplectitur: nam, ut libro primo quaestionum Celsus ait, credendi generalis appellatio est: ideo sub hoc titulo praetor et de commodato et de pignore edixit. nam cuicumque rei adsentiamur alienam fidem secuti mox recepturi quid, ex hoc contractu credere dicimur. rei quoque verbum ut generale praetor eligit.*

Si tratta di una testimonianza famosissima, ancora al centro del dibattito della romanistica sul significato del rapporto tra rubrica edittale *de rebus creditis* e l'interpretazione, da parte di Celso, della *generalis appellatio* del verbo *credere*.

In questa sede, preme rilevare come la struttura edittale (da rileggere all'interno di una complessità storica significativa caratterizzata dalla previsione edittale di ulteriori *actiones in personam* che si succedono al modello primigenio dell'*actio certae creditae pecuniae*)³⁸ sia al centro dell'attenzione di Ulpiano, che sente la necessità di spiegare l'ampiezza delle *actiones civiles* e *praetoriae in personam* e delle figure 'contrattuali' da esse tutelate incluse in questo editto, pur riassunte in una unificante e significativa qualificazione edittale *de rebus creditis*. Ciò, secondo Ulpiano (e di qui la funzionalità del richiamo della *generalis appellatio* di *credere* secondo quanto affermava Celso), non sarebbe in distonia con la qualifica generale, in quanto l'inclusione nel *de rebus creditis*, oltre che del *certum petetur*, anche dell'*actio quo eo certo loco dari oportet*, dell'*actio de pecunia constituta*, del comodato e del pegno, sarebbe coerente proprio col significato ampio da riconoscere al *credere*, oltre che a *res*.

Come ho detto, al di là del significato che si voglia riconoscere all'*alienam fidem sequi*, quale funzionale o meno a rendere ragione – nella prospettiva ulpiana sull'editto oramai fissatosi nell'ordine giuliano – del risultato storico dell'accostamento sopra richiamato, in

³⁷ Intendono l'*actio in factum* di Giuliano in D. 2.14.7.2 come un'azione (decretale) con formula *in factum* puntualmente M. TALAMANCA, *La tipicità* cit., 101; F. GALLO, '*Synallagma*' e '*conventio*' cit., 180 ss.

³⁸ Per tutti si veda, anche per l'ampia disamina della dottrina precedente, A. SACCOCCIO, '*Si certum petetur*'. Dalla '*condictio*' dei '*veteres*' alle '*conditiones*' giustinianee, Milano 2002, 123-135; 417-431; 519-520 e M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'*, Torino 2008, con posizioni anche distanti.

questa sede preme rilevare come non possa dubitarsi che Ulpiano nei suoi *libri ad edictum* commenti le *actiones commodati* (*directa e contraria*) e *pigneraticia* (*directa e contraria*) nelle loro *formulae in factum* (Lenel). Il dato è significativo, in quanto, l'accostamento edittale nella rubrica *de rebus creditis* anche di tali contratti, è constatazione che possiamo considerare sicura anche per Celso, dimostrandosi così che il giurista adrianeo considerava creditori – come poi farà Ulpiano esplicitamente in D. 50.16.10 (Ulp. 6 *ad ed.*) = D. 44.7.41.1: *creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione* – non soltanto coloro ai quali spettasse una *actio certae creditae pecuniae* o *certae rei*, e quindi un'*actio civilis in personam* con formula all'*oportere*, ma anche coloro ai quali il pretore concedesse un'*actio praetoria in personam* di natura edittale con *formula in factum* nel caso vi fosse stato un comodato o un pegno.

Emerge, cioè, una lettura sostanziale del giurista adrianeo, che supera il rilievo formale della presenza o meno del fondamento all'*oportere* (fondato sul *ius civile* in senso ampio) al fine di potersi riconoscere un *credere*.

D. L' '*actione temporali obligatus*' di Celso e Giuliano in materia di '*constitutum*'.

D. 13.5.18.1 (Ulp. 27 *ad ed.*): *Quod adicitur: 'eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse', interpretationem plenioris exigit. nam primum illud efficit, ut, si quid tunc debitum fuit cum constitueretur, nunc non sit, nihilo minus teneat constitutum, quia retrorsum se actio refert. Proinde temporali actione obligatum constituendo Celsus et Iulianus scribunt teneri debere, licet post constitutum dies temporalis actionis exierit. quare et si post tempus obligationis se soluturum constituerit, adhuc idem Iulianus putat, quoniam eo tempore constituit, quo erat obligatio, licet in id tempus quo non tenebatur.*

Il testo, poco esaminato in materia di obbligazioni pretorie, è inserito nel contesto di commento ai *verba* dell'editto *de pecunia constituta*.³⁹

Ad avviso di Ulpiano, la clausola '*eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse*' abbisognerebbe di una *plenior interpretatio*.⁴⁰

³⁹ F.K. VON SAVIGNY, *System des huetigen römischen Rechts*, V, Berlin 1841 (rist. anast. Aalen 1981), 401-403; G. BRUNS, *Das constitutum debiti*, in ZRG 1, 1861-1862, 28-130, in particolare 71-72; O. LENEL, *Beiträge zur Kunde des Edicts und der Edictcommentare*, in ZSS 2, 1881, 14 ss., in particolare 65; H. SIBER, *Naturalis obligatio*, in *Gedenkschrift für L. Mitteis*, Leipzig 1926, 1 ss. in particolare, nell'esame della qualifica di *naturalis* rispetto ad «*einzelnen klagbare Schulden des ius honorarium*», 9 e nt. 1; G. ASTUTI, *Studi intorno alla promessa di pagamento. Il costituito di debito*, II, Milano 1941, 50-51; P. FREZZA, *Le garanzie delle obbligazioni*, I, *Le garanzie personali*, Padova 1962, 245; P. CERAMI, *Plenior interpretatio*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, III, Milano 1983, 107 ss., in particolare, 121-124; M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'* cit., 206 nt. 729 (in un elenco di testi a riprova che nell'editto adrianeo, come aveva già chiarito Lenel, si trovasse la qualifica di *debita* e non *credita* della *pecunia constituta*).

⁴⁰ Per P. CERAMI, *Plenior interpretatio* cit., 124, la *plenior interpretatio* del passo sarebbe da intendere come applicazione all'editto della tecnica interpretativa che Celso postula per le *leges* in D. 1.3.24 (Cels. 9 *dig.*). A me sembra, pur rimanendo sul piano della riflessione teorica, che proprio il significato che lo studioso palermitano ha evidenziato nella determinazione della *plenior interpretatio* evocata da Ulpiano in D. 13.5.18.1, riferibile in concreto al significato pieno dei *verba edicti* '*eamque pecuniam cum constituebatur debitam fuisse*' (tanto da includervi un *debitum* azionabile al momento del *constitutum*, ma non più tale al momento dello scadere del termine stabilito per il pagamento dal costituito stesso) sia più coerente ad altra dottrina celsina, quella tramandata in D. 1.3.17 (Cels. 26 *dig.*): *scire leges non hoc est verba earum tenere, sed vim ac potestatem*.

A tale constatazione, il giurista severiano collega due conseguenze specifiche del regime dell'istituto. La prima, che la *pecunia debita* di cui si fa parola nella clausola edittale è idonea causa dell'atto soltanto al momento di conclusione del *constitutum*, conformemente al tempo del verbo usato dal pretore (*constituebatur ... fuisse*), e non risentirebbe di fatti sopravvenuti che ne modificano la quantità oggetto di debito, o la sua stessa azionabilità. Cosicché, qualora il *debitum*,⁴¹ esistente al momento in cui si perfezioni il *constitutum*, venga meno successivamente, ciò non impedirebbe minimamente l'azionabilità del *constitutum*, con la pregnante motivazione *quia retrorsum se actio refert*. Con ciò, si escludono sia la funzione di garanzia accessoria dell'atto (che richiede come requisito oggettivo di efficacia l'esistenza di un *debitum* al momento del *constituere*), sia anche la sua efficacia novativa, elemento distintivo rispetto alla *fideiussio*, e la sua piena autonomia rispetto all'obbligazione originaria.⁴²

La seconda conseguenza (*proinde*) che si desume dalla *plenior interpretatio* della clausola edittale, è che qualora il *temporalis actione obligatus* addivenga al *constitutum*, in base a quanto Ulpiano leggeva in Celso e Giuliano, si dovrebbe riconoscere egualmente un suo *teneri*, sebbene il termine per esperire l'*actio temporalis* a tutela del debito originario sia spirato.

Addirittura, per Giuliano, si dovrebbe altresì ritenere lo stesso anche se il *constitutum* sia stato fatto *post tempus obligationis*, con la motivazione che al momento del *se soluturum constituere* l'*obligatio* esisteva, sebbene già non azionabile. Posizione quest'ultima di Giuliano, che troverebbe conferma nella altrimenti un po' troppo laconica affermazione di Ulpiano in l. 27 *ad ed.* D.13.5.1.7: *debitum autem vel natura sufficit*.

Il tratto della testimonianza che in questa sede deve essere approfondito è proprio quanto deriva come risultato di secondo livello della qualificata *plenior interpretatio* sull'esigenza insopprimibile, in base al testo dell'editto, della necessaria esistenza di un *pecuniam debere*, ed in base alla terminologia dei giuristi, di un *debitum*. Non v'è dubbio che la chiave di volta per chiarire il significato dell'*actione obligatus* sia cosa si nasconda dietro la qualifica di *actio temporalis*.

Nelle fonti *actio temporalis* (e nella variante di *actio temporaria*) sta ad indicare, nella contrapposizione con *actio perpetua*, ipotesi di prescrizione dell'azione in quanto tale (a prescindere quindi dal diverso problema della non azionabilità per l'estinzione della posizione giuridica fatta valere con l'azione). Da questo punto di vista, le fonti sono chiare

⁴¹ Val la pena cogliere la differenza d'uso ulpiana tra il *pecunia debita* dell'editto ed il suo *debitum*. Ciò è coerente con la forza di lettura dei giuristi del dato edittale. Da una parte, infatti, il pretore ha introdotto l'*actio de pecunia constituta* per debiti di *certa pecunia*, e quindi assumendosi come nucleo di riferimento dell'*actio praetoria in personam* l'*actio certae creditae pecuniae* (a favore di cui, a tacer d'altro, depone sia la posizione nell'ordine del *de rebus creditis* dell'editto *de pecunia constituta*, sia l'utilizzo della *sponsio et restipulatio dimidiae partis*; vd. esattamente M. VARVARO, *Per la storia del 'certum'* cit., 198 ss.). D'altra parte i giuristi vi hanno attratto anche rapporti non originariamente espressi nel rapporto originario in termini di *oportere*.

⁴² La dottrina può considerarsi oramai abbastanza concorde sul regime giuridico del *constitutum debiti* dotato di una sua precisa connotazione distintiva sia dalle garanzie personali accessorie, sia dall'inesistenza dell'effetto novativo: sul punto oltre ad Astuti e Frezza citati *supra* nt. 38 (che parlano però ancora di accessorialità pur solo genetica), importanti le precisazioni di S. TONDO, *In tema di constitutum debiti*, in La-beo 4, 1958, 208 ss., in particolare 221 ss., dove recensendo un ampio scritto del Roussier, sul *constitutum*, evidenzia la caratteristica di «autonomia formale del *constitutum*, in quanto fonte di un *actione teneri* pretorio, [...] si giustappone al rapporto obbligatorio principale in funzione che potremmo definire ulteriormente sanzionatoria».

nell'affermare che le *actiones perpetuae* non siano soltanto le *actiones civiles*, ma ben possano essere anche le *actiones praetoriae*, mentre le *actiones temporales* sono per lo più quelle penali concesse *intra annum* in base alla *iurisdictio praetoria* (Cassio in Paul. 1 *ad ed. praet.* D. 44.7.35 pr.;⁴³ *Gai.* 4.110-111).⁴⁴ In particolare, si denota nel discorso dei giuristi romani una tendenza a qualificare *temporales* le sole azioni pretorie edittali esplicitamente dichiarate nei *verba edicti intra annum*, sebbene la temporaneità dell'*actio* sia insita non soltanto in quelle edittali *intra annum*, ma anche in tutte le *actiones decretales* (in base al loro fondamento *imperium continens*). Pomponio richiama una fideiussione di un minore di 25 anni per un debito principale tutelato da *actio temporalis* in materia di *restitutio in integrum propter aetatem* (Pomp. 9 *epist. et var. lect.* D. 4.4.50)⁴⁵ e in materia di *hereditas* (Pomp. l.2 *fideic.* D. 36.1.72 [70].2).⁴⁶ Così Ulpiano in tema di *actio servi corrupti*, affermandone la natura *perpetua* e non *temporaria*, da cui discenderebbe la sua spettanza anche agli eredi, ma non contro gli stessi data la sua natura *poenalis* (Ulp. 23 *ad ed.* D. 11.3.13 pr.);⁴⁷ in materia di *iusiurandum* deferito al creditore ed avente ad oggetto un *eum dare oportere*, rispetto ad un *obligari* tutelato con *actio temporaria*, di cui si discute l'effetto sul *iusiurandum* (giudiziale) una volta prescrittasi l'azione a tutela e nel qual caso il giurista fa perno sulla *perpetuatio obligationis* una volta perfezionatasi la *litis contestatio* per conservare valore al *iusiurandum* stesso (Ulp. 22 *ad ed.* D. 12.2.9, 3);⁴⁸ in materia di *actio de peculio annalis* (Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.2.1.3).⁴⁹ Anche Paolo qualifica come *actio temporalis* l'*actio de peculio annalis* in D. 15.2.2 pr. (Paul. 30 *ad ed.*).⁵⁰

Si può, quindi, plausibilmente ritenere che il *temporali actione obligatus* sia espressione di una soggezione ad un'*actio praetoria* concessa *intra annum*.

⁴³ *In honorariis actionibus sic esse definiendum Cassius ait, ut quae rei persecutionem habeant, hae etiam post annum darentur, ceterae intra annum. honorariae autem, quae post annum non dantur, nec in heredem dandae sunt, ut tamen lucrum ei extorqueatur, sicut fit in actione doli mali et interdicto unde vi et similibus. illae autem rei persecutionem continent, quibus persequimur quod ex patrimonio nobis abest, ut cum agimus cum bonorum possessore debitoris nostri, item Publiciana, quae ad exemplum vindicationis datur. sed cum rescissa usucapione redditur, anno finitur, quia contra ius civile datur.*

⁴⁴ *Quo loco admonendi sumus eas quidem actiones, quae ex lege senatusve consultis profisciscuntur, perpetuo solere praetorem accomodare, eas vero quae ex propria ipsius iurisdictione pendent plerumque intra annum dare.* Fondamentale sul punto M. AMELOTI, *La prescrizione delle azioni in diritto romano*, Milano 1958, 23 ss.

⁴⁵ *Iunius Diophantus Pomponio suo salutem. Minor viginti quinque annis novandi animo intercessit pro eo, qui temporali actione tenebatur, tunc cum adhuc supererant decem dies, et postea in integrum restitutus est: utrum restitutio, quae creditori adversus priorem debitorem datur, decem dierum sit an plenior? ego didici ex tempore in integrum restitutionis tantundem temporis praestandum, quantum supererat: tu quid de eo putas velim rescribas. respondit: sine dubio, quod de temporali actione, in qua intercessit minor, sensisti, puto verius esse: ideoque et pignus quod dederat prior debitor, manet obligatum.*

⁴⁶ *Si temporalis actio in hereditate relicta fuerit, tempus, quo heres experiri ante restitutam hereditatem potuit, imputabitur ei cui restituta fuerit.*

⁴⁷ *Haec actio perpetua est, non temporaria: et heredi ceterisque successoribus competit, in heredem non dabitur, quia poenalis est.*

⁴⁸ *Si is, qui temporaria actione mihi obligatus erat, detulerit iusiurandum, ut iurem eum dare oportere, egoque iuravero, tempore non liberatur, quia post litem contestatam cum eo perpetuatur adversus eum obligatio.*

⁴⁹ *Merito autem temporariam in hoc casu fecit praetor actionem: nam cum morte vel alienatione extinguatur peculium, sufficiebat usque ad annum produci obligationem.*

⁵⁰ *Cum post mortem filii familias annua adversus patrem actio est, quemadmodum adversus eum esset perpetua vivo filio, ideo si ex causa redhibitionis erat de peculio actio, sex mensum erit post mortem filii: idemque dicendum in omnibus temporalibus actionibus.*

Il dato testuale che va approfondito è proprio l'immagine di un'*actio obligatus*, che non esprime un impossibile giuridico (a dispetto di quanto ha ritenuto la critica interpolazionistica),⁵¹ ma lo sforzo concettuale di esprimere in termini sostanziali la tensione riflessa dalla soggezione all'azione, affiancando all'*obligari* fondato sull'*oportere* di muciana creazione, un'*actio obligari* in rapporto ad una *actio praetoria in personam* annuale.

In questo caso, può immaginarsi un *constitutum* relativo ad un *debitum sortis* del *pater* per negozi conclusi dal *filius*, poi emancipato, o dal *servus*, poi manomesso, tutelato con *actio de peculio annalis*.

D'altronde, il *pecunia debita* dell'editto trova la sua declinazione concreta nella formula dell'*actio de pecunia constituta* in termini di *si paret N. N. A. A. sestertium X milia constitueret soluturum*, non menzionandosi la somma di denaro quale oggetto di un preesistente *oportere*, nemmeno in termini di *fictio* (come, invece, nelle *formulae* delle *actiones de peculio*).⁵²

Ciò, forse, poteva rendere agevole ad una giurisprudenza, che veniva a qualificare come *obligari* anche gli effetti riflessi della concessione di azioni *praetoriae in personam*, riflessioni del tipo di quelle presenti in D. 13.5.1, 6-8 (Ulp. 27 *ad ed.*, su cui vd. prossimo §), in cui non si ha difficoltà ad includere nella *pecunia debita* dell'editto non solo somme certe oggetto di un *dare oportere*, ma anche quanto dovuto in base al diritto onorario (*videtur enim debitum quod iure honorario debetur*).

In sostanza, in D. 13.5.18.1 (Ulp. 27 *ad ed.*), la significativa costruzione del *temporalis actio obligatus* è prova di una espansione riflessa del modello civilistico dell'*obligari* rispetto alla qualifica sostanziale dello schema dell'*actio teneri*.

E. *Obligari de peculio* in Celso e Giuliano.

D. 15.1.3.5-6 (Ulp. 29 *ad ed.*): *Si filius familias vel servus pro aliquo fideiusserint vel alias intervenerint vel mandaverint, tractatum est, an sit de peculio actio. et est verius in servo causam fideiubendi vel mandandi spectandam, quam sententiam et Celsus libro sexto probat in servo fideiussore. si igitur quasi intercessor servus intervenerit, non rem peculiarem agens, non obligabitur dominus de peculio. Iulianus quoque libro duodecimo digestorum scribit, si servus mandaverit, ut creditori [meo?] solveretur, referre ait, quam causam mandandi habuerit: si pro creditore suo solvi mandavit, esse obligatum dominum de peculio: quod si intercessoris officio functus sit, non obligari dominum de peculio.*

Questo testo,⁵³ speculare rispetto a quello visto in materia di negozi di garanzia assunti dal *filius familias*, individua un regime parzialmente diverso per il *servus*, il quale secondo Celso impegnerà il proprio *dominus de peculio* soltanto nell'ipotesi di fideiussione o man-

⁵¹ Sono significative del contesto nel quale matura l'idea di una non classicità dell'obbligazione pretoria quanto afferma E. ALBERTARIO, *La c.d. honoraria obligatio* cit., 33-34, rispetto alla frase *si quis honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur*, in D. 13.5.1.8 (Ulp. 27 *ad ed.*): «In realtà, *actio obligari* è una stonatura per un classico. *Obligari* allude al rapporto che vincola; *teneri* allude all'azione: si è obbligati in base al contratto o al delitto; si è tenuti all'azione».

⁵² O. LENEL, *Das edictum perpetuum* cit., 251; D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*, Padova 1999², 68; P. COSTA, *Pecunia constituta: ipotesi interpretative*, in SDHI 77, 2011, 129 ss., in particolare, sulla formula 136-138 e su D.13.5.1.6-8, 192-200.

⁵³ Su cui si vd. I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei 'servi'* cit., 111 s.; A. BURDESE, *Controversie giurisprudenziali* cit., 148 ss. (che dubita del *meo*); M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza* cit., 45-48 e nt. 30.

dato, ma non nell'ipotesi in cui garantisca quale *intercessor* per un affare estraneo all'attività connesse all'esercizio del peculio. La costruzione *non obligabitur dominus de peculio*, per come la frase è introdotta (*igitur*) sembra di paternità ulpiana che così rilegge l'esclusione celsina della *causa intercedendi* dalle ipotesi di responsabilità del padrone per l'operato dello schiavo. Funzionale, almeno nella scrittura ulpiana, a quanto appena affermato risulta essere la successiva citazione tratta dai *libri digestorum* di Giuliano del § 6.

In D. 15.1.3.6, infatti, Ulpiano trova conferma (*quoque*) di quanto affermato in base ad un testo tratto dai *libri digestorum* di Giuliano. Il giurista adrianeo approfondiva in particolare l'effettivo interesse del *servus* (da intendersi in connessione all'attività peculiare) quale criterio discreitivo per comprendere l'efficacia del *mandatum crediti solvendi* al terzo, per delimitare la responsabilità *de peculio* del suo *dominus*. Qualora lo schiavo abbia, infatti, dato mandato ad un terzo di pagare il creditore, sarà necessario indagare la concreta *causa mandandi*, al fine di accertare se il mandato fosse effettivamente nell'interesse della gestione del peculio o no, prima di decidere se il *dominus* potesse essere responsabile *de peculio* dell'operato del *servus*.

Nell'ipotesi in cui, infatti, lo schiavo abbia dato mandato ad un terzo per pagare un proprio creditore, per Giuliano il *dominus* sarebbe responsabile nei limiti del *peculium*; qualora, invece, lo abbia semplicemente fatto, *officio intercessoris*, non si riconosce una responsabilità *de peculio* del *dominus*.

Qui la citazione del pensiero di Giuliano, in *oratio obliqua*, è letterale e la costruzione che si trova nel testo è altamente significativa: *esse obligatum dominum de peculio* e *non obligari dominum de peculio*. Con tali costruzioni in termini di *obligari* si esprime in chiave riflessa l'effetto del riconoscimento dell'*actio mandati contraria de peculio* contro il *dominus* da parte del mandatario *solvens*, *actio praetoria in personam* con *formula in factum* nella quale si richiamavano come condizioni della condanna, sul piano della realtà l'attualità della *potestas* sul *servus* da parte del convenuto e sul piano dell'irrealtà, l'esistenza di un *quidquid dare facere oportet ex fide bona* del *servus* qualora fosse stato libero (*fictio libertatis*)⁵⁴. La costruzione giuliana, che attrae significativamente nell'*obligari* tale situazione di soggezione del *dominus*, pur nei limiti del *peculium*, dimostra il superamento dell'esclusivo modello dell'*actione teneri*, con una sua attrazione nell'*obligari* (e non certo nell'*oportere*), con un significativo ribaltamento del collegamento *oportere-actio civilis in personam*, inducendo dall'*actione praetoria teneri* l'*obligari*.

F. Alcune prime considerazioni di sintesi.

Il quadro, appena abbozzato, che emerge dagli esempi esaminati dimostra come dall'età di Sabino e Cassio a quella di Giuliano e Celso sia individuabile una tendenziale attrazione nell'*obligari* di situazioni che presentavano la particolare struttura di una soggezione ad *actiones in personam* date dal pretore e dotate di *formulae in factum conceptae*, nelle quali non vi era la qualificazione del 'rapporto' in chiave diretta, o addirittura per nulla, in termini di *oportere*. Ad esempio, nei casi dei sottoposti a potestà, la tecnica della *fictio suitatis* del *filius* o *libertatis* dello schiavo permette di richiamare, sul piano dell'irrealtà, l'*oportere* che sarebbe sorto in caso di loro indipendenza. Ciò però non deve far smarrire la constatazione che vuoi la previsione della potestà del convenuto su Stico, vuoi la *fictio* dell'esistenza di un *oportere* se questi fosse stato *sui iuris* o libero, restino quali elementi fattuali condizionanti la condanna del *pater*.

⁵⁴ Sui problemi di tecnica formulare vd. *supra* nt. 28.

I giuristi ricordati, in contesti specifici e rispetto a problemi concreti, hanno considerato l'*actio teneri* come espressione di riflesso di un *obligari*,⁵⁵ affiancando quindi ad uno schema di responsabilità, l'elemento del debito, superando l'idea della soggezione anche per queste situazioni, pur se non fondate su una qualifica del rapporto giuridico preesistente nella formula dell'azione, venendole a considerare espressione di un 'dovere' giuridico assimilabile a quello che, in termini di *obligatio*, aveva caratterizzato unitariamente, da Quinto Mucio Scevola la costruzione della categoria sull'*oportere* presente in tutte le *actiones civiles in personam*.

Forse proprio la stabilizzazione dell'editto può aver in qualche modo facilitato questa rilettura. La fissazione definitiva di un corpo stabile di azioni pretorie nell'editto codificato a fianco alle azioni civili può aver in sostanza portato i giuristi di quest'epoca sempre più a considerare anche queste situazioni espressione di un *obligari*, non fondato però sull'*oportere*, ma derivante dalla *iurisdictio praetoria*, in termini sostanzialmente analoghi a quanto sarà poi evidenziato in I. 3.13.1 (*praetoriae sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit*).

Una tale logica riflessa, una volta assunta dai giuristi romani come chiave di lettura del fenomeno in termini sostanziali, determina dinamiche interpretative importanti, perché attraverso di essa è possibile cogliere in maniera più profonda alcune strutture giuridiche che, attraverso uno sguardo più pervasivo e trasversale della struttura fortemente tipica del diritto romano di quest'epoca.

Emerge una chiave di lettura significativa, tale da permettere ai giuristi di quest'età la costruzione di categorie più generali, come quella dell'*obligatio poenae* di Giuliano in D. 47.2.57(56) pr. (Iul. 22 dig.)⁵⁶ nell'ambito del sistema tipico dei delitti, la cui forza di espressione unitaria delle conseguenze dei *delicta privata* accomuna fattispecie tutelate con *actiones civiles in personam* e fattispecie tutelate con *actiones praetoriae in personam* (*actio furti manifesti* al *quadruplum*; *actio vi bonorum raptorum*; *actio iniuriarum aestimatoria*).

Anche la famosa definizione di azione data dal giurista Celso, ora in D. 44.7.51 e ripresa in I. 4.6. pr., evidenzia, nello sforzo di cogliere il minimo comune denominatore della categoria (*nihil aliud est actio*), non soltanto la sua attrazione in posizioni per così dire di 'potere' per l'attore nella sua decisione di esercitare l'azione (*ius iudicio persequendi*), ma anche il fondamento unitario del contenuto del potere di agire in chiave di doverosità (*quod sibi debetur*), il che permette in ogni caso di accomunare tutte le *actiones in personam*, sia civili che pretorie.

4. GAIO E I PROBLEMI SISTEMATICI RELATIVI ALLE 'OBLIGATIONES'.

Gaio dimostra come le conseguenze dell'assimilazione dell'*actio praetoria teneri* nell'*obligari* incidessero anche sul piano dei problemi sistematici e di ampliamento della *pars obligationum*.

Dietro la stessa categoria delle *obligationes ex delicto* di Gai. 3.182 si ha la maturazione di uno sforzo sistematico teso all'attrazione nei *delicta privata* non soltanto di quelli tutelati nelle *actiones civiles in personam* in termini di *oportere*, ma anche di quegli illeciti come il furto manifesto al quadruplo (Gai. 3.189 *furtum manifestum: quadrupli actio praetoris*

⁵⁵ È il nucleo insuperato del contributo di G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari* cit., 617 ss. (=375 ss.). Esattamente, ora, M. MICELI, *Studi sulla rappresentanza* cit., 44 ss., sebbene con conclusioni non sempre condivisibili sul piano delle conseguenze che la studiosa siciliana ne trae per la costruzione delle *formulae* delle a.a.q. (vd. *supra* nt. 28).

⁵⁶ *Interdum fur etiam manente poenae obligatione in quibusdam casibus rursus obligatur ...*

edicto constituta), la rapina (Gai. 3.209 *actio vi bonorum raptorum: propria actione ... praetor introduxit*) e l'*iniuria aestimatoria* (Gai. 3.224 *iniuria ... sed nunc alio iure utimur ... actio aestimatoria*), tutti tipici delitti privati tutelati con *actiones praetoriae in personam* con *formulae in factum conceptae*.

A ciò si aggiunga che la *summa divisio in duas species* di Gai. 3.88 (*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*) da un lato è declinata, rispetto alle *obligationes ex contractu* (dove si ha la resistenza dell'archetipo sistematico delle *obligationes contractae*),⁵⁷ in *quattuor genera* (Gai. 3.89) nei quali si hanno soltanto figure tipiche sanzionate nell'ambito del *ius civile* e del *ius gentium*, con *actiones civiles in personam* con *formulae* tutte in *ius conceptae* all'*oportere* o all'*oportere ex fide bona*;⁵⁸ d'altro lato, invece, rispetto alla seconda categoria, Gaio sente la necessità di coglierne un elemento distintivo molto significativo, cioè quello per cui le *obligationes quae ex delicto nascuntur* sarebbero tutte espressione di un solo *genus* (Gai. 3.182). Ciò è prova del fatto che l'attrazione dei *delicta privata* nella *pars obligationum* non soltanto è da considerare successiva ad un archetipo sistematico centrato solo sulle *obligationes contractae*,⁵⁹ ma è altresì condizionata da una rilettura poderosa degli effetti degli illeciti tipici che vi si includono in chiave unitaria come *obligatio* al pagamento di una *poena* pecuniaria, a prescindere dalla previsione sul piano del *ius civile* oppure del *ius honorarium* di una tale sanzione. Mi sembra che, in base alle testimonianze in nostro possesso, si colga un collegamento sorprendente del *genus* gaiano delle *obligationes ex delicto* con la categoria dell'*obligatio poenae* di Giuliano ora in D. 47. 2. 57 (56) pr. (Iul. 22 dig.).

Non vi è dubbio, però, che le *res cottidianae* rappresentino una significativa conferma della pervasività dell'*obligatio* di qualificare sul piano sostanziale (del 'rapporto giuridico' per intenderci) quanto si induce dal riconoscimento pretorio di *actiones in personam* con *formulae in factum conceptae*. Nel Gaio delle *res cottidianae*, infatti, all'interno di una nuova sistematica sulle fonti delle obbligazioni rispetto a quella istituzionale, lo schema dell'*obligatio* è funzionale ad un ordine di trattazione che – a prescindere dal definire l'effettiva paternità della definizione di *obligatio* come *iuris vinculum* e, soprattutto, della *summa divisio* di I. 3.13.1 tra *obligationes civiles* e *praetoriae* (che in ogni caso è di matrice classica) – non è in antitesi con la *summa divisio* di I. 3.13.1. Si è, al riguardo, autorevolmente dubitato del fatto che la sistematica delle *res cottidianae*, tutta centrata sui fatti costitutivi dell'obbligazione (*contractus, delictum, variae causarum figurae*) così come quella delle *Institutiones* gaiane (*obligationes ex contractu* e *obligatio ex delicto*) – ma a ben vedere anche quelle delle *Istitutiones* giustiniane – possa conciliarsi con la *summa divisio* ora in I. 3. 13.1 (*Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducuntur: namque aut civiles sunt aut praetoriae*), la quale sarebbe fondata esclusivamente sull'«ordinamento che sancisce la giuridicità dell'obbligazione».⁶⁰

⁵⁷ Per questo tipo di considerazioni vd. S. SCHIPANI, 'Obligationes' e sistematica. Cenni sul ruolo ordinante della categoria, in AA.VV., *Linguaggio e sistematica nella prospettiva di un romanista. Atti in onore di L. Lantella*, Napoli 2014, 123 ss. in particolare 138 ss.

⁵⁸ Il che è cosa diversa dal dire che Gaio non conosca deposito e comodato come contratti reali (Gai. 4.47). Il problema, già ben evidenziato in dottrina, è dato proprio dal silenzio nelle *Istitutiones* gaiane su tali figure nel contesto in cui Gaio tratta del *genus* delle *obligationes re contractae* (Gai. 3.90-91), a differenza di quanto accade nelle sue *res cottidianae* e nelle *Institutiones* giustiniane.

⁵⁹ E. BETTI, *La struttura dell'obbligazione romana e il problema della sua genesi*, Milano 1919/1955, 97 ss., 118 ss.; F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation 'ex delicto'*, in RHDFE 7, 1928, 335 ss.

⁶⁰ M. TALAMANCA, *Obbligazioni* cit., 39 e nt. 256. La precisazione, a mio modo di vedere, dimostra troppo. Se, infatti, è corretto dire che le due prospettive, quella di I. 3.13.1 e quella che riposa su un

A me sembra, però, come è stato rilevato esattamente da Giuseppe Falcone, che proprio la struttura sistematica della parte sulle *obligationes* delle *res cottidianae* dimostri l'interazione di entrambe le prospettive richiamate (quella relativa ad un ordine fondato sui fatti costitutivi e quella delle parti di *ius, civile* o *praetorium*, nelle quali tali rapporti avevano avuto un riconoscimento), le quali, per l'appunto, non sono di per sé escludenti l'una dall'altra. D'altronde, il dato è confermato su un piano di maggior concretezza proprio dall'attrazione nelle *obligationes ex variis causarum figuris*, delle «ipotesi di comportamenti illeciti sanzionati da azioni pretorie *in factum* – *iudex qui litem suam fecerit*, *positum vel suspensum, effusum vel deiectum*», *damnum iniuria vel furtum in navi caupona stabulo factum*».⁶¹

Il dato che emerge da una semplice lettura del lungo stralcio dell'opera presente nei Digesti giustiniane è perfettamente coerente a quanto rilevato.

Gaio, nell'ambito delle *obligationes ex variis causarum figurarum*,⁶² vi include l'ipotesi della responsabilità del *iudex*, specificando in modo molto significativo che (D. 44.7.5.4) *iudex, qui litem suam fecerit... non proprie ex maleficio obligatus videtur... ideo videtur quasi ex maleficio teneri in factum actione*. La menzione specifica del *teneri in factum actione* non esclude la sua attrazione nelle *obligationes ex variis causarum figurarum*, rafforzando semmai l'importanza dell'operazione interpretativa di inclusione. Così anche in D. 44.7.5.5 in tema di *de effusis vel deiectis*, dove si specifica che *l'habitor ... ideo autem non proprie ex maleficio obligatus intellegitur*. Così allo stesso modo il ricorso al *teneri* in materia di *receptum nautarum* in D. 44.7.5.6.

D'altronde, si può andare oltre, valorizzando il dato che emerge da quanto è oggi palingeticamente ricostruibile della trattazione in materia nelle *res cottidianae*, in quanto anche rispetto alle *obligationes re contractae* si coglie l'attrazione in esse delle figure del comodato, del deposito e del pegno nella loro configurazione tipica, in chiave di obbligazione di *rem reddere*, quale era stata indotta dalla loro tutela in chiave di *actiones praetoriae in personam* con *formulae in factum conceptae*: D. 44.7.1.3, Gai. 2 aur.: *Is quoque, cui rem aliquam commodamus, re nobis obligatur, sed is de ea ipsa re quam acceperit restituenda tenetur*; D. 44.7.1.5, Gai. 2 aur.: *Is quoque, apud quem rem aliquam deponimus, re nobis tenetur: qui et ipse de ea re quam acceperit restituenda tenetur*; D. 44.7.1.6, Gai. 2 aur.: *Creditor quoque, qui pignus accepit, re tenetur: qui et ipse de ea ipsa re quam accepit restituenda tenetur*.

Il dato è altresì confermato, coerentemente a quanto è emerso per le stesse Istituzioni gaiane rispetto ai *delicta privata*: D. 44.7.4, Gai. 3 aur.: *Ex maleficio nascuntur obligationes, veluti ex furto, ex damno, ex rapina, ex iniuria. quae omnia unius generis sunt: nam hae re tantum consistunt, id est ipso maleficio*.

Mi sembra quindi di poter concludere che le prospettive sistematiche che emergono nelle opere gaiane confermino una complessa acquisizione di coscienza da parte del giurista

ordine di trattazione fondata sui fatti costitutivi, si pongano su contenuti di significato non conciliabili, sarebbe ultroneo volerne dedurre una rigida impostazione in chiave di coerenza sistematica, che non è riscontrabile nemmeno, da questo punto di vista, nelle Istituzioni giustiniane, nelle quali la *summa divisio* tra *obligationes civiles* e *praetoriae* non modifica l'ordine di trattazione successivo fondato sui fatti costitutivi, pur in una più ampia sistematica (*obligationes ex contractu, ex maleficio, quasi ex contractu e quasi ex maleficio*).

⁶¹ G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum* cit., 47-48 e 117 ss.

⁶² In materia, rimando a F. GALLO, *Per la ricostruzione e l'utilizzazione della dottrina di Gaio sulle 'obligationes ex variis causarum figurarum'*, in BIDR 76, 1973, 171 ss., studio che imprime un forte cambiamento di rotta rispetto alle letture della critica interpolazionistica sul punto.

antonino delle dinamiche, con conseguenze di rilievo sull'ordine della trattazione, indotte dall'attrazione nelle *obligationes* di quanto si rifletteva sul piano sostanziale dalla concessione da parte del pretore di *actiones praetoriae in personam* con *formulae in factum*.⁶³

5. 'OBLIGATIONES PRAETORIAE' IN I. 3.13.1 E LA GIURISPRUDENZA SEVERIANA.

Da quanto emerso finora, non sembra dubitabile che il contesto storico di emersione della *summa divisio* ora in I. 3.13.1 sia classico. Nel rileggere la fonte, peraltro, vi sono anche diversi indizi che ne sono ulteriore riprova:

I. 3.13.1: *Omnium autem obligationum summa divisio in duo genera diducitur: namque aut civiles sunt aut praetoriae. civiles sunt, quae aut legibus constitutae aut certe iure civili comprobatae sunt. praetoria sunt, quas praetor ex sua iurisdictione constituit, quae etiam honorariae vocantur.*

Innanzitutto la qualifica pretoria di queste obbligazioni si pone come principale rispetto alla loro qualifica in termini di obbligazioni onorarie.⁶⁴ L'eco con quanto si legge per l'accostamento tra *ius praetorium* e *ius honorarium* in D. 1.1.7.1 (Pap. 2 *def.*: *Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi vel supplendi vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.*) è sorprendente.

I contenuti stessi della distinzione evidenziano una precisa cognizione dei complessi meccanismi di produzione del diritto, dove la qualifica di civile alla obbligazione si riconnette, da un lato, al valore costitutivo della *lex publica* e, dall'altro, al valore consuetudinario del riconoscimento dell'obbligazione (*comprobare*) nel *ius civile*. Al contrario, le pretorie sono le obbligazioni che il pretore ha costituito in base alla sua *iurdictio*. La precisazione è rivelatrice della consapevolezza nell'autore della stessa del ruolo produttivo dello *ius dicere* dei magistrati romani,⁶⁵ non limitandosi al solo valore dei loro editti.

Chi ha evidenziato la qualifica delle *obligationes praetoriae* è condizionato dall'impor-

⁶³ Efficacemente si è detto che: «L'attenzione per tali fattispecie ben si prestava, cioè, ad ingenerare una coscienza del ruolo sostanzialmente nomopoietico del pretore e, per questa via, a sollecitare un'esigenza di sistemazione ulteriore sulla base degli ambiti ordinamentali (*ius civile* e *ius honorarium*) che attribuiscono giuridicità all'*obligatio*»; G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum* cit., 48.

⁶⁴ Il che implica che il loro bacino di emersione fosse stato principalmente quello della *iurdictio praetoria*. Per tutti, oltre a Pap. 2 *def.* ora in D. 1.1.7.1 (su cui vd. *infra*), si vd. per la centralità degli *edicta praetorum* nella configurazione di una sfera di *ius* autonoma all'interno degli *iura populi Romani*, Gai. 1.2 (*Constant autem iura populi Romani ex ... edictis eorum, qui ius edicendi habent*) in rapporto a Gai. 1.6 (*Ius autem edicendi habent magistratus populi Romani. Sed amplissimum ius est in edictis duorum praetorum, urbani et peregrini, quorum in provinciis iurisdictionem praesides eorum habent; itam in edictis aedilium curulium, quorum iurisdictionem in provinciis populi Romani quaestores habent ...*); e Pomponio, che nella prima *pars* sulla *iuris origo atque procesus*, precisa come: *Eodem tempore et magistratus iura reddebant et ut scirent cives, quod ius de quaque re quisque dicturus esset seque praemunire<n>t, edicta proponebant. quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt: honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat*, D. 1.2.2.10 (Pomp. l.s. *ench.*).

⁶⁵ Per una ripulitura concettuale del significato proprio dello *ius dicere* all'interno dei meccanismi di produzione del diritto, rispetto alla limitata prospettiva moderna tesa a relegarne il ruolo al circuito applicativo del diritto, vd. F. GALLO, *Un nuovo approccio per lo studio del 'ius honorarium'* cit., 1 ss. (= ID., *L'officium del pretore* cit., 57 ss.).

tanza, proprio negli *edicta* dei pretori urbano e peregrino, delle situazioni confluite nella tutela delle *actiones praetoriae in personam* con *formula in factum concepta*.

Ad esaminare, invece, le fonti in nostro possesso emerge con chiarezza che la costruzione *obligatio honoraria* rispetto a *obligatio praetoria* (quella cioè che si aggiunge nella descrizione del secondo elemento distintivo della *summa divisio* ora in I. 3.13.1) sia preponderante.

In Ulpiano, al di là dei frequentissimi usi di *obligari* e *obligatio* in contesti di azioni pretorie *in personam* con formule *in factum*,⁶⁶ ricorrono ad esempio le costruzioni: *videtur enim debitum et quod honorario iure debetur* in materia di *constitutum* (D. 13.5.1.6 e 1.8 [Ulp. 27 *ad ed.*]); l'efficacia della fideiussione data *pro eo qui honorario iure obligatus est* (D. 46.1.8.2 [Ulp. 47 *ad Sab.*]); in tema di *actio furti adversus nautas, ex edicto praetoris obligatur cum exercitore honorario iure an cum fure iure civili* (D. 47.5.1.3 [Ulp. 38 *ad ed.*]).

Tale quadro trova conferma anche in contesti più trasversali come nella definizione ulpiana della parola '*creditores*' (D. 44.7.41.1 [Ulp. 6 *ad ed.*] = D. 50.16.10: *Creditores accipiendos esse constat eos, quibus debetur ex quacumque actione*) o in quella del verbo '*debere*' (D. 50.16.178.3 [Ulp. 49 *ad Sab.*): *Hoc verbum 'debuit' omnem omnino actionem comprehendere intellegitur, sive civilis sive honorariae sive fideicommissi sit persecutio*).

In Paolo si ha una forma di espressione che è molto vicina a quanto emerge nella spiegazione, in I. 3.13.1 del fondamento dell'obbligazione pretoria nella *iurisdictio praetoria* (D. 4.5.7.2 [Paul 11 *ad ed.*): *Si libertate adempta capitis deminutio subsecuta sit, nulli restitutioni adversus servum locus est, quia nec praetoria iurisdictione ita servus obligatur, ut cum eo actio sit*).

Infine, Modestino che parla di *iure honorario obligari*, nel suo famosissimo elenco delle fonti delle obbligazioni (D. 44.7.52 pr. [Mod. 2 reg.]: *Obligamur aut re aut verbis aut simul utroque aut consensu aut lege aut iure honorario aut necessitate aut ex peccato*.) e nella esplicitazione della categoria in D. 44.7.52 pr. (Mod. 2 reg.): *Iure honorario obligamur ex his, quae edicto perpetuo vel magistratu fieri praecipuntur vel fieri prohibentur*.

6. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Dalle pagine che precedono, mi sembra emergere in maniera altamente significativa come la vicenda che accompagna lentamente, nella riflessione dei giuristi romani, la loro capacità di leggere la realtà della creazione pretoria di nuovo diritto, evidenzi in quale modo da tale creazione, fondata sul suo potere di *ius dicere*, potessero vedersi gli estremi di uno schema giuridico assimilabile a quello dell'*obligatio/obligari*, che fin da Quinto Mucio Scevola aveva permesso di rileggere in chiave trasversale la complessità, entro il sistema tipico delle figure negoziali e dei delitti privati, della ricorrenza dell'*oportere* (e l'*oportere ex fide bona*) presente in tutte le *formulae* nelle *actiones civiles in personam*. Tale sforzo di assimilazione in un termine che esprimeva una categoria propria, nel linguaggio dei giuristi tardo repubblicani e di inizio principato, del *ius civile* (in senso ampio), impone ai giuristi dell'età severiana, data la natura del potere esercitato dal magistrato, che si realizza appunto

⁶⁶ Ulp. 14 *ad ed.* D. 4.9.1.2 *obligari*; Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.1.1.3 *obligat exercitorem*; Ulp. 28 *ad ed.* D. 14.3.7.2 *obligari*; Ulp. 29 *ad ed.* D. 14.4.1.2 *obligatus*; Ulp. 29 *ad ed.* D. 15.1.3.9 *obligatus*; Ulp. 55 *ad ed.* D. 40.12.20.3 *obligatus* chi non può opporre eccezione; Ulp. 46 *ad Sab.* *obligatio honoraria* D. 46.2.1.1 in materia di novazione.

nel concedere azioni in base ai presupposti di fatto, di operare un affiancamento, tenendo a livello qualificatorio distinte le *obligationes civiles* da quelle *honorariae*.

Ciò però non deve far smarrire la forza di espansione della categoria della *obligatio* a nuovi contenuti concettuali (quelli appunto espressi nell'*actio teneri* pretorio) che, a differenza del processo di assimilazione a cui era stata sottoposta la soggezione alla *manus iniectio* dell'età arcaica nell'*oportere* nel corso del III-II sec. a.C., segna definitivamente l'apertura dell'*obligatio* a nuovi contenuti nei quali l'*actio* (di accertamento *in personam*) non rappresenta tanto lo strumento di tutela del diritto di credito (come nella prospettiva moderna), ma un elemento essenziale della stessa configurabilità dello schema obbligatorio.⁶⁷

⁶⁷ Il dato mi sembra convergere con quanto G. FALCONE, *Obligatio est iuris vinculum* cit., 112-113 ha colto nel significato da riconoscere all'*actio in personam* dichiarativa rispetto alla *necessitas solvendi* della definizione ora in I. 3.13 pr., il che esprime un netto superamento del modello arcaico della necessità come soggezione alla *manus iniectio*.

PIETRO CERAMI
(Università di Palermo)

*‘Imperator legitime declaratus,
Augustus nuncupatur more sollemni’*
(Amm. Marc., *Res gestae* 30.10.5)

ABSTRACT

Taking cue from Amm. Marc., *Res Gestae* 30.10.5, and based on the constitutional case law of the IV century A.D. and of Ammian’s political-constitutional considerations, the Author reconstructs the proceeding *‘de imperatore creando’*, centered on the Army acting *‘comitiorum specie’*, and composed of two distinct models: an ordinal model, characterized by the nomination of the new *Augustus* by the serving *Augustus*; and a contingency model for emergency situations, characterized by the nomination of the new *Augustus* by senior leaders, or directly by the Arm.

PAROLE CHIAVE

Investitura imperiale; legittimità rituale; proclamazione; acclamazione; usurpazione.

*‘IMPERATOR LEGITIME DECLARATUS,
AUGUSTUS NUNCUPATUR MORE SOLLEMNI’
(AMM. MARC., RES GESTAE 30.10.5)*

SOMMARIO: 1. Premessa: obiettivo e articolazione del contributo. – 2. *Res Gestae* 30.10.1-6: il contesto storico. – 3. Stato della dottrina. – 4. Il periodo 353-378 d.C., oggetto dei libri XIV-XXXI delle *Res Gestae* di Ammiano Marcellino. – 5. Radici storiche di locuzioni e connesse argomentazioni politico-costituzionali di Ammiano in tema di origine e modalità dell’investitura imperiale; a) *leges fundamenta libertatis e retinacula sempiterna* (R. G. 14.6.5). – 6. Continua: b) ‘*consociata suffragia*’ (25.5.3), ‘*comitiorum species*’ (26.2.2) e ‘*contio*’. – 7. Continua: c) ‘*legitime declarare*’, ‘*nuncupare more sollemni*’ nel procedimento d’investitura imperiale. – 8. Continua: d) ‘*imperium ordinario iure concessum*’ (R. G. 22.2.3). – 9. Continua: e) ‘*usurpatio*’ (26.7.12) e ‘*umbra imperii*’ (25.5.8) nell’assunzione e nell’esercizio del supremo potere imperiale. – 10. Riflessioni conclusive: il procedimento ‘*de imperatore creando*’ (25.3.20) fra ‘*imperium ordinario iure concessum*’ ed esigenza di ‘*bonum reperiri rectorem*’.

1. PREMESSA: OBIETTIVO E ARTICOLAZIONE DEL CONTRIBUTO.

Il presente contributo verte sul senso e sul rilievo tecnico-giuridico del sintagma ‘*imperator legitime declaratus. Augustus nuncupatur more sollemni*’, adoperato dallo storico Ammiano Marcellino per denotare, nelle sue *Res Gestae* (30.10.5), l’insieme delle formalità procedurali adottate per l’elevazione al trono imperiale del piccolo Valentiniano II, sei giorni dopo la morte del padre Valentiniano I, avvenuta a Brigezio (in Pannonia) il 17 novembre del 375 d.C.

L’episodio coinvolge la complessa e dibattuta problematica del procedimento d’investitura imperiale nel corso del periodo postcostantiniano. In particolare, con specifico riguardo all’investitura di Valentiniano II, sono emersi, come preciserò meglio in seguito (§ 3), pur nella diversità delle singole formulazioni, due opposti orientamenti: in base a un primo orientamento, l’investitura di Valentiniano II sarebbe, contrariamente a quanto afferma Ammiano, irregolare, giacché la sua elevazione al trono fu effettuata ad opera delle truppe militari e non già dai legittimi Augusti in carica, Valente e Graziano;¹ in base ad un secondo orientamento l’investitura di Valentiniano II sarebbe, invece, legittima e l’affermazione di Ammiano costituirebbe una formulazione sintetica di due distinti momenti dell’unitario procedimento d’investitura, pilotato dall’esercito in momenti di emergenza.²

¹ Esemplare è, in tal senso, il punto di vista di P. DE FRANCISCI, *Arcana Imperii*, II.2, Milano 1948, 157.

² Così, in particolare F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, V², Napoli 1975, 228, 231 s. e nt. 37; v. pure A. DEMANDT, *Zeitkritik und Geschichtsbild im Werk Ammians*, Bonn 1965; V. MAROTTA, *Legalità repubblicana e investitura imperiale nell’Historia Augusta*, in C. STORTI (a cura di), *Le legalità e le crisi della legalità*, Torino 2016, 21 e nt. 1, 25 nt. 13, con letteratura; *adde*: *Philological and historical*

Anche per quanto attiene al problema generale della legittimità dell'investitura imperiale e della connessa distinzione fra imperatori legittimi e imperatori usurpatori, nel periodo compreso da Costanzo II e Valentiniano II, sono emersi in dottrina due distinti orientamenti: l'uno, tendente a ravvisare due diverse tipologie di legittimità, rispettivamente improntate al principio dinastico e a quello della scelta del *bonus rector imperii*; l'altro, contraddistinto dall'affermazione di una sola tipologia di legittimità, scaturente, sotto il duplice profilo formale e giuridico, dagli atti solenni posti in essere, in assenza di contestazione, per l'investitura del nuovo imperatore (*infra*, § 3).

Mi propongo, pertanto, di procedere ad una ricognizione dell'intera questione, sia alla luce delle specifiche modalità della successione imperiale, attestate per il periodo in esame, sia alla luce delle vicende esposte e interpretate da Ammiano Marcellino nelle *Res Gestae*, nella sua duplice qualità di alto esponente dell'esercito e di scrupoloso ed equilibrato storico.

In quest'ottica mi sembra, anzitutto, necessaria una preliminare riflessione (§ 2) sul contesto storico oggetto del capo 10 del trentesimo libro delle *Res Gestae*, in cui s'innesta il sintagma in questione (R. G. 30.10.1-6): riflessione indispensabile per valutare la regolarità o l'irregolarità del procedimento adottato in quella occasione per l'investitura di Valentiniano II. Subito dopo procederò ad una sintetica ricognizione della dottrina e, segnatamente, di quella romanistica (§ 3), avendo ben presente che – come ha ineccepibilmente affermato Francesco De Martino – «la legittimità in senso formale e giuridico era una soltanto e nasceva dagli atti solenni compiuti per l'investitura e dalla mancanza di una contestazione. Tutto il resto non appartiene al diritto, ma alla politica».³

Mi soffermerò, quindi, sia pure a grandi linee, sulle modalità della successione imperiale adottate nel periodo compreso fra la vittoria del 353, conseguita da Costanzo II su l'usurpatore Magnenzio, e la morte di Valentiniano I, avvenuta nel corso della disfatta di Adrianopoli del 9 agosto del 378; periodo, questo, che costituisce oggetto specifico, come è noto, dei superstiti libri XIV-XXXI delle *Res Gestae* di Ammiano Marcellino.

Muovendo dai dati concernenti l'investitura di Giuliano, Gioviano, Valentiniano I, Valente e Graziano, procederò, nei successivi §§ 5-9, all'esame di alcune locuzioni e delle correlate argomentazioni politico-costituzionali di Ammiano, che ritengo fondamentali per comprendere il senso del sintagma oggetto del presente contributo. Specificamente, analizzerò, alla luce della prospettiva storico-costituzionale, consapevolmente seguita e adottata da Ammiano, il senso delle locuzioni '*leges fundamenta libertatis et retinacula sempiterna*' (§ 5); '*consociata suffragia*', '*comitiorum species*', '*contio*' (§ 6); '*legitime declarare*', '*nuncupare more sollemni*' (§ 7); '*imperium ordinario iure concessum*' (§ 8); '*usurpatio*' e '*umbra imperii*' (§ 9).

Formulerò, in fine, alcune considerazioni conclusive (§ 10), finalizzate a coniugare e ad evidenziare, alla luce delle argomentazioni di Ammiano, improntate al tradizionalismo romano, l'*'imperium ordinario iure concessum*' con l'esigenza, in circostanze eccezionali, del '*bonum reperiri rectorem*', ferma restando l'unicità del procedimento d'investitura e la conseguente ed imprescindibile adozione delle tradizionali e consolidate formalità rituali.

2. RES GESTAE 30.10.1-6: IL CONTESTO STORICO.

Ho già premesso [§ 1] che, nel quinto paragrafo del capitolo 10 del trentesimo libro delle *Res Gestae*, Ammiano Marcellino, con il sintagma in esame, intese sintetizzare e sottoli-

commentary on Ammianus Marcellinus XXX, Leiden-Boston 2015, 205 ss., con ampia letteratura (228-231).

³ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione* cit., 251 s.

neare l'insieme delle formalità costitutive dell'investitura imperiale di Valentiniano II. Nei sei paragrafi, di cui consta il decimo ed ultimo capitolo del libro XXX, lo storico antiocheno ebbe cura di annotare, sia pure in termini sintetici, gli eventi immediatamente successivi alla morte di Valentiniano I (avvenuta a Brigezio, dopo avere risposto, in preda all'ira, ai legati dei Quadi, che cercavano di giustificare il comportamento dei loro connazionali), dalla *'conclamatio'* (chiamata per tre volte) del defunto imperatore, al fine di certificarne la reale morte, all'investitura di Valentiniano II e alla successiva accettazione, più o meno spontanea, del fratello Graziano, Augusto in carica.

In particolare, Ammiano, come pure Zosimo, ritennero opportuno evidenziare la preoccupante incertezza di quel difficile momento storico, imputabile, come possiamo desumere dai dati forniti dai due storici, a tre distinte, ma complementari circostanze: a) il timore che i Quadi e i Sarmati potessero attaccare da un momento all'altro le forze armate imperiali, approfittando del fatto che erano senza guida (Zosimo, *Hist. nov.* 4.19.1); b) le paventate, plausibili e preoccupanti iniziative militari delle coorti galliche, che non erano state sempre fedeli ai legittimi principi e che si consideravano arbitre dei poteri imperiali (Amm., *R. G.* 30.10.1: *'quae non semper dicatae legitimorum principum fidei, velut imperiorum arbitrae'*); c) la lontananza, in quella circostanza, sia di Graziano, il quale si trovava a Treveri, nella Gallia occidentale, per volere del defunto Valentiniano I, ed era, conseguentemente, del tutto ignaro dei paventati pericoli (*R. G.* 30.10.1), sia dell'altro Augusto, Valente, che si trovava ancora in Oriente e, quindi, anch'egli ben lontano da Brigezio (Zosimo, *hist. nov.* 4.19.1).

In questo incerto e preoccupante contesto si decise, per consiglio di alti esponenti dell'esercito presenti a Brigezio (*summatum consilio*: *R. G.* 30.10.2), di abbattere il ponte che era stato costruito per invadere le terre nemiche e di richiamare subito Merobaude, *magister utriusque militiae* di Valentiniano I, il quale, per ordine di quest'ultimo, aveva guidato come capo di tutto l'esercito (Zosimo, *hist. nov.* 4.17.11) la spedizione militare del 375 contro i Quadi (*R. G.* 30.5.13-19).

In seguito al ritorno di Merobaude, Ammiano così tratteggia gli eventi che condussero all'investitura di Valentiniano II:

Amm. Marc., *R. G.* 30.10.4-5 [4] *Reverso itaque Merobaude, altiore cura prospectum, expedito consilio, Valentinianus puer defuncti filius tum quadrimus, vocaretur in imperium cooptandus, centesimo lapide disparatus, degensque cum Iustina matre in villa, quam Murocinctam appellant.* [5] *Hocque concinenti omnium sententia confirmato, Cerealis avunculus eius ocus missus, eudem puerum lecticae impositum, duxit in castra sextoque die post parentis obitum imperator legitime declaratus, Augustus nuncupatur more sollemni.*

Nei trascritti paragrafi Ammiano evidenzia tre distinti momenti del solenne procedimento d'investitura, affermatosi nella prassi (*more sollemni*): a) la designazione del successore di Valentiniano I, concordemente scelto (*omnium sententia*) dai quadri dirigenti delle forze armate e individuato nel piccolo figlio del defunto imperatore; b) la proclamazione, in conformità alle consolidate forme rituali, del nuovo imperatore (*imperator legitime declaratus*); c) l'acclamazione del *declaratus* con l'appellativo di *Augustus* (*Augustus nuncupatur*).

Per quanto attiene alla designazione, Ammiano, pur sottolineando l'unanimità della decisione, si limita a menzionare fra gli ispiratori della decisione collegiale, sia pure in modo implicito, il solo Merobaudo (*reverso itaque Merobaude*), che era stato, appunto, richiamato a Brigezio per il ruolo svolto nell'impresa contro i Quadi del 375. Zosimo (*hist. nov.* 4.19.1), invece, fra gli ispiratori della decisione, ricorda esplicitamente, accanto a Merobaudo, anche Equizio, comandante dell'esercito dell'Illirico.

In particolare, l'individuazione del successore nel piccolo figlio del defunto imperatore ubbidiva all'esigenza di circoscrivere, in quella delicata contingenza, la scelta del successore, in ambito dinastico, sulla scia di un indirizzo consolidatosi, in assenza di una formale e tassativa disciplina istituzionale della successione imperiale, sul precedente di Costanzo Cloro, che avrebbe consegnato, prima di morire, «l'eredità dell'impero, per legge di natura, al figlio maggiore», Costantino (così, appunto, Euseb., *vita Costant.* 1.21.1; Lact., *de mort. pers.* 24.8).⁴ L'obiettivo, collegialmente perseguito, di circoscrivere la scelta del successore nell'ambito della famiglia del defunto imperatore, trova piena conferma nell'invito e nel conseguente incarico attribuito allo zio del piccolo Valentiniano di condurre quest'ultimo nell'accampamento in vista della proclamazione e della acclamazione, che rappresentavano gli elementi costitutivi dell'investitura imperiale, come avrà modo di specificare in seguito [§ 7].

In questa sede ritengo opportuna una riflessione sul paragrafo conclusivo del capitolo 10, che è stato addotto in dottrina – come specificherò nel seguente paragrafo – a sostegno della asserita irregolarità dell'investitura di Valentiniano II. Orbene, Ammiano, dopo un rapido cenno alla preoccupazione, palesata da alcuni, di una eventuale reazione negativa di Graziano per l'investitura di un altro imperatore senza il suo permesso (*absque sui permisso*), volle esplicitamente sottolineare che la preoccupazione iniziale svanì del tutto, per il semplice fatto che Graziano, benevolo e pio, amò profondamente il fratello e lo educò:

R. G. 30.10.6 *Et licet cum haec agerentur, Gratianum indigne laturum existimantes, absque sui permissu principem alium institutum, postea tamen sollicitudine discussa vixere securius, quod ille (ut erat benivulus et pius) consanguineum pietate nimia dilexit et educavit.*

Ammiano ravvisa, pertanto, la *ratio* del superamento delle iniziali preoccupazioni nelle peculiari qualità di ordine caratteriale-affettivo del giovane Graziano. Ben diverse, e a mio avviso più verosimili, sono, per contro, le affermazioni di Zosimo e di Orosio.

Il primo afferma che Graziano e Valentiniano II si divisero la parte occidentale dell'impero, come ritennero opportuno coloro che amministravano, in nome e per conto loro, l'Occidente (identificabili verosimilmente con i quadri dirigenti delle forze armate), in considerazione del fatto che i due Augusti, per la giovane età, non avevano pieni poteri:⁵ a Graziano furono assegnate la Gallia, tutta la Spagna, e l'isola Britannica; a Valentiniano II l'Italia, l'Illiria e tutta l'Africa:

Zosimo, *hist. nov.* 4.19.2 Διελομένων δὲ πρὸς ἑαυτοὺς Γρατιανοῦ καὶ Οὐαλεντινιανοῦ τοῦ νέου τὴν βασιλείαν, ὡς ἔδόκει τοῖς περὶ αὐτοὺς τὰ πράγματα κρίνουσιν (αὐτοὶ γὰρ οἱ βασιλεῖς οὐκ ἦσαν κύριοι διὰ τὴν ἡλικίαν), Γρατιανῶ μὲν τὰ Κελτικὰ φύλα καὶ Ἰβερία πᾶσα καὶ ἡ Βρεταννικὴ νῆσος ἀπεκληροῦτο, Οὐαλεντινιανὸν δὲ ἔδόκει τὴν Ἰταλίαν τε καὶ Ἰλλυριοὺς καὶ τὴν ὅλην ἔχειν Λιβύην.

Il secondo afferma, invece, che il giovane Graziano, essendo suo zio Valente già Augusto nella parte orientale, dopo la morte del padre Valentiniano I, amministrò la parte occi-

⁴ Secondo S. MAZZARINO, *L'impero romano*, III, Bari 1973, 730, la proclamazione di Valentiniano II sarebbe stata «un espediente dell'onnipotente prefetto del pretorio Pretonio Probo», sul quale e sui rapporti di quest'ultimo con Valentiniano I vedi Amm. Marc., *R. G.* 30.5.6-10.

⁵ Situazione simile a quella che si verificò alla morte di Teodosio I (8 novembre del 395), quando asunsero nominalmente il potere imperiale il figlio *adulescens*, Arcadio, per l'Oriente (sotto la guida del *praefectus praetorio* Rufino) e il figlio *puer*, Onorio, per l'Occidente (sotto la guida del *magister militum* Stilicone). Cfr., in proposito, Oros. *adv. pag.* 7.36.1.

dentale dell'impero, associando, come collega, il piccolo fratello Valentiniano, in conseguenza e per effetto, ovviamente, dell'avvenuta investitura da parte delle forze armate dell'Il-lirico:

Oros., *adver. pag. 7.32.15* *Post quem Gratianus filius Occidentis imperium tenuit, Valente patruo in orientis partibus constituto; Valentinianum etiam, fratrem suum parvum admodum, socium creavit imperii.*

3. STATO DELLA DOTTRINA.

Come ho già premesso [§ 1], una parte della dottrina considera irregolare l'investitura di Valentiniano II.

In questo indirizzo s'inserisce, in particolare, Johannes Straub, secondo il quale, posto che il potere di governo (Staatsgewalt) era assicurato nell'Occidente dell'impero da Graziano e in Oriente da Valente, l'investitura di Valentiniano II, effettuata dai generali e dalle loro truppe sarebbe stata, sotto il profilo procedurale, illegittima, ed avrebbe trovato conferma (Bestätigung) soltanto nella posteriore ratifica formale da parte dei due imperatori in carica.⁶

Nella stessa prospettiva si pone anche De Francisci, per il quale l'irregolarità discenderebbe dal fatto che la nomina fu «compiuta per iniziativa delle truppe, senza alcun intervento degli imperatori regnanti e cioè di Graziano che reggeva l'Occidente e di Valente che governava l'Oriente».⁷ Di qui, l'iniziale irregolarità, che sarebbe stata poi sanata, sotto il profilo giuridico formale, grazie al «riconoscimento ottenuto, con irregolarità anche nell'ordine, da parte di Graziano prima e di Valente poi»; specificamente, l'irregolarità nell'ordine sarebbe da imputare al fatto che Valente «per l'anzianità doveva considerarsi come il *summus Augustus*».⁸

Muovendo da queste premesse, De Francisci ritiene inattendibile l'opposta e recisa affermazione di Ammiano, il quale considera pienamente legittima, sotto il profilo giuridico formale, l'investitura di Valentiniano II. L'inattendibilità viene desunta anzitutto dal fatto che lo storico forse «scriveva vivente Valentiniano II» e, soprattutto, dal fatto che stesso Ammiano avrebbe ritenuto «doveroso ricordare l'irritazione di Graziano perché fosse stato eletto un altro imperatore senza il suo consenso».⁹

Il punto di vista del De Francisci non mi sembra condivisibile per due fondamentali motivi.

A) Anzitutto, perché minimizza la notevole incidenza, sul tema in questione (investitura di Valentiniano II), della preoccupante incertezza di quel difficile momento storico, contraddistinto da diversi pericoli esterni e da speculari tensioni interne (Merobaude, Se-

⁶ J. STRAUB, *Vom Herrscherideal in der Spätantike*, Stuttgart 1939, 18 ss.

⁷ P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii* cit., 157.

⁸ P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii* cit., 158. Con specifico riguardo alle modalità dell'investitura di Valente, avvenuta il 28 marzo del 368 ad opera di Valentiniano I, De Francisci afferma che la legittimità dell'investitura poteva discendere soltanto dal '*summus Augustus*'. In contrario è, però, da sottolineare che Ammiano, che aveva una conoscenza diretta della vicenda, considera Valente un semplice '*apparitor*' del fratello e non già un legittimo collega di quest'ultimo (*legitimus particeps potestatis*), proprio in considerazione del fatto che fu proclamato imperatore e Augusto, in forma sostanzialmente unilaterale da Valentiniano I. Sul punto rinvio al successivo paragrafo.

⁹ P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii* cit., 156.

bastiano: *R. G.* 30.10.3). Di qui la necessità di ridurre al minimo i rischi di rivolte e/o usurpazioni con la proclamazione di Valentiniano II sei giorni dopo la morte del padre, anche in considerazione della lontananza di Graziano e di Valente, rispettivamente impegnati nella Gallia occidentale e in Oriente. Le pressioni di popolazioni barbariche lungo la linea reno-danubiana e lungo la linea persiana avevano infatti prodotto una profonda differenziazione degli eventi fra le diverse parti dell'impero romano. Non a caso Ammiano Marcellino ritenne opportuno surrogare il criterio cronologico, impiegato nei primi 25 libri delle *Res Gestae*, con il criterio geografico, adottato nei libri dal 26 al 31, che attengono, appunto, all'arco temporale compreso fra l'ascesa al trono imperiale di Valentiniano I (364) e la morte di Valente (378).¹⁰

B) In secondo luogo, perché entrambe le considerazioni prospettate a sostegno della asserita irregolarità della investitura di Valentiniano II, contro il diverso punto di vista di Ammiano, divergono, a mio avviso, sensibilmente dagli obiettivi e dai contenuti del discorso svolto dallo storico nel brano in questione e, più in generale, nei libri superstiti delle *Res Gestae*.

La prima considerazione, ancorché espressa in forma ipotetica («forse perché egli scriveva vivente Valentiniano II»), anche a prescindere dal fatto che il libro XXX fu verosimilmente scritto dopo la morte di Valentiniano II (maggio del 392),¹¹ si pone in netto contrasto con quanto lo stesso Ammiano dichiara nell'esordio del libro 26, con cui inizia la trattazione degli avvenimenti più recenti:

R. G. 26.1.1 *Dictis impensiore cura rerum ordinibus ad usque memoriae confinia propioris, convenerat iam referre a notioribus pedem, ut et pericula declinentur veritati saepe contingua, et examinatores contexendi operis deinde non perferamus intempestivos, strepentes ut laesos, si praeteritum sit, quod locutus est imperator in cena, vel omissum quam ob causam gregarii milites coerciti sunt apud signa, et quod non decuerat in descriptione multiplici regionum super exiguis silere castellis, quodque cunctorum nomina, qui ad urbani praetoris officium convenire, non sunt expressa, et similia plurima, praeceptis historiae dissonantia, discurrere per negotiorum celsitudines assuetae, non humilium minutas indagare causarum.*

L'esordio evidenzia esplicitamente gli obiettivi e i criteri perseguiti dallo storico antiocheno nell'esposizione degli avvenimenti sino ai confini '*memoriae propioris*': a) la scrupolosa cura, in sintonia con i principi della ricerca storica (*praecepta historiae*), degli eventi essenziali, omettendo dettagli irrilevanti; b) la consapevolezza di eventuali reazioni critiche, suscitate da una esposizione degli avvenimenti, improntata alla verità dei fatti, ma divergenti da interessi settoriali.

In coerenza con questi obiettivi e criteri, l'esposizione degli eventi legati all'opera di personalità politico-militari (Augusti e Cesari, in particolare) risulta accuratamente e scrupolosamente integrata da una attenta puntualizzazione dei pregi di ciascuna di esse. Emblematico è, in tal senso, il giudizio complessivo sull'operato dell'imperatore Giuliano, considerato come il migliore esponente della classe politica del suo tempo e definito addirittura

¹⁰ Cfr., in proposito, R. BROWNING, *Storia*, in *La letteratura latina* della Cambridge University, II, trad. it. di L. SIMONINI, Milano 1982, 531 s., con ampia letteratura a p. 766.

¹¹ Posto che il libro 22 fu composto, come sembra, intorno al 391 e il libro XXXI dopo il 395, è assai probabile che il libro XXX sia stato scritto fra la fine del 392 e gli inizi del 393, dopo la morte di Valentiniano II (Zosimo, 4.54.3). Sulla datazione dei libri delle *Res Gestae* v., in particolare, R. BROWNING, *Storia* cit., 529; A. SALEM (a cura di), *Le Storie di Ammiano Marcellino*, Torino 1973, 16.

'vir profecto heroicis connumerandus ingeniis, claritudine rerum et coalita maiestate conspicuus' (R. G. 25.4.1). I molteplici aspetti positivi dell'operato di Giuliano, non impedirono, però, allo storico di Antiochia di formulare, da pagano, un severo giudizio sul decreto, qualificato 'inclemens', con cui Giuliano proibì l'insegnamento ai maestri di retorica e di grammatica cristiani, a meno che non fossero passati al culto degli dei pagani: 'Inter quae (cioè, fra le disposizioni negative) erat illud inclemens, quod docere vetuit magistros rhetoricos et grammaticos Christianos, ni transissent ad numinum cultum' (R. G. 25.4.20). Non meno severo è il suo giudizio per l'attacco rivolto alla memoria di Costantino, accusandolo, scioccamente e avventatamente (*insulse nimirum et leviter*), di avere per primo elevato i barbari sino ai fasci e alla veste consolare (21.10.8).

La seconda considerazione, che si concreta nell'imputazione ad Ammiano del doveroso ricordo dell'irritazione di Graziano, diverge nettamente dal discorso svolto dallo storico antiocheno nel § 6 del capitolo 10 del trentesimo libro delle *Res Gestae*. Ammiano, in effetti, lungi dall'attestare la presunta irritazione di Graziano, si limita soltanto a riferire – come attesta il brano sopra trascritto nel § 2 – la preoccupazione di taluni che ritenevano (*existimantes*) che Graziano non avrebbe gradito l'investitura di un altro imperatore senza il suo permesso; preoccupazione rivelatasi, peraltro, del tutto infondata.

Anche Piganiol, pur riconoscendo che Ammiano aveva una conoscenza sufficientemente precisa delle formalità rituali dell'investitura imperiale, ritiene che l'investitura di Valentiniano II non sia stata riconosciuta né dallo zio Valente, né dal fratello Graziano, adducendo, a titolo di esempio, il fatto che l'effigie di Valentiniano II nelle monete non ha «la même place que la leur».¹² Provano, però, in senso contrario, le convergenti attestazioni di Ammiano, Zosimo e Orosio [§ 2].

Per quanto attiene, in particolare, all'atteggiamento tenuto da Graziano, nel caso in questione, una valutazione sicuramente più equilibrata, ancorché pur sempre incentrata, in via di principio, sull'affermata irregolarità dell'investitura, è stata prospettata da Marialuisa Navarra, secondo la quale «Val meglio riconoscere che il comportamento di Graziano non è che una prudente accettazione del fatto compiuto e che tutta la legittimità dell'elezione di Valentiniano II si riduce al rispetto delle regole formali della procedura».¹³

Un secondo filone della dottrina non ravvisa, invece, alcuna irregolarità nella mancata consultazione degli Augusti in carica e considera, conseguentemente, attendibile l'affermazione di Ammiano Marcellino. Possono essere inseriti in questo secondo indirizzo, pur nella diversità delle rispettive argomentazioni, De Martino, De Bonfils e Seager.

De Martino, come ho già premesso (§ 1, nt. 2), ravvisa nel sintagma utilizzato dallo storico antiocheno una formulazione sintetica del procedimento rituale di investitura, comunemente impiegato, in quel tempo, per la nomina dell'imperatore e, nel caso specifico, dello stesso Valentiniano II.

De Bonfils, dopo avere sottolineato che in quella particolare circostanza i capi militari ritennero necessario decidere subito, senza un preventivo accordo con i due Augusti, nella convinzione che la scelta del piccolo figlio del defunto imperatore non avrebbe provocato «divari traumatici con gli altri due Augusti», conclude affermando che la proclamazione di Valentiniano II fu considerata fondatamente legittima, e non soltanto da Ammiano, «in quanto il potere gli era stato conferito in virtù di regole consolidate se non di norme scritte».¹⁴

¹² A. PIGANIOI, *L'empire chrétien (325-395)*, Paris 1972, 223 e nt. 6.

¹³ M. NAVARRA, *Introduzione* al volume *Riferimenti normativi e prospettive giuspubblicistiche nelle Res Gestae di Ammiano Marcellino*, in *Accademia romanistica costantiniana*, V, Milano 1994, 51.

¹⁴ G. DE BONFILS, *Ammiano Marcellino e l'imperatore*, Bari 1986, 36 ss., 45.

Per Robin Seager, in fine, il piccolo Valentiniano sarebbe stato legittimamente dichiarato imperatore in forza dell'atto di coloro che lo presentarono alle truppe, in quanto l'accettazione da parte dell'esercito avrebbe costituito, a suo dire, una semplice formalità: «The reception of Valentin II by the army was also nothing more than a formality; he had already been legitimately declared emperor by the act of those who presented him to the troops (30.10.5)».¹⁵

Il sintagma in esame ha sollevato in dottrina un secondo e ben più ampio problema, che coinvolge, a prescindere dal caso specifico di Valentiniano II, il tema generale dell'unità o della duplicità del procedimento d'investitura imperiale nel corso del IV secolo d.C. Con riferimento, appunto, a questo secondo problema sono emersi in dottrina due diversi orientamenti ermeneutici.

Johannes Straub ha ravvisato nelle locuzioni ammiane *'imperator legitime declaratus'* e *'Augustus nuncupatur'*, due diversi avvenimenti (Vorgänge): il primo, costituito dalla «Imperatorakklamation» delle truppe; il secondo e, a suo dire, più importante atto, si sarebbe concretato nel solenne e ufficiale trasferimento della sovranità politica, conseguente all'acclamazione delle truppe. In particolare, secondo Straub il segno *'nuncupare'* esprimerebbe, in questo caso, «der Begriff für den wichtigsten Einzelakt des gesamten Zeremoniells, die feierliche und offizielle Übertragung des Herrschernamens Augustus oder Caesar, die durch den Zuruf der Truppen erfolgt».¹⁶ Si tratta di una interpretazione, a mio avviso, incontestabile, come avrò modo di precisare in seguito.

Un secondo orientamento ermeneutico ha fondatamente ravvisato nelle predette locuzioni due distinti momenti dell'unitario e complesso procedimento d'investitura. De Martino, in particolare, ha enucleato, alla luce dei dati desumibili dalle fonti, quattro distinte tappe: 1) la designazione del nuovo imperatore effettuata, in caso di mancanza di un Augusto, dai capi dell'esercito, da soli o assieme alle più alte personalità civili; 2) la pronuncia, da parte del personaggio più elevato in grado, di una formula di nomina sottoposta all'approvazione dell'esercito; 3) l'acclamazione dei soldati con la conseguente trasmissione al *declaratus* della porpora e del diadema; 4) l'*adlocutio* del nuovo sovrano all'esercito.¹⁷

In definitiva, con specifico riguardo ai due problemi sollevati in dottrina, ritengo:

a) che la legittimità dell'investitura di Valentiniano II, asserita da Ammiano con il sintagma in esame, non possa essere considerata inattendibile, intendendo e assumendo, però, il segno 'legittimità' in senso 'rituale' e non già in senso 'legale', come specificherò in seguito occupandomi delle formalità rituali del procedimento d'investitura;

b) che l'organo fondamentale del procedimento *'de imperatore creando'*, unitariamente inteso, era costituito, in conformità peraltro a una consolidata prassi rituale, dall'esercito, che poteva approvare o disapprovare una designazione effettuata, in via ordinaria, dall'Augusto in carica, o, in casi di emergenza, dai quadri dirigenti dell'esercito e/o dell'amministrazione civile, fermo restando il fatto che la designazione costituiva, in ogni caso, una pura e semplice proposta.

¹⁵ R. SEAGER, *Ammianus Marcellinus. Seven Studies in his language and thought*, Columbia 1986, 113.

¹⁶ J. STRAUB, *Vom Herrscherideal* cit., 20. Contro L. VALENSI, *Quelques réflexions sur le le pouvoir impérial d'après Ammien Marcellin*, in *Bullettin de l'association Guillaume Budé: Lettres d'humanité* 16, 1957, 70, che parla, a ragione, di due distinti momenti di un unico procedimento d'investitura; nello stesso senso v. pure G. DE BONFILS, *Ammiano Marcellino* cit., 36 s.

¹⁷ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione* cit., V, 231.

4. IL PERIODO 353-378 D.C., OGGETTO DEI LIBRI XIV- XXXI DELLE *RES GESTAE* DI AMMIANO MARCELLINO.

Dei 31 libri delle *Res Gestae* sono a noi pervenuti soltanto i libri 14-31, che trattano, come ho già premesso (§ 1), degli eventi compresi dal 353 al 378 d.C., per un totale di appena 25 anni. I primi 13 libri, a noi non pervenuti, trattavano del periodo compreso dal principato di Nerva (96-98 d.C.) al 353, per un totale di ben 257 anni. L'evidente sproporzione del numero dei libri dedicati ai due periodi si spiega con l'obiettivo dello storico antiocheno di esporre ed esaminare criticamente e oggettivamente la storia più recente dell'impero romano sulla base della propria esperienza o di quella di coloro che dei fatti erano stati partecipi:

R. G. 15.1.1 Utcumque potui veritatem scrutari, ea quae videre licuit per aetatem, vel perplexe interrogando versatos in medio scire, narravimus ordine casuum exposito diversorum; residua quae secuturus aperiet textus, pro virium captu limatius absolvemus, nihil obtrectatores longi (ut putant) operis formidantes. Tunc enim laudanda est brevis, cum moras rumpens in tempestivas, nihil subtrahit cognitioni gestorum.

Il brano enuncia nitidamente i criteri metodologici della storiografia ammiana: a) la scrupolosa ricerca della verità (*veritatem scrutari*),¹⁸ su base di dati compulsati direttamente o indirettamente; b) l'esposizione accurata (*limatius*) dei fatti, condotta in modo tale da non sottrarre alcunché alla cognizione degli stessi.

Circoscrivendo in questa sede l'indagine al solo tema dell'investitura imperiale, limiterò il discorso alle modalità di conferimento del potere imperiale ai cinque imperatori che furono acclamati Augusti, nel corso del periodo in esame, prima di Valentiniano II: Giuliano, Gioviano, Valentiniano I, Valente, Graziano.

L'elevazione ad Augusto, nel febbraio del 360, di Giuliano, che era stato nominato Cesare da Costanzo II, il 6 novembre 355, e subito inviato in Gallia per fronteggiare l'invasione franco-alemana, è oggetto di contrastanti valutazioni da parte della storiografia greco-romana e, di riflesso, della dottrina storico-giuridica.

Orosio, per evidente e acritico pregiudizio religioso, afferma che Giuliano, sull'ala dei successi militari conseguiti in Gallia,¹⁹ si fece proclamare imperatore dalle truppe, usurpando il titolo di Augusto (*fastigium usurpavit Augusti: adv. pag. 7.29.16*) e impadronendosi così del potere supremo (*regnum potitus: 7.30.1*); ma Dio misericordioso, demolì gli empi propositi con la morte dell'empio: *‘miserors Deus impia consilia impii morte dissolvit’* (7.30.6).

Radicalmente opposto è, invece, il giudizio di Zosimo, il quale, dopo avere evidenziato i notevoli successi militari conseguiti in Gallia da Giuliano, nonché il profondo legame con

¹⁸ V. pure *R. G. 14.6.2: nusquam a veritate sponte propria disgressurus; 16.1.3: quicquid autem narrabitur, quod non falsitas arguta concinnat, sed fides integra rerum absolvit, documentis evidentibus fulta, ad laudativam paene materiam pertinebit; 18.6.23: cum nos cauti vel (ut verius dixerim), timidi, nihil exaggeremus, praeter ea quae fidei testimonia neque dubia incerta monstrarunt; 31.16.9: opus veritatem professum numquam (ut arbitror) sciens silentio ausus corrumpere, vel mendacio.*

¹⁹ Mi sembra significativo che Orosio, accecato dal suo viscerale odio verso l'apostata, si limiti a un semplice cenno alle vittorie militari conseguite da Giuliano (specifico oggetto, invece, di dettagliate esposizioni da parte di Zosimo e di Ammiano Marcellino), tacendo del tutto sulla sua proficua politica economica e amministrativa, volta a conciliare, nell'interesse dell'istituzione imperiale, le contrastanti aspettative dei diversi ceti; politica che peraltro, come osserva S. MAZZARINO, *L'impero romano* cit., III, 713 s., «ha avuto un enorme peso nella posteriore storia dell'Impero».

le truppe, che ne ammiravano, non soltanto il coraggio in guerra, ma anche la semplicità di vita, la moderazione nei guadagni, e le tante altre virtù, per le quali egli fu superiore a tutti gli altri uomini del suo tempo (*storia nuova* 3.5.3), sottolinea l'invidia di Costanzo II, il quale, allo scopo di mettere in difficoltà il congiunto, chiese pretestuosi e ripetuti invii di contingenti militari in Oriente, puntualmente soddisfatti da Giuliano (3.8.3). Le truppe d'Occidente reagirono prontamente, proclamando Giuliano, contro la sua volontà, Augusto e imponendogli con la forza, dopo averlo sollevato in alto su uno scudo, il diadema sul capo (3.9.1-2). Giuliano, però, rifiutò e inviò un ambasciatore a Costanzo per comunicargli quel che era avvenuto contro il suo volere (3.9.4).

Costanzo, dopo una iniziale perplessità, decise di muovere guerra a Giuliano, ma nel corso della marcia morì improvvisamente in Cilicia il 3 novembre 361. Un gruppo di cavalieri, provenienti da Costantinopoli annunciarono a Giuliano che Costanzo era morto e che le legioni lo invitavano ad assumere il supremo potere. Giuliano, accettato il dono concessogli dalla divinità (in conformità, appunto, a quanto gli aveva rivelato in sogno il sole: 3.9.6), giunse a Bisanzio dove, come sottolinea Zosimo, tutti lo acclamarono, chiamandolo cittadino e figlio adottivo (infatti, era nato e cresciuto in quella città), in quanto erano convinti che egli avrebbe fatto moltissimo bene agli uomini (3.11.2).

Ben più dettagliato ed equilibrato è, senza dubbio, il racconto storico di Ammiano Marcellino, che era consapevole, come egli stesso afferma nel brano 15.1.1, sopra trascritto, che l'eccessiva brevità della narrazione può precludere la piena cognizione degli avvenimenti. Sotto questo profilo assumono notevole rilievo i capitoli 4 e 8-10 del libro XX. Il capitolo 4 concerne i fatti di Parigi. Ammiano, al pari di Zosimo evidenzia l'invidia di Costanzo II per i notevoli successi militari conseguiti in Gallia da Giuliano (20.4.1) e la pretestuosa richiesta di forze militari per mettere in difficoltà lo stesso Giuliano, il quale, pur essendo fortemente preoccupato per la ferocia dei barbari, ubbidì agli ordini dell'Augusto. Le truppe, tuttavia, si opposero con grande determinazione; si recarono verso la residenza di Giuliano e con alte grida e generale consenso lo acclamarono Augusto: *'Augustum appellavere consensione firmissima'* (20.4.14). Giuliano si oppose energicamente, invitando i soldati, senza successo, a mettere da parte l'ira (20.4.16).

In seguito, in mezzo a un incredibile fragore, Giuliano, per sedare gli animi, desistette. Fu fatto salire su uno scudo di fanteria e, sollevato in mezzo alle acclamazioni di tutti i presenti, fu proclamato Augusto, pur avendo rifiutato il diadema (20.4.7-19). Dopo un'attenta riflessione, Giuliano ritenne opportuno informare Costanzo, con la dettagliata lettera, di quanto era accaduto a Parigi (20.8.2-17). Costanzo, a sua volta, diede incarico al suo questore Leonas di consegnare a Giuliano una lettera con la quale ordinava a quest'ultimo di mantenersi entro i limiti del suo potere di Cesare: *'intra Caesaris se potestatem continere praecipiens'* (20.9.4). Appreso il contenuto della lettera, tutte le legioni della Gallia, all'unanimità, con un corale urlo (*'vocum terribilium sono'*), acclamarono Giuliano Augusto, così come avevano già deciso i provinciali e i soldati (20.10.6-7).

Per cogliere il senso della condotta di Giuliano e il punto di vista di Ammiano in ordine alla posizione costituzionale dello stesso Giuliano in seguito ai fatti di Parigi, è determinante e illuminante, a mio avviso, quanto lo storico antiocheno afferma riferendo un discorso rivolto dallo stesso Giuliano alle truppe riunite in assemblea (*contio*), prima di muovere guerra a Costanzo:

R. G. 21.5.5 At nunc cum auctoritate vestri iudicii, rerumque necessitate compulsus, ad Augustum elatus sum culmen, deo vobisque fautoribus, si fortuna coeptis adfuerit, alius affecto maiora, id prae me ferens quod exercitui cuius aequitas armorumque inclaruit magnitudo, do-

mi moderatus visus sum et tranquillus, et in crebritate bellorum, contra conspiratas gentium copias, consideratus et cautus.

Dal brano emerge chiaramente che la legittimità del conferimento dell’alta dignità di Augusto (*ad Augustum elatus sum culmen*) discende esclusivamente dalla potestà dell’esercito (*auctoritate vestri iudicii*), rafforzata dal favore della divinità (*deo vobisque fautoribus*), con implicito riferimento a quanto era stato rivelato in sogno a Giuliano, nella notte antecedente alla sua proclamazione, dal *Genius publicus* (20.5.10).²⁰ Non a caso Ammiano si limita a riferire, per semplice scrupolo di oggettiva informazione, la notizia che Costanzo, poco prima di morire, quando era ancora in possesso delle sue facoltà, avrebbe designato Giuliano come suo successore: ‘*successorem suae potestatis statuisset Iulianum*’ (21.15.2), in considerazione del fatto che la pura e semplice designazione di un successore non poteva essere considerata sufficiente a legittimare l’investitura, senza l’approvazione dell’esercito.

La sostanziale corrispondenza dei dati forniti da Zosimo e da Ammiano consente di dedurre che per entrambi gli storici, a differenza di Orosio, Giuliano non può essere considerato un usurpatore della carica augustea, per il semplice fatto che egli non si operò per provocare e acquisire il consenso dell’esercito, ma si limitò a prendere atto della irremovibile e minacciosa determinazione corale dell’esercito, dopo aver tentato inutilmente di respingerla e di pervenire a una pacifica e condivisa soluzione con Costanzo II.

Una eloquente conferma può essere dedotta in tal senso da quanto attesta Ammiano con riferimento all’ingresso di Giuliano a Costantinopoli, l’11 dicembre 361, allorché tutta la popolazione, senza distinzione di età e di sesso, e il senato lo accolsero con applausi unanimi, come se fosse disceso dal cielo, mentre egli avanzava in mezzo ad una moltitudine di militari e civili e gli sguardi di tutti lo fissavano non soltanto con insistenza, ma anche con ammirazione:

R. G. 22.2.4 Quo apud Constantinopolim mox comperto, effundebatur aetas omnis et sexus, tamquam demissum aliquem visura de caelo. Exceptus igitur tertium Iduum Decembrium verecundis senatus officiis, et popularium consonis plausibus, stipatusque armatorum et togatorum agminibus, velut acie ducebatur instructa, omnium oculis in eum non modo contuitu destinato, sed cum admiratione magna defixis.

Orbene, la netta antinomia fra il punto di vista di Orosio, da un lato, e quello di Zosimo e Ammiano, dall’altro,²¹ si riflette, come ho già premesso, nella dottrina storico-giuridica, contraddistinta da due opposti indirizzi, che configurano Giuliano rispettivamente come usurpatore²² o come legittimo imperatore.

In particolare, De Francisci considera irregolare l’investitura di Giuliano sotto un duplice profilo: formale e sostanziale;²³ formale, perché le modalità rituali dell’investitura ad opera dell’esercito risponderebbero a tradizioni barbariche estranee a quelle romane, come

²⁰ V., in proposito, V. NERI, *Ammiano Marcellino e l’elezione di Valentiniano*, in Riv. Storica dell’Antichità 15, 1986, 168 e ntt. 46 e 47.

²¹ Sulla stessa linea si pone anche Eutropio, *breviarium ab urbe condita* 10.15: *Consensu militum Iulianus factus Augustus est.*

²² Per la configurazione di Giuliano come usurpatore, letteratura in L. NAVARRA, *Introduzione cit.*, 30 nt. 66.

²³ P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii cit.*, 147 ss.

l'innalzamento sullo scudo e l'impiego del *torques* al posto del diadema;²⁴ sostanziale, perché, fallito il tentativo di conciliazione con Costanzo, Giuliano avrebbe indotto le truppe a rinnovare la loro acclamazione, come proverebbe il brano 21.5.1 ss. delle *Res Gestae*, in cui lo storico antiocheno riferisce il discorso rivolto da Giuliano alle truppe prima del conflitto militare con Costanzo (21.5.2-8). In effetti, a parer mio, il discorso di Giuliano non mirava affatto alla rinnovazione della proclamazione ad Augusto, che era stata già autonomamente effettuata, a suo tempo, dall'esercito – come, peraltro, si afferma espressamente nel § 5, sopra trascritto –, ma ad ottenere la promessa delle truppe, garantita da un *ius iurandum in verba ducis* [verosimilmente sulla falsariga di quello sollecitato e ottenuto da Ottaviano alla vigilia della guerra contro Antonio e Cleopatra], che non sarebbero venute meno la loro concordia e la loro lealtà verso di lui, che con zelo si sarebbe adoperato perché non venisse compiuta alcuna azione inconsulta e indolente (*nequid agatur inconsultum et segne*), in contrasto con l'interesse pubblico (21.5.7). Il discorso dell'imperatore venne approvato, sottolinea Ammiano, dall'assemblea militare (*contio*), profondamente commossa, come quello di un oracolo, chiamando Giuliano grande e nobile duce: '*Hoc sermone imperatoris vice alicuius oraculi comprobato, mota est incitatus contio ... magnum elatumque ducem ... appellans*' (21.5.9).

Di «sostanziale irregolarità», di cui sarebbe stato consapevole lo stesso Ammiano – consapevolezza ravvisata nella asserita «ambiguità dell'atteggiamento dello storico, che evita una valutazione espressa degli avvenimenti» – parla pure Marialuisa Navarra, pur rilevando che «il fattore di legittimità che lo storico vuol far giocare a favore dell'avvento di Giuliano, sta, probabilmente, nella conclamata spontaneità della decisione dell'esercito».²⁵

Diverso, e anzi opposto, è il punto di vista del De Bonfils, secondo il quale «la proclamazione di Parigi non può essere stata un'usurpazione, perché l'elezione di Giuliano era stata voluta dall'esercito».²⁶ Silvano e Procopio non furono imperatori legittimi, aggiunge De Bonfils, perché la loro investitura fu la conseguenza di loro comportamenti volontari, che si concretarono in «atti di ribellione».

De Martino, occupandosi della successione imperiale nel IV secolo, dopo avere osservato che nella tetrarchia diocleziana prevale il «principio della scelta del migliore, ma è strettamente intrecciato con quello dinastico», afferma che «anche l'ascesa al trono di Giuliano, che pure aveva tentato di sottrarsi alla difficile prova, è sentita in termini dinastici; egli era un discendente di Costantino, sopravvissuto alla strage del 337».²⁷ In tal senso sembrerebbe deporre, a prima vista, la presunta designazione di Giuliano come successore da parte di Costanzo sul letto di morte (Amm., *R. G.* 21.15.2, sopra riferito). Ma si tratta, verosimilmente, di una notizia artatamente diffusa dai collaboratori di Costanzo in funzione di una *captatio benevolentiae* di Giuliano. Non a caso Ammiano si limita a riferirla, per obiettività d'informazione, con un eloquente '*dicitur*'²⁸ (sul punto tornerò nel § 8).

²⁴ Osserva plausibilmente G. DE BONFILS, *Ammiano Marcellino* cit., 35 e nt. 125, che «i particolari della elezione sullo scudo e della ricerca della corona servono solo a definire il grado di tensione e determinazione della volontà dei soldati».

²⁵ M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 30 s., 35 e nt. 73.

²⁶ G. DE BONFILS, *Ammiano Marcellino* cit., 35; per il ruolo legittimante dell'esercito v. pure L. VALENSI, *Quelques réflexions* cit., 65 s.

²⁷ F. DE MARTINO, *Storia della costituzione* cit., V, 212.

²⁸ Mi sembra, pertanto, eccessiva l'affermazione di L. NAVARRA, *Introduzione* cit., 37, secondo cui, di fatto, «solo per effetto di quella designazione, vera o accortamente propagandata che fosse, Giuliano assu-

La morte di Giuliano privò le forze armate romane, nella difficile guerra contro la Persia, di una autorevole guida politica e strategica. Si aggiunga che lo stesso Giuliano non aveva designato un suo successore, e anzi, rivolgendosi ai presenti, quando gravemente ferito stava per ricongiungersi al cielo e alle stelle, con specifico riguardo al problema della scelta del suo successore (*super imperatore creando*: Amm., *R. G.* 25.3.29), si limitò ad affermare che sperava, come probò figlio della comunità imperiale, che si trovasse, dopo di lui, un buon capo dell'impero: '*ut alumnus autem rei publicae frugi, opto bonum post me reperiri rectorem*' (*R. G.* 25.3.20).

Di qui la necessità e l'urgenza, concordemente sottolineate nelle fonti,²⁹ di scegliere rapidamente, per fronteggiare l'emergenza, un successore del defunto imperatore. In proposito, Orosio si limita a ricordare che Gioviano fu '*imperator ab exercitu creatus*'. Zosimo, invece, dopo un cenno ad una riunione promossa dalle più alte cariche, assieme all'esercito, attesta che, con voto unanime, fu eletto imperatore Gioviano, con la contestuale consegna della porpora e del diadema (*hist. nov.* 3.30.1-2). Più analitico è il racconto di Ammiano, il quale attesta che, nel corso di una riunione organizzata dai comandanti dell'esercito, dai capi delle legioni e dei reparti della cavalleria, dopo lunghe discussioni e forti divergenze fra due gruppi, tutti si erano poi accordati sul nome di Saluzio, il quale rifiutò per motivi di salute e di età (25.5.2-3). Rompendo gli indugi, su iniziativa di elementi turbolenti (*tumulantibus paucis*), '*ut in rebus extremis saepe est factum*' – annota Ammiano – venne eletto Gioviano comandante (*primicerius*) della guardia del corpo (*domesticorum ordo*: 25.5.4; cfr. pure Eutrop., *brev.* 10.17: *Iovianus, qui tunc domesticus militabat ... consensu exercitus lectus est*), il quale venne subito rivestito degli abiti imperiali. Fatto uscire subito dalla tenda, si presentò ai soldati, già disposti a schiera (*per agmina*), pronti per la marcia. Poiché lo schieramento era lungo 4 miglia, non tutti ebbero modo di ravvisare l'imperatore, e coloro che erano nelle ultime schiere, udendo il fragoroso applauso e credendo, per la somiglianza del nome, che Giuliano si fosse ripreso, si unirono all'applauso generale. Scoperta poco dopo la verità, i soldati che si erano ingannati '*in lacrimas effusi sunt omnes, et luctum*' (25.5.6).

Argomentando da alcune espressioni di Ammiano, si è affermato in dottrina che «agli occhi di Ammiano, il potere di Gioviano non è potere legittimo, è un'*umbra imperii*, perché conseguito non attraverso una regolare espressione della volontà dell'esercito, ma *turbine concitato calorum*».³⁰ Depone in senso contrario, a mio avviso, il pragmatico ammonimento formulato da Ammiano subito dopo avere riferito che si abbandonarono al pianto quanti avevano scoperto che l'applaudito non era Giuliano:

me agli occhi dell'opinione pubblica la veste di legittimo titolare del potere e può essere accolto a Costantinopoli dagli *officia senatus* e dai *plausi popularium*. I brani ammianeî 21.5.5 e 22.2.4, sopra trascritti, a mio avviso, non depongono certo in tal senso.

²⁹ Oros., *adv. pag.* 7.31.1: *in summo rerum discrimine*; Amm., *R. G.* 25.5.1: *hostibus ex omni latere circumfusus*; Zos., *hist. nov.* 3.30.1: 'Senza un capo non era possibile fronteggiare i pericoli che minacciavano i soldati in mezzo a una terra nemica'.

³⁰ Così M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 41 e nt. 82. Diversamente F. DE MARTINO, *Storia della costituzione* cit., V, 230, il quale sottolinea a ragione, a mio avviso, che «lo stesso Ammiano, che dà un racconto abbastanza tendenzioso di queste vicende e giudica l'elezione di Gioviano dovuta ad un colpo di fortuna, non contesta la legittimità dell'investitura». G. DE BONFILS, *Ammiano* cit., 20 e nt. 28, afferma che «un colpo di mano imposto da una minoranza risolse il contratto fra la cerchia giulianea e i seguaci di Costanzo e la nomina di Gioviano rispecchia il confuso momento politico e religioso». Ammiano non parla, invero, di colpo di mano, ma di un cieco '*iudicium fortunae*' (25.5.8).

R. G. 25.5.7 *Quod si gravis quidam aequitatis spectator, in ultimo rerum spiritu factum criminatur improvide, nauticos idem iustius incusabit, si amisso perito navigandi magistro, saevientibus flabris et mari, clavos regendae navis cuilibet periculi socio commiserunt.*

Il testo prova che per Ammiano un severo osservatore che ritenga di condannare l'imprudente decisione frettolosamente presa in quell'estremo frangente (*in ultimo rerum spiritu*), dovrà, a maggior ragione, accusare i marinai che, perduto un esperto *magister navis*, affidano, nell'infuriare dei venti e del mare, il timone al primo che capita fra i compagni di sventura. Ma c'è di più: le espressioni *'umbra imperii'* e *'concitato turbine calorum'* sono attribuiti, come peraltro ben sa la stessa Navarra, a un disertore, nemico di Gioviano, il quale, per vendetta, informò dell'accaduto (morte di Giuliano) il re persiano Shahpur, allo scopo di provocarne l'immediato attacco alle spalle delle retroguardie romane: *'celeri disposuit gradu, agminis nostri invadi terga postremi'* (25.5.8). In ogni caso, l'espressione *'umbra imperii'*, nel contesto del discorso ammiano, non allude, come avrò modo di precisare meglio in seguito (§ 9), alla illegittimità del conferimento del potere, bensì alla inidoneità della persona scelta, perché comunemente ritenuta inerte e molle, come confermarono peraltro gli eventi successivi, culminati nell'accettazione di una pace con Shahpur *'necessariam, sed turpissimam'*.³¹

L'improvvisa morte di Gioviano, avvenuta il 17 febbraio 364 in Bitinia, ripropose dopo appena 8 mesi il problema della scelta di un nuovo successore alla suprema carica imperiale. Le notizie più dettagliate ci provengono, ancora una volta, da Ammiano.³² A Nicea, capoluogo della Bitinia, dove si era trasferito l'esercito, subito dopo la morte di Gioviano, le massime autorità civili e militari (*potestatum civilium militiaeque rectores*) si riunirono per scegliere un nuovo capo autorevole e di grande esperienza (*diu exploratum et gravem*: 26.1.3). Dopo diverse discussioni e proposte,³³ la scelta cadde, senza alcuna opposizione (*nulla discordante sententia*), su Valentiniano, che era rimasto ad *Ancyra*, come capo della *secunda schola Scutariorum* (26.1.4-5). Al suo arrivo, dopo dieci giorni, Valentiniano si presentò all'esercito e ricevuto il permesso di salire su un'alta tribuna come se si trattasse di una riunione assembleare simile a quelle dei *comitia populi*,³⁴ fu proclamato da tutti i presenti rettore dell'impero romano: *'progressus Valentinianus in campum, permissusque tribunale ascendere celsius structum, comitiorum specie, voluntate praesentium secundissima, ut vir serius rector pronuntiatur imperii'* (26.2.2). Venne, quindi, corredato dell'abito imperiale e

³¹ Amm., R. G. 25.7.1-13; Zos., *hist. nov.* 3.31.1-2. È significativo che Orosio cerchi di giustificare il patto concluso fra il re persiano e l'imperatore cristiano Gioviano, sottolineando che *'etsi parum ut putant dignum, satis tamen necessarium'* (*adv. pag.* 7.31.1).

³² Orosio si limita ad attestare che Valentiniano fu acclamato imperatore a Nicea con il consenso dei soldati (*adv. Pag.* 7.32.2), aggiungendo poco dopo che il nuovo imperatore, cristiano d'integra fede, ricevette il potere imperiale come premio di Cristo (7.32.3). Zosimo riferisce che l'esercito e i comandanti, dopo discussioni e proposte si accordarono sul nome di Valentiniano, che non essendo presente, assunse il potere a Nicea dopo 10 giorni (*hist. nov.* 3.36.1-3). Per la storiografia ecclesiastica (e, soprattutto, per i non pochi dettagli contenuti nella *Historia ecclesiastica* di Filostorgio) v. V. NERI, *Ammiano Marcellino* cit., 153 ss.

³³ Sul punto, per un'ampia e puntuale analisi delle fonti, cfr. V. NERI, *Ammiano Marcellino* cit., 156 ss., 164 ss.; v. pure G. DE BONFILS, *Ammiano Marcellino* cit., 21, con letteratura in nota 29 (p. 54 s.).

³⁴ M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 42, considera, a ragione, «significativo che Ammiano configuri l'assemblea militare, con il cui consenso formale il nuovo imperatore viene designato e investito del potere, ricorrendo all'immagine dei comizi». Della valenza politico-ideologica dell'espressione *'comitiorum specie'* mi occuperò espressamente nel § 6.

del diadema ed acclamato Augusto con ampie lodi: *‘mox principali habitu circumdatus et corona, Augustusque nuncupatus, cum laudibus amplis’*; lodi seguite dalla pronuncia, da parte di Valentiniano, del discorso (*adlocutio*) che aveva preparato (*praemeditata dicere parabat*: 26.2.3).

Il procedimento *‘de imperatore creando’*, impiegato per l’investitura di Valentiniano I, consta pertanto delle seguenti parti: a) riunione delle massime cariche per la designazione di un nuovo Augusto; b) proclamazione del designato da parte dell’esercito; c) consegna al proclamato dell’abito imperiale e del diadema; d) acclamazione del nuovo Augusto con molte lodi; e) *adlocutio* di quest’ultimo all’esercito.

Si tratta, come è facile dedurre, di un procedimento che Ammiano ricalca e sintetizza, occupandosi dell’investitura di Valentiniano II, con il dibattuto sintagma *‘imperator legitime declaratus, Augustus nuncupatur more sollemni’*. L’unica differenza che connota l’investitura di Valentiniano II rispetto a quella del primo Valentiniano è data dalla mancanza dell’*adlocutio*; mancanza del tutto ovvia, peraltro, dato che il secondo Valentiniano, al momento dell’acclamazione, aveva appena quattro anni.

Traendo spunto dallo svolgimento e, soprattutto, dal contenuto dell’*adlocutio* di Valentiniano I, in dottrina sono state formulate, con specifico riguardo al tema degli effetti dell’assunzione del potere da parte del nuovo Augusto sul rapporto istituzionale intercorrente fra l’imperatore proclamato e l’esercito proclamante, alcune considerazioni e deduzioni, che non mi sembrano condivisibili.

Per quanto attiene allo svolgimento, Ammiano attesta che nel momento in cui Valentiniano si accingeva a svolgere la sua *adlocutio*, le centurie e i manipoli di tutte le coorti, con minaccioso schiamazzo, chiesero insistentemente che *‘confestim imperatorem alterum declarari’* (26.2.3). Valentiniano, sollevata la mano destra, *‘vi principis fiducia pleni’*, dopo avere con coraggio aspramente incolpato taluni di sedizione e di ostinatezza, pronunciò, senza che nessuno osasse interromperlo, il discorso, che Ammiano ci ha trasmesso interamente,³⁵ e che, peraltro, è menzionato, ancorché in termini sintetici, anche da esponenti della storiografia ecclesiastica.³⁶

Mi sembra opportuno e necessario trascrivere, in questa sede, la parte centrale ed essenziale del discorso valentiniano, che coinvolge il dibattuto tema del rapporto “imperatore-esercito”:

R. G. 26.2.7-8 [7] *Quod erat igitur in manu positum vestra, nondum electo imperii formatore, utiliter et gloriose complestis, adscito in honorum verticem eo, quem ab ineunte adulescentia ad hanc usque aetatis maturitatem splendide integreque vixisse experiundo cognoscitis. Proinde pacatis auribus accipite (quaeso) simplicioribus verbis dicentem, quod conducere arbitror in commune. [8] Adhiberi oportere in omnes casus socia potestate collegam, contemplatione poscente multiplici, nec ambigo nec repugno, curarum acervos et mutationes varias accidentium, ipse quoque ut homo formidans, se studentum est concordiae viribus totis, per quam res*

³⁵ Ritengo che Ammiano abbia utilizzato, sostanzialmente, il testo del discorso che lo stesso Valentiniano aveva già preparato, come afferma espressamente lo storico antiocheno (*praemeditata dicere*: 26.2.3). In senso contrario, v., invece, K. ROSEN, *Ammianus Marcellinus*, Darmstad 1982, 64 s., cui aderisce, sia pure in forma ipotetica («ha forse ragione»), V. NERI, *Ammiano cit.*, 172 nt. 59, il quale ha, però, cura di precisare che «non si può certo escludere che Ammiano stesso sia stato presente a Nicea o comunque che l’eccellente informazione che egli dimostra sulle circostanze dell’elezione di Valentiniano non si estendesse anche al discorso dell’imperatore».

³⁶ Mi riferisco a Filost., *hist. eccl.* 7.8: Theod., *hist. eccl.* 4.6.2; Soz., *hist. eccl.* 6.6.8. In proposito v., in particolare, V. NERI, *Ammiano cit.*, 171 ss.

quoque minimae convalescunt, quod impetrabitur facile, si patientia vestra, cum aequitate consenties, id mihi quod mearum est partium, concesserit libens.

Alla luce della versione tramandataci da Ammiano, ben più analitica di quelle attestate nelle Storie ecclesiastiche di Filostorgio, Teodoreto e Sozomeno,³⁷ Valentiniano distingue due diversi momenti del rapporto 'imperatore-esercito': prima e dopo la sua elevazione alla sua suprema carica imperiale (*in honorum verticem*).

Il primo periodo, compreso dalla morte dell'Augusto in carica all'investitura del nuovo (periodo che poteva essere anche relativamente lungo),³⁸ è incentrato sul potere (e sulla correlata responsabilità) istituzionale dell'esercito di provvedere, '*utiliter et gloriose*', all'elevazione '*in honorum verticem*' di un successore che si fosse distinto per la limpidezza e la probità di vita (*splendide integreque vixisse*). Il secondo periodo, decorrente dall'investitura del nuovo Augusto, dovrebbe essere invece caratterizzato, nella prospettiva di Valentiniano, dal raccordo e da una proficua collaborazione tra l'esercito e l'Augusto nel superiore interesse della vasta e complessa comunità imperiale. Mi sembra esattamente questo il senso del '*quod conducere arbitror in commune*'. Nel contesto, appunto, di questa auspicata collaborazione Valentiniano inserisce la corretta impostazione e le modalità di soluzione della sollecitata investitura di un collega da associare al potere conferitogli dall'esercito; associazione che lo stesso Valentiniano considera utile e addirittura indispensabile per potere fronteggiare proficuamente la molteplicità dei compiti e i vari mutamenti degli eventi (*curarum acervos et mutationes varias accidentium*).

Con specifico riguardo al secondo momento si è ritenuto in dottrina di potere dedurre dal discorso di Valentiniano che, in conseguenza e per effetto dell'investitura, il potere dell'imperatore, per quanto attiene almeno alla scelta e all'investitura di un collega, sarebbe del tutto autonomo rispetto a quello dell'esercito. L'*adlocutio* di Valentiniano, secondo la Navarra, enuncerebbe chiaramente «il principio costituzionale a cui egli si ispira. Voi avete compiuto – egli dice – *quod erat positum in manu vestra, nondum electo imperii formatore* (26.2.7). Ora dovete lasciare a me il compito che è mio: *patientia vestra cum aequitate consentiens id mihi, quod mearum est partium, concesserint libens* (26.2.8).³⁹ Sulla base di questa interpretazione, Navarra conclude affermando che «l'investitura di Valente, che ha luogo nelle settimane successive, è, dunque, opera esclusiva dell'Augusto in carica».⁴⁰

L'argomentazione se da un lato, è coerente sia con le attestazioni degli storiografi ecclesiastici (non menzionati, però), per i quali, una volta eletto l'Augusto, l'esercito esaurisce ogni suo potere (cfr. nt. 36), sia, e soprattutto, con il panegirico di Quinto Aurelio Simmaco per i quinquennali di Valentiniano I, in cui si afferma espressamente che i soldati '*decerebant liberi cui deberent esse subiecti*',⁴¹ diverge, dall'altro, a mio avviso, sotto il duplice profilo, formale e sostanziale, dal trascritto brano ammiano.

³⁷ Cfr., in proposito, V. NERI, *Ammiano* cit., 171 e ntt. 55 e 56.

³⁸ Come prova, in particolare, la circostanza che, dopo la morte di Gioviano, nessuno per dieci giorni tenne le redini dell'impero: *diebusque decem nullus imperii tenuit gubernacula* (R. G. 26.1.5). L'espressione metaforica '*gubernacula imperii*' trova riscontro nel sintagma '*clavos regendae navis*' del successivo paragrafo 7, sopra trascritto.

³⁹ M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 43 s. Già J. STRAUB, *Vom Herrscherideal* cit., 15, aveva sostenuto, in chiave generale, che l'esercito, in seguito all'elezione dell'imperatore, perdeva tutti i suoi diritti. Diversamente G. DE BONFILS, *Ammiano* cit., 25 s. e nt. 53.

⁴⁰ M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 44.

⁴¹ Symm., *orat.* 1.9. Sul punto V. NERI, *Ammiano* cit., 172; nonché F. DE MARTINO, *Storia della costituzione* cit., V, 238 e nt. 38, per la configurazione dell'esercito come '*castrensis senatus*'.

Sotto il profilo formale, nel trascritto testo ricorrono espressioni verbali che non possono essere sottovalutate. Mi riferisco alle locuzioni '*concordiae viribus totis*', '*patientia vestra, cum aequitate consentiens*', '*concesserit libens*'. È certo ben possibile che le evidenziate locuzioni riflettano il linguaggio e l'ideologia politico-costituzionale di Ammiano Marcellino, volti a inquadrare, se non a pilotare, la prassi istituzionale del suo tempo, inserendola nell'alveo della risalente tradizione istituzionale romana, *libera res publica* compresa. Specificamente, nel lessico politico-costituzionale della *libera res publica*, il segno '*concordia*' denotava l'elemento ordinante del sistema istituzionale, che si concretava, in mancanza di tassative e rigorose regole legali dei rapporti fra organi e parti sociali, nella convergenza, *utilitatis causa*, delle diverse forze-poteri su determinate soluzioni, al fine di scongiurare devastanti tensioni, come avvenne poi nel periodo della crisi, allorché alla *concordia civium et potestatum* subentrò la *discordia*, che sfociò nella *dominatio factionum* e nelle correlate guerre civili.⁴² Riesumato e inserito nel contesto dell'*adlocutio*, il segno '*concordia*' aveva l'evidente scopo di esprimere e sottolineare, in quel delicato momento di tensione, l'idea e l'esigenza dell'equilibrio potestativo fra l'imperatore e l'esercito.⁴³ Non meno significativi mi sembrano i segni '*patientia*' e '*aequitas*'. Il primo, nel contesto logico del brano, è inequivocabilmente proiettato al futuro ed è inteso e impiegato come pragmatico criterio politico nell'ambito del rapporto imperatore-esercito. Lo stesso può dirsi per il secondo, che postula inequivocabilmente l'idea dell'equilibrio potestativo fra le diverse componenti dell'assetto istituzionale.

Sotto il profilo sostanziale, mi sembra evidente che il contenuto del discorso di Valentiniano, a prescindere dalla effettiva riferibilità delle analizzate espressioni al linguaggio dello stesso Valentiniano, era finalizzato ad acquisire, in quel momento di pericolosa tensione, l'adesione dei soldati, che egli riuscì a conseguire, come annota Ammiano, coinvolgendoli, appunto, nel suo progetto politico: '*quod conducere arbitror in commune*':

R. G. 26.2.11 *Finita oratione, quam auctoritas erexerat inopina, flexit imperator in suam sententiam universos, consiliiue eius viam secuti, qui paulo ante flagrantissimis vocibus aliud postulabant, circumsaepum aquilis et vexillis, agminibusque diversorum ordinum ambitiose stipatum, iamque terribilem, duxerunt in regiam.*

In attuazione delle direttive politiche che erano state formulate nel corso della sua *adlocutio* all'esercito, Valentiniano, prima di partire per Nicomedia, ritenne opportuno convocare i capi dell'esercito (*convocatis primoribus*) per acquisire eventuali pareri in merito alla persona da associare all'impero. Nel generale silenzio, soltanto il comandante della cavalleria, Dagalaifo, espresse il proprio punto di vista, prospettando due soluzioni alternative: '*Si tuos amas*', *inquit*, '*imperator optime, habes fratrem; si rem publicam, quaere quem vestias*' (Amm., R. G. 26.4.1). Le due alternative, prospettate da Dagalaifo, irritarono Valentiniano, che tuttavia preferì rimanere in silenzio, per non palesare il suo pensiero, come annota Ammiano: '*Quo dicto asperatur ille sed tacitus, et occultans quae cogitabat*' (R. G. 26.4.2). Giunto a Costantinopoli, dopo una lunga meditazione, decise di procedere autonomamente all'associazione di suo fratello Valente nella gestione della suprema carica, prescindendo

⁴² Sul tema P. CERAMI, G. PURPURA, *Profilo storico-giurisdizionale del diritto pubblico romano*, Torino 2007, 98 ss., 150 ss.

⁴³ Similmente L. VALENSI, *Quelques réflexions* cit., 69: «C'est que la *concordia* de l'empereur et des soldats est indispensable au respect, sinon à la naissance de la légitimité. Cette nécessité éclate dans le discours d'investiture de Valentinien et dans celui qu'il adresse à Gratien devenu Auguste».

del tutto dal '*modus procedendi*' che era stato seguito per la sua elevazione '*in honorum verticem*', come evidenzia esplicitamente Ammiano:

R. G. 26.4.3 *productum eundem Valentem in suburbanum, universorum sententiis concinentibus – nec enim audebat quisquam refragari, – Augustum pronuntiavit, decoreque imperatorii cultus ornatum, et tempora diademate redimitum, in eodem vehiculo secum reduxit, participem quidem legitimum potestatis, sed in modum apparitoris morigerum, ut progrediens aperiet textus.*

Il brano mira ad evidenziare che l'investitura di Valente costituì, sotto il duplice profilo, formale e sostanziale, un atto unilaterale di Valentiniano.⁴⁴ Provano in tal senso, tanto la scelta, come luogo dell'investitura, del sobborgo Ebdomo e non già di Costantinopoli, dove si trovava la gran parte dell'esercito; quanto l'ironica asserzione ammiane *'universorum sententiis concinentibus'*, integrata dalla sottile e tagliente sottolineatura *'nec enim audebat quisquam refragari'*; e, soprattutto, l'affermazione conclusiva, secondo cui Valente soltanto in apparenza era un *'legitimus particeps potestatis'*, ma nella sostanza era un semplice *'apparitor'* del fratello. Mi sembrano assai significativi la scelta e l'impiego del segno linguistico *'apparitor'*, per denotare, anche in questo caso, sulla scia del lessico giuspubblicistico della *libera res publica* e in sintonia con le idee politico-costituzionali dello storico antiocheno (cfr. § 5), un soggetto che operava come semplice subalterno del titolare di una carica politico-istituzionale; posizione subalterna ribadita ed esemplarmente specificata nel brano 27.4.1, in cui Ammiano afferma, a proposito della spedizione militare contro i Goti, decisa da Valentiniano, che *'Valens enim ut consulto placuerat fratri, cuius regebatur arbitrio, armas concussit in Gothos'*.

L'investitura unilaterale di Valente è stata diversamente interpretata e giustificata. Navarra ne ravvisa la *ratio* nella volontà dell'imperatore, che costituirebbe, in conseguenza e per effetto dell'investitura, «non soltanto un elemento giuridicamente imprescindibile, ma il fondamento giuridico stesso della partecipazione al sommo potere».⁴⁵ De Bonfils, invece, ne ravvisa la *ratio* nel fatto che i soldati che avevano acclamato Valentiniano gli avrebbero «espressamente delegato questo potere e quindi la sola volontà dell'imperatore in carica dava efficacia alla nomina», anche se poco dopo evidenzia che «Ammiano, convinto del legittimo potere commesso dall'esercito a Valentiniano, non trascura, però, di segnalare al lettore la differenza fra i due Augusti: mentre Valentiniano, designato da una adunanza di civili e militari, è stato eletto dall'assemblea, Valente è stato aggiunto al trono».⁴⁶

Nessuna delle due interpretazioni mi sembra convincente. Non la prima, perché trascura il fondamentale rilievo del *'quod conducere arbitror in commune'*, già sopra puntualizzato, e che esorbita, peraltro, dal circoscritto tema dell'investitura imperiale, per coinvolgere – come è stato persuasivamente dimostrato da Valerio Neri, alla luce delle *adlocutiones* imperiali all'esercito – «le decisioni fondamentali di politica militare, la guerra e la pace, e non come generica manifestazione di cortesia o di *captatio benevolentiae* nei confronti delle truppe, dal momento che essa si innesta nell'affermazione dell'*auctoritas* e della *maiestas* dell'assemblea militare».⁴⁷ Non

⁴⁴ Così pure Oros., *adv pag.* 7.32.4: *fratrem suum Valentem participem fecit imperii*; Zos. 4.1.2: τοῦτον τοῦ ἀναδείκνυσαι κοινωνὸν τῆς ἀρχῆς.

⁴⁵ M. NAVARRA, *Introduzione cit.*, 45.

⁴⁶ G. DE BONFILS, *Ammiano cit.*, 17.

⁴⁷ Così V. NERI, *Ammiano cit.*, 174 ss.

la seconda, sia perché non mi sembra che si possa ravvisare nell'*adlocutio* all'esercito un esplicito cenno all'asserita delega, sia perché la qualificazione amminianea di Valente come '*apparitor*' mira proprio ad evidenziare che quest'ultimo, al pari degli antichi *apparitores*, nominati direttamente e discrezionalmente dai *magistratus populi Romani*, era, in effetti, un semplice ausiliario del fratello. Conseguentemente, ritengo che il nucleo centrale e il connesso senso del discorso rivolto da Valentiniano all'esercito possa essere così espresso e sintetizzato: 'Al pari di voi, sono anch'io convinto della necessità di un altro Augusto per far fronte ai numerosi compiti dell'impero. La scelta della persona da sottoporre alla vostra approvazione spetta ora soltanto a me. Per la mia investitura, in mancanza di un Augusto in carica, la scelta è stata invece effettuata dalle più alte autorità, che poi voi avete diligentemente e utilmente approvato'.

Che il senso del discorso di Valentiniano fosse soltanto quello di avocare a sé la sola designazione del secondo Augusto,⁴⁸ mi sembra confermato dalla sua iniziale convocazione dei '*primores*' al precipuo scopo di acquisire suggerimenti utili per pervenire alla migliore scelta possibile. Successivamente, irritato dalla provocante risposta di Dagalafio ed essendo per sua natura di carattere impetuoso – come dice Ammiano –,⁴⁹ decise di procedere autonomamente. Tuttavia, il riconoscimento, da parte di Valentiniano, del fondamentale ruolo dell'esercito, nell'ambito del procedimento d'investitura imperiale, trova piena conferma nel procedimento seguito, dallo stesso Valentiniano, nell'agosto del 367, per l'investitura del giovanissimo figlio Graziano. Anche in questo caso le notizie più dettagliate ci provengono da Ammiano,⁵⁰ che riferisce il discorso rivolto da Valentiniano all'esercito, convocato per pronunziarsi in merito alla designazione di Graziano alla suprema carica.⁵¹ La parte più significativa del discorso, per quanto attiene al rapporto imperatore-esercito, è la seguente:

R. G. 27.6.7 *Accipite igitur, quaeso, placidis mentibus, viri fortissimi, desiderium nostrum, id reputantes, quod haec quae fieri caritatis sanciant iura, non tantum transire volumus per conscientiam vestrarum, verum etiam probata firmari, ut congrua vobis et profutura.*

Il brano conferma che per Valentiniano l'investitura e l'associazione al potere del figlio non potevano discendere soltanto dalla sua volontà, fondata su vincoli familiari (*caritatis iura*), ma richiedeva altresì la formale e sostanziale approvazione dell'esercito (*verum etiam probata firmari*). I soldati, *nondum finita oratione*, espressero immediatamente il loro lieto assenso, acclamando Graziano Augusto '*clamorum amplissimo sonu blandum fragorem misscentes armorum*' (27.6.10). Subito dopo, Valentiniano adornò il figlio con la corona e con gli abiti del grado supremo: *corona indumentisque supremae fortunae ornatum* (27.6.11). Le differenti modalità d'investitura rispettivamente impiegate per Valente e per Graziano possono forse costituire il motivo che indusse alcuni esponenti della designazione collegiale del piccolo Valentiniano II, che condusse alla proclamazione di quest'ultimo, pur non es-

⁴⁸ Anche V. NERI, *Ammiano* cit., 179, sostiene che, secondo Ammiano, «Valentiniano si limita ad affermare il diritto dell'imperatore di essere l'unico a formulare una proposta, nel caso della designazione di un collega».

⁴⁹ Amm., R. G. 30.8.2: *Adsimulavit non numquam clementiae speciem, cum esset in acerbiter naturae calore propensor, oblitus profecto quod regenti imperium omnia nimia, velut praecipites scopuli sunt evitanda.*

⁵⁰ Oros., *adv. pag.* 7.32.8, si limita ad affermare che '*anno imperii tertio Gaius Valentinianus filius imperator factus est*'. Zosimo, 4.12.1, accenna alla sola associazione di Graziano al potere.

⁵¹ Secondo P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii* cit., 156, la *commendatio* da parte di Valentiniano costituirebbe l'assorbente base giuridica dell'investitura di Graziano. Diversamente L. VALENSI, *Qualques réflexions* cit., 69 (cfr. sopra nt. 43).

sendo scoperta la carica Augustea, ad esternare la preoccupazione di una eventuale reazione negativa del solo Graziano (cfr. sopra, § 2); la mancata menzione di Valente potrebbe essere dovuta, appunto, al fatto che per alcuni esponenti della gerarchia militare Valente era soltanto un *apparitor* del defunto Valentiniano I.

Al termine di questo *excursus* sulle modalità d'investitura, nel corso del periodo compreso da Giuliano a Valentiniano II, mi sembra opportuno, prima di approfondire il tema del lessico e delle concezioni politico-costituzionali dello storico antiocheno (§§ 5-9), enunciare due conclusioni, che ritengo pregiudiziali rispetto alle ulteriori argomentazioni da svolgere.

Una prima conclusione che è possibile trarre dalle vicende relative alla successione degli Augusti, analiticamente esposte da uno scrupoloso osservatore di quel tempo (prima ancora che narratore), qual è Ammiano, è data dalla centralità e dalla essenzialità del ruolo dell'esercito⁵² nell'ambito del procedimento *'de imperatore creando'*.

Si tratta di una centralità che, surrogando quella svolta, nel corso dell'età del principato, dal senato, si era nettamente delineata – come afferma Aurelio Vittore – negli anni 282-284 (sotto Caro, Carino e Numeriano),⁵³ per consolidarsi poi definitivamente da Diocleziano in poi, in conseguenza del fatto che i militari costituivano ormai gli effettivi padroni dell'impero, perché da loro dipendeva la problematica e disperata difesa dei confini.⁵⁴ In effetti però, sin dal primo principato, la trasmissione del potere imperiale era stata caratterizzata, come hanno evidenziato diverse accurate ricerche, dal progressivo coinvolgimento, in forme sempre più incisive, dei militari.⁵⁵ Ma c'è di più: la volontà e il suffragio dei militari erano rilevanti e determinanti anche nell'ambito dei comizi consolari della *libera res publica*, come attesta un passo della *Pro Murena* di Cicerone, quasi del tutto trascurato dalla dottrina,⁵⁶ con specifico riferimento al tema della *'declaratio consulum'* e, più in generale, dell'investitura delle supreme cariche:

Cic., *pro Mur.* 18.38 *Num tibi haec parva videntur adiumenta et subsidia consulatus, voluntas militum, quaeque cum per se valet multitudine, cum apud suos gratia, tum vero in consule declarando multum etiam apud universum populum Romanum auctoritatis habet, suffragatio militaris? Imperatores enim comitiis consularibus, non verborum interpretes deliguntur. Qua re gravis est illa oratio: 'Me saucium recreavit, me praeda donavit; hoc duce castra*

⁵² L. VALENSI, *Quelques Réflexions* cit., 69, ha osservato, con riferimento alla centralità e alla essenzialità del ruolo dell'esercito in materia d'investitura imperiale, che «Les empereurs se succèdent, l'armée, elle, demeure».

⁵³ Aur. Vict., *de Caes.* 37.5: *Abhinc militaris potentia convaluit ac senatui imperium creandique ius principis ereptum ad nostram memoriam, incertum, an ipso cupiente per desidiarum an metu seu dissensionum odio.*

⁵⁴ Cfr. S. TONDO, *Profilo di storia costituzionale romana*. Parte III, Milano 2010, 11, con letteratura. Nello stesso senso si era già espresso G. SEGRÈ, *Sulla costituzione dell'impero da Diocleziano a Giustiniano*, in *Atti Congresso internazionale di diritto romano*, I, Roma 1934, 209, ora in *Scritti vari di diritto romano*, Torino 1952, 533: «i padroni dell'impero erano i soldati e i successori di Filippo, come già in parte questo stesso imperatore, lo avevano ben compreso».

⁵⁵ Sul punto v. per tutti F. MILAZZO, *Profili costituzionali del ruolo dei militari nella scelta del princeps dalla morte di Augusto all'avvento di Vespasiano*, Roma 1989, con accurata analisi delle fonti e della letteratura. *Adde*, da ultimo, V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (secoli I-IV). Studi di diritto pubblico romano*, Torino 2016, 39 ss., con letteratura.

⁵⁶ Per un cenno al suffragio e alla *auctoritas militum* nell'elezione dei consoli J. PH. LÉVY, *Dignitas, Gravitas, Auctoritas testium*, in *Scritti in onore di B. Biondi*, II, Milano 1963, 78 nt. 401.

cepimus, signa contulimus; numquam iste plus militi laboris imposuit quam sibi sumpsit, ipse cum fortis tum etiam felix’.

Al termine delle elezioni consolari del 63 a.C. (anno del consolato di Cicerone), Lucio Murena, eletto per l'anno 62, fu accusato di broglio elettorale, ai sensi della *lex Tullia de ambitu* (rogata dallo stesso Cicerone), dal suo *competitor*, non eletto, Servio Sulpicio Rufo (grande giurista e amico di Cicerone). Assunta la difesa di Murena, l'oratore, dopo avere detto che le competenze che possono captare il consenso popolare nelle elezioni consolari sono l'arte militare (ampiamente posseduta da Murena) e l'eloquenza (*Mur.* 14.30), e non già la competenza giuridica, l'unica posseduta dall'amico Servio Sulpicio, rivolgendosi a quest'ultimo, gli imputò di avere sottovalutato il determinante ruolo della volontà e del suffragio dei militari *‘in consule creando’*, dal momento che nei comizi consolari si eleggono generali (*imperatores*) e non interpreti di termini ed enunciati (*verborum interpretes*). Specificamente, la determinante incidenza sulle elezioni consolari del voto dei militari è imputabile – precisa Cicerone – a due fattori: al rilevante numero degli stessi e dei loro adepti (*cum per se valet multitudine, cum apud suos gratia*); alla loro grande influenza sull'intero popolo Romano (*multum etiam apud universum populum Romanum auctoritatis habet*). La successiva esemplificazione degli argomenti che possono saldare il rapporto fra i militari e i candidati forniti di una notevole abilità militare trova riscontro anche in molti brani delle *Res Gestae* di Ammiano: mi hai fatto curare quando ero ferito; mi hai fatto dono del bottino; sotto la tua guida conquistammo il campo nemico; non hai imposto fatiche superiori alle tue; sei un uomo valoroso e anche fortunato. Argomenti di questo tipo ricorrono, infatti, sia nelle *adlocutiones* imperiali all'esercito, sia nella descrizione delle scelte da parte dei soldati. Tenuto conto della terminologia (*consociata suffragia, comitiorum species, contio*, su cui rinvio al § 6), nonché dell'orientamento politico-costituzionale di Ammiano, volto a incanalare l'esperienza del suo tempo nell'alveo della risalente esperienza romana (§ 5), non è da escludere che lo storico antiocheno abbia letto, assieme ad altre opere di Cicerone, anche la *pro Murena*, traendone spunto per le sue riflessioni storico-istituzionali in ordine al rapporto imperatore-esercito. Depone in tal senso il fatto che nei superstiti libri delle *Res Gestae* il pensiero di Cicerone, espresso nei suoi diversi scritti, è richiamato e testualmente riferito in ben 23 brani.⁵⁷ Ammiano riporta, infatti, diversi brani tratti da distinti scritti di Cicerone, peraltro non tutti a noi pervenuti, dimostrando così un'ampia e diretta conoscenza della variegata produzione letteraria dell'oratore.

Una seconda conclusione, che è possibile desumere dalle vicende relative alla successione della carica augustea, attiene agli aspetti rituali del procedimento *‘de imperatore creando’*. Si tratta di aspetti fondamentalmente costituiti, in linea di massima, dalla designazione, effettuata dall'Augusto in carica o da esponenti delle forze militari (e, talora, delle gerarchie civili); dalla sottoposizione del nome del designato all'assemblea militare; dalla proclamazione del designato da parte dell'esercito, seguita dall'imposizione della porpora e del diadema; dall'acclamazione del proclamato con l'appellativo *‘Augustus’* e con molte

⁵⁷ Amm., *R. G.* 14.2.2 (*pro Cluent.* 25.67); 15.5.23 (citazione non esattamente identificabile); 15.12.4 (*pro Font.*); 16.1.5 (*orat.* 43.147); 19.12.18 (frammento di un'orazione non pervenuta); 21.1.14 (*de nat. deor.* 4.12); 21.16.13 (*epist. ad Nepotem*, non pervenuta); 22.7.3-4 (*pro Arch.* 11.26); 22.15.24 (*pro Scauro* 45); 26.1.2 (*epist. ad Nepotem* non pervenuta); 26.9.11 (*de fin.* 5.30.92); 26.10.12 (cit. non identificabile); 27.4.8 (*Acad.* 2.119); 27.9.10 (*orat.* 10.34); 27.11.4 (*Phil.* 2.12.29); 28.1.40 (*ad Quint. frat.* 1.1.13.39); 28.4.26 (*de amic.* 21.79); 29.1.11 (a proposito di un adulatore che definiva i discorsi di Valente *‘flosculi Tulliani’*); 29.5.24 (*ad Brut.* 1.2.5); 30.4.7 (da identificare forse con *div. in Caec.* 18.60); 30.4.10 (*de re publ.* 5.9.11); 30.8.7 (*pro Opp.* fr. 6); 31.14.8 (*ad Att.* 16.13.2).

lodi; dall'*adlocutio* rivolta dall'acclamato all'esercito. Dalla ritualità o meno dell'investitura discendeva, in particolare, la fondamentale distinzione fra Augusti legittimi e Augusti usurpatori; ma su questo importante punto tornerò analiticamente nel § 9.

5. RADICI STORICHE DI LOCUZIONI E CONNESSE ARGOMENTAZIONI POLITICO-COSTITUZIONALI DI AMMIANO IN TEMA DI ORIGINE E MODALITÀ DELL'INVESTITURA IMPERIALE; A) *LEGES FUNDAMENTA LIBERTATIS* E *RETINACULA SEMPITERNA* (R. G. 14.6.5).

Muovendo dalle conclusioni desunte dalle vicende relative alle modalità d'investitura degli Augusti nel periodo compreso da Giuliano a Valentiniano II, procederò ora alla puntualizzazione del lessico e delle correlate riflessioni politico-costituzionali di Ammiano in ordine alla genesi e al ruolo istituzionale della carica imperiale alla luce della storia politico-costituzionale di Roma. In quest'ottica assume un notevole rilievo un *excursus* del sesto capitolo del libro XIV, in cui lo storico antiocheno, dopo avere annotato e condannato, nei primi cinque capitoli, alcuni episodi della crudeltà di Costanzo Gallo, Cesare dell'Occidente, e di Costanzo II e del suo *notarius* Paolo in Oriente, si sofferma sui vizi del senato e del popolo della città di Roma, enfaticamente qualificata '*caput mundi*' (14.6.5), '*urbs aeterna*' e '*venerabilis*' (14.6.1 e 5);⁵⁸ vizi imputabili alla '*incondita levitas*' di pochi, indegni del '*magnificus splendor*' della città in cui sono nati. S'innesta in questo *excursus* il cenno alle tappe evolutive di Roma, dalla sua fondazione (*ab incunabulis*: 14.6.4) agli allori e ai trionfi su tutti i popoli:

R. G. 14.6.5-6 [5] *Ideo urbs venerabilis, post superbas efferatarum gentium cervices oppres-
sas, latasque leges, fundamenta libertatis et retinacula sempiterna, velut frugi parens et prudens
et dives, Caesaribus tamquam liberis suis regenda patrimonii iura permisit. [6] Et olim licet
otiosae sint tribus, pacataeque centuriae, et nulla suffragiorum certamina, sed Pompiliani re-
dierit securitas temporis, per omnes tamen quot orae sunt partesque terrarum, ut domina susci-
pitur et regina, et ubique patrum reverenda cum auctoritate canities, populiue Romani nomen
circumspectum et verecundum.*

Nei trascritti paragrafi, Ammiano Marcellino coglie ed evidenzia tre fondamentali aspetti dell'*Urbs* nel corso della sua plurisecolare esperienza: la configurazione di quest'ultima come madre delle leggi; la concezione delle leggi come fondamenti e limiti, al tempo stesso, della libertà; la configurazione, in chiave generazionale, del rapporto intercorrente fra l'*Urbs* e i '*Caesares*'.

Per quanto attiene al primo aspetto, ritengo che la locuzione '*latae leges*', strettamente raccordata, nel contesto del trascritto brano, all'affermazione '*post superbas efferatarum gentium cervices*' (evocativa delle grandi conquiste trasmarine e transalpine), non possa essere intesa nel significato tecnico e ristretto di 'leggi comiziali', anche in considerazione del fatto che, ancor prima della fine delle guerre puniche, Roma aveva provveduto a regolare, con leggi comiziali, i rapporti interni fra patrizi e plebei. Suppongo, pertanto, che Ammiano, associando le *leges latae* alle grandi conquiste territoriali fuori della penisola italica, abbia inteso alludere alla surrogazione dell'originario diritto, formalistico e patriarcale, della Roma Quiritaria con un diritto cosmopolita, fondato sulla *fides* e sul *bonum et aequum* e

⁵⁸ L'aggettivo *aeterna*, riferito a Roma ricorre frequentemente nelle *Res Gestae* di Ammiano: 15.7.1; 19.10.1; 21.12.24; 22.9.3; 23.1.4; 25.10.5; 26.3.1; 28.1.1; 29.6.17. Roma è qualificata, altresì, '*sacratissima*' (27.3.3).

formato da un articolato e complesso sistema di regole e principi sostanziali, che resero possibile la convivenza di popolazioni fra loro profondamente diverse, non soltanto nei rapporti intersoggettivi, ma anche, e soprattutto, nei rapporti fra le diverse parti dell'*im-mensum corpus imperii* e i vertici del cosmo romano. In altri termini, penso che lo storico antiocheno, prospettando le *leges latae* come attributi di una Roma, ormai '*vergens in senium*' (14.6.4), abbia voluto configurare l'*urbs venerabilis* come 'artefice' di un funzionale sistema di regole, principi e istituti giuridici, in forza del quale essa è stata tradizionalmente definita «madre delle leggi», volendo richiamare qui una felice espressione di Salvatore Riccobono *senior*.⁵⁹

Per quanto attiene al secondo aspetto, sono convinto che la configurazione delle leggi – assunte, appunto, nell'ampia accezione di 'regole e principi giuridici' – come '*fundamenta et retinacula sempiterna*' della libertà (da distinguere, come avverte lo stesso Ammiano, dalla sfrenata licenza: 17.13.23), sottenda un insieme di valori ideologici, di ordine politico-giuridico, che affondano le radici in orientamenti tradizionali della cultura romana⁶⁰ e, segnatamente, in alcune emblematiche asserzioni di Marco Tullio Cicerone e di Tito Livio.

Il primo, dopo aver precisato, nella *pro Cluentio* del 66 a.C., che come il corpo umano non può servirsi, senza la mente, di tutte le sue parti (membra, nervi, sangue) che lo compongono, così la comunità politica non può reggere le diverse parti del corpo sociale senza le leggi, nelle quali *posita est mens, et animus et consilium et sententia civitatis*, concludeva affermando che delle leggi tutti siamo schiavi, per potere essere liberi; '*legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus*' (*pro Cluent.* 5.146). Ma perché le leggi possano effettivamente costituire la *mens*, l'*animus*, il *consilium* di una *civitas* occorre che i loro enunciati siano conformi alla '*recta ratio imperandi atque prohibendi*' (*de leg.* 1.15.42, 2.4.8) e siano, conseguentemente, coerenti con l'idea e il valore del giusto e dell'ingiusto, giacché '*in ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam iusti et iuris legendi*' (*de leg.* 2.5.11).

Livio, nell'esordio del secondo libro '*Ab Urbe condita*', con cui inizia la narrazione degli avvenimenti della *libera res publica*, dichiara enfaticamente di accingersi a trattare delle imprese compiute in pace e in guerra dal popolo romano libero, delle magistrature annue e del potere delle leggi più forte del potere degli uomini: *imperisque legum potentiora quam hominum peragam* (2.1.1). Nel capitolo 50 del libro 38, lo storico patavino espone, a proposito dell'accusa di tradimento, promossa nel 184 a.C., a carico di Publio Cornelio Scipione l'Africano, vincitore nella celebre battaglia di Zama del 202 a.C., per avere concesso ad Antioco III di Siria, in cambio di denaro e della liberazione del proprio figlio (38.51.2), favorevoli condizioni di pace, due opposti orientamenti dell'opinione pubblica: alcuni giudicavano l'accusa come una plateale e inaccettabile manifestazione d'ingratitude nei confronti del grande vincitore di Cartagine; altri sostenevano, invece, che non era ammissibile che un solo cittadino assurgesse a un livello tale da non potere essere chiamato a rispondere della propria condotta secondo la legge, in considerazione del fatto che, per assicurare la libertà di tutti cittadini è essenziale che anche i più potenti rispondano, in sede di accertamento giudiziario, della loro condotta: *alii neminem unum tantum eminere civem debere ut legibus interrogari non possit; nihil tam aequandae libertatis esse quam potentissimum quemque posse dicere causam* (38.50.8).

Per quanto attiene al terzo aspetto (rapporto generazionale fra l'*Urbs* e i *Caesares*), in-

⁵⁹ S. RICCOBONO, *Roma madre delle leggi*, in BIDR 57-58, 1953, 1 s., 36 ss.

⁶⁰ Anche per M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 109, la definizione della *lex* come '*fundamentum libertatis*' «è evidentemente espressione di concezioni politiche tradizionali».

scindibilmente connesso, peraltro, ai primi due, mi sembra evidente che Ammiano, configurando i *Caesares* (assunti qui nell'ampio significato di vertici istituzionali dell'impero, e non di titolari di una carica subordinata a quella degli Augusti) come figli dell'*Urbs, pruden- dens et dives, iamque vergens in senium*, abbia voluto evidenziare che quest'ultima costituiva la matrice politico-istituzionale del potere imperiale, sotto il duplice profilo, della derivazione e delle modalità del suo esercizio.

Ne discende – enucleando così una terza conclusione – che è '*princeps legitimus*', alla luce del lessico ammiano (come preciserò ulteriormente in seguito, §§ 6-9), chi ottiene e gestisce il potere imperiale in conformità, rispettivamente, alla normale prassi d'investitura (per la sua assunzione) e al bene comune (cfr., infra, § 7), insito nelle '*leges*', intese come '*fundamenta et retinacula sempiterna*' della libertà individuale e collettiva (per il suo esercizio).

Con specifico riguardo al procedimento d'investitura, è necessario, a mio avviso, valutare il § 6 del brano sopra trascritto (14.6.5-6) in stretta connessione con il brano 25.5.3, il cui contenuto verte sulla scelta del successore dell'imperatore Giuliano; si tratta di un brano che ho già menzionato nel precedente § 4, a proposito dell'investitura di Gioviano, ma che è ora opportuno trascrivere integralmente:

R. G. 25.5.3 Quae dum ambiguntur, nulla variante sententia, itum est voluntate omnium in Salutium, eoque causante morbos et senectutem, honoratior aliquis miles, advertens destitutus reluctantem, «Et quid ageritis», ait «si id bellum vobis curandum, commisisset absens (ut saepe factum est) imperator? Nonne posthabitis ceteris, militem instandibus aerumnis eriperetis? Id nunc agite et si Mesopotaniam videre licuerit, utriusque exercitus consociata suffragia legitimum principem declarabunt».

L'aspetto più interessante del trascritto brano è dato dall'invito rivolto a Saluzio (che era stato designato, all'unanimità, come successore di Giuliano) da un ufficiale dell'esercito (da identificare forse con lo stesso Ammiano, che aveva partecipato alla discussione)⁶¹ a superare le difficoltà prospettate (malattie e vecchiaia) facendosi carico della situazione di emergenza; invito integrato dalla precisazione che, una volta superati i pericoli del momento, i suffragi degli eserciti riuniti (*consociata suffragia*) avrebbero, subito dopo, provveduto all'elezione del nuovo imperatore, in conformità alla normale prassi d'investitura (*legitimum principem declarabunt*). Coordinando questo brano con il § 6 del brano precedente, il punto di vista dello storico antiocheno può essere così ricostruito: nel corso del IV d.C., il momento centrale del procedimento d'investitura degli imperatori è costituito, al pari di quello degli antichi *magistratus populi Romani*, dalla elezione (*declaratio*) del soggetto sottoposto al suffragio degli elettori. La differenza è data dal fatto che i magistrati erano eletti dalle assemblee popolari, convocate dal presidente⁶² (per centurie e tribù) al termine di intense contese elettorali ('*suffragiorum certamina*'), mentre gli imperatori vengono eletti, di norma in base ad una preventiva designazione, dalle diverse unità dell'esercito (*consociata suffragia*), in sostituzione delle ormai '*otiosae tribus centuriaeque*'.

Con specifico riguardo all'esercizio de potere imperiale, rilevano soprattutto i seguenti

⁶¹ Ipotesi che era stata già formulata, a suo tempo, da E. GIBBON, *Storia della decadenza e caduta dell'impero romano*, trad. it. di G. FRIZZI, con un saggio di A. MOMIGLIANO, I, Torino 1967, capitolo XXIV, 845 nt. 1.

⁶² Sul ruolo del presidente dei comizi elettorali e sulla distinzione fra democrazia formale e giuridica e democrazia sostanziale ed effettiva, v., in particolare, N. RAMPAZZO, *Quasi praetor non fuerit. Studi sulle elezioni magistratuali in Roma repubblicana tra regola ed eccezione*, Napoli 2008, 23 ss.

brani delle *Res Gestae*, che attengono entrambi ai criteri ispiratori della condotta politica di Giuliano, considerato da Ammiano l'incarnazione del principe ideale:

25.3.18 *Reputans autem iusti esse finem imperii, oboedentium commodum et salutem, ad tranquilliora semper (ut nostis) propensior fui, licentiam omnem actibus meis exterminans, rerum corrupticem et morum, gaudensque abeo, sciens quod ubicumque me velut imperiosa parens consideratis periculis obiecit res publica, steti fundatus, turbines calcare fortuitorum assuefactus;*

16.5.12 *Aditus a parentibus virginis raptae, eum qui violarat convictum relegari decrevit. Hisque indigna pati querentibus, quod non sit morte multatus, responderat hactenus: 'Incusent iura clementiam, sed imperatorem mitissimi animi legibus praestari ceteris decet'.*

Il primo brano riproduce una parte del discorso rivolto da Giuliano ai militari, che lo assistevano, poco prima della morte causata da una grave ferita riportata nel corso della battaglia contro l'esercito persiano. I punti salienti del discorso sono due: a) la rappresentazione di se stesso come figlio della *res publica*, sempre pronto a fronteggiare, in nome e per conto di quest'ultima, difficili e pericolose emergenze (*turbines calcare fortuitorum*); affermazione che riproduce il rapporto generazionale '*Urbs-Caesares*', formulato da Ammiano nel brano 14.6.5; b) la consapevolezza di Giuliano che l'esercizio del potere imperiale deve essere improntato al bene e alla sicurezza dei sudditi, obiettivi essenziali per la configurabilità di un effettivo '*iustum imperium*'.

Il secondo brano presuppone e sottende, in ultima analisi, le considerazioni ciceroniane implicite nell'*excursus* sulle tappe evolutive della città di Roma, svolto da Ammiano in 14.6.5: l'idea di fondo che le *leges* per essere effettivamente '*fundamenta et retinacula sempiterna*' della libertà devono essere coerenti con la *vis* e la *sententia* '*iusti et iuris legendi*'. Giuliano, affermando che un imperatore, *mitissimi animi*, '*legibus praestandi ceteris decet*', non intese affermare che l'imperatore può disinvoltamente disattendere le leggi, in considerazione del semplice fatto che egli stesso – come asserisce esplicitamente (cfr. il tracritto brano 25.3.18) – escluse dai suoi atti ogni forma di arbitrio (*licentiam omnem actibus meis exterminans*), ma intese soltanto evidenziare che l'interpretazione e l'applicazione delle leggi devono essere costantemente improntate, caso per caso, alla '*clementia*', funzionalmente e pragmaticamente ispirata al criterio dell'*aequitas* e al connesso valore del giusto e dell'ingiusto, come si attesta esplicitamente in

R. G. 22.9.9: *Verum ille iudicibus Cassiis⁶³ tristior et Lycurgis, causarum momenta aequo iure perpendens, suum cuique tribuebat, nusquam a vero abductus, acrius in calumniatores exsurgens, quos oderat, multorum huius modi petulantem saepe dementia, ad usque discrimen expertus, dum esset adhuc humilis et privatus.*⁶⁴

⁶³ Si tratta del tribuno della plebe Lucio Cassio Longino Ravilla, che nel 137 a.C. propose la legge istitutiva del voto segreto nei comizi giudiziari (*lex Cassia tabellaria*) e che divenne popolare, come afferma Cicerone (*Brut.* 25.97) proprio per la sua severità.

⁶⁴ Sulle direttive giurisdizionali di Giuliano v. M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 96 s. e 196; G. DE BONFILS, *Ammiano* cit., 107 s.

6. CONTINUA: B) 'CONSOCIATA SUFFRAGIA' (25.5.3), 'COMITIORUM SPECIES' (26.2.2) E 'CONTIO'.

Ho già precisato, nel precedente paragrafo, che in *R. G.* 25.5.3 Ammiano ravvisa espressamente nei 'consociata suffragia' delle unità dell'esercito, in sostituzione delle tribù e delle centurie del sistema istituzionale della *libera res publica*, il momento centrale del procedimento 'de imperatore creando'.

La simmetria fra le unità dell'esercito e le antiche tribù e centurie, che emerge nitidamente, in una prospettiva eminentemente politico-ideologica, dalle concordanti e complementari considerazioni svolte da Ammiano nel paragrafo 14.6.5 e, per bocca dell'*honorator aliquis miles*, nel paragrafo 25.5.3, trova una prima conferma, sotto il profilo lessicale, nella locuzione 'comitiorum species', adoperata – come ho già premesso (§ 4) – dallo storico antiocheno in sede di descrizione paradigmatica del rito d'investitura impiegato per la 'declaratio' di Valentiniano I (26.2.2). La menzionata locuzione ha l'evidente scopo di assimilare, ma non certo di identificare (mi sembra questo il senso del segno 'species'), l'importante funzione elettorale svolta dall'esercito, nell'ambito del procedimento *de imperatore creando*, a quella già svolta dai 'comitia populi' nell'assetto istituzionale della *libera res publica*. Una seconda conferma, anch'essa di ordine lessicale, della simmetria in discorso è costituita dall'impiego, nelle *Res Gestae*, del segno 'contio' per denotare un'assemblea militare, appositamente e regolarmente convocata dall'imperatore, non soltanto per fornire alle truppe informazioni o relazioni di vario tipo, ma anche per coinvolgere i diversi comparti dell'esercito in decisioni di notevole rilievo politico-militare;⁶⁵ decisioni non ascrivibili, però, a quelle specificamente finalizzate all'investitura imperiale.⁶⁶

Depongono in tal senso alcuni brani delle *Res Gestae*, che mi sembra opportuno esaminare partitamente. Inizio l'esame da un brano del decimo capitolo de libro 14, del quale mi limito a trascrivere di seguito i punti più significativi. Il brano verte sulla proposta di pace presentata a Costanzo II dagli ambasciatori dei re degli Alamanni (*R. G.* 14.10.10-16):

R. G. 14.10.10; 13-16: [10] ... *advocato in contionem exercitu, imperator pro tempore pauca dicturus, tribunali adsistens, circumdatus potestatum coetu celsarum, ad hunc disseruit modo: ...* [13] *Ut in breve igitur conferam et ostendam qua ex causa omnes vos simul adesse volui, commilitones mei fidissimi, accipite aequis auribus quae succinctius explicabo ...* [14] ... *Alamannorum reges ... per oratores quos videtis, summissis cervicibus, concessionem praeteritorum poscunt et pacem. Quam ut cunctator et cautus, utiliumque monitor (si vestra voluntas adest), tribui debere censeo ...* [15] *In summa tamquam arbitros vos quid suadetis opperor ...* [16] *Mox dicta finierat, multitudo omnis ad quae imperator voluit promptior, laudato consilio, consensit in pacem.*

⁶⁵ In un caso particolare, in effetti, il segno *contio* è utilizzato da Ammiano, al di fuori del rapporto intercorrente fra l'imperatore e l'esercito, per stigmatizzare, in chiave spiccatamente ironica, il comportamento di alcuni esponenti della 'otiosa plebs' romana, che erano dediti al vino, ai dadi ai bordelli, ai piaceri e agli spettacoli e che consideravano il Circo Massimo come tempio, dimora, assemblea e speranza delle loro brame: 'eisque templum et habitationem et contio et cupitorum spes omnis Circus est maximus' (*R. G.* 28.4.29).

⁶⁶ In tal senso è stato opportunamente evidenziato in dottrina che «il termine *contio* non è impiegato da Ammiano per la riunione dei soldati che proclamano Valentiniano imperatore». Così G. DE BONFILS, *Ammiano cit.*, 27.

Il brano prova che si tratta di una assemblea militare ritualmente convocata da Costanzo II, in presenza delle più alte cariche, al duplice scopo di informare e di coinvolgere l'esercito in merito all'accettazione o meno della proposta di pace (354 d.C.). L'imperatore non si limitò, infatti, ad esporre brevemente i motivi della convocazione (§ 13), ma subordinò espressamente la sua decisione a quella dei commilitoni: *‘si vostra voluntas adest’* (§ 14); *‘arbitror vos quid suadetis opperiri’* (§ 15). Al termine del discorso l'intera assemblea approvò all'unanimità la proposta formulata dagli ambasciatori ed avallata dall'imperatore: *‘consensit in pacem’*.⁶⁷

Lo stesso Costanzo, in seguito ad una serie di vittorie sui Sarmati (358 d.C.), che gli valsero l'appellativo di *‘Sarmatico’*, procedette alla convocazione di un'assemblea plenaria di tutto l'esercito, denominata esplicitamente *‘contio’* (17.13.33), comprensiva di tutte le coorti e le centurie, e di tutti i manipoli, allo scopo di rivolgere, circondato dalle insegne, dalle aquile e da una schiera di alti funzionari (*agmine multiplicium potestatum*), con il favore di tutti (17.13.25), un lungo e dettagliato discorso sulle gloriose imprese, che erano state condotte a termine, grazie al comune impegno di tutti i fedelissimi difensori dell'impero romano (17.13.26-33).

Il segno *‘contio’* ricorre altresì nel quinto e nel tredicesimo capitolo del libro 21, con specifico riguardo a due assemblee militari, convocate rispettivamente da Giuliano e da Costanzo II, in vista dello scontro bellico fra i due Augusti (361 d.C.). Giuliano per assicurarsi la fedeltà dei sodati convocò con il suono di tromba l'esercito in assemblea (*classico ad contionem exercitu convocato*: 22.5.1); dopo avere ricordato che era stato elevato alla sublime dignità di Augusto dalla autorità degli stessi militari (*auctoritate vestri iudicii*) e dalla necessità degli avvenimenti, con il favore della divinità (21.5.5), pregò tutti gli astanti di promettere, con giuramento, concordia e lealtà verso di lui, pronto ad adoperarsi perché non fosse compiuta alcuna azione inconsulta e indolente (21.5.7), supplicandoli, al tempo stesso, di fare attenzione affinché nessuno recasse danni ai privati (*in privatorum damna quisquam vestrum exiliat*: 21.5.8). Il discorso pronunciato dall'imperatore, come un oracolo, venne approvato dall'assemblea commossa, che lo acclamò grande e nobile duce, vincitore di popoli e di re: *Hoc sermone imperatoris vice alicuius oraculi comprobato, mota est incitatus contio ... magnum elatumque ducem, et (ut experta est) fortunatum dominatorem gentium appellans et regum* (21.5.9). Costanzo II, a sua volta, dopo avere riunito l'esercito, convocò in assemblea, al suono di trombe, tutte le centurie, manipoli e coorti (*cum in unum exercitus convenisset, omnes centurias et manipulos et cohortes in contionem vocavit, concinentibus tubis*: 21.13.9) e rivolse da un'alta tribuna un dettagliato discorso alle truppe contro il ribelle Giuliano, che, esaltato dai successi riportati in alcune battaglie, avrebbe calpestato l'equità, madre e nutrice del mondo Romano (*aequitate calcata, parente nutriceque orbis Romani*: 21.13.13), invitandole ad affrontare le tempeste che erano state provocate (21.13.14). Al termine del discorso, tutti assentirono alle parole e alle sollecitazioni dell'imperatore, brandendo le aste in segno d'ira, e chiedendo, al tempo stesso, di essere condotti davanti al ribelle (*petebant duci se protinus in rebellem*: 21.13.16).

I brani fin qui esaminati confermano che Ammiano adoperava il segno *‘contio’* per denotare un'assemblea militare regolarmente convocata da un Augusto non soltanto allo scopo di fornire ai soldati informazioni o relazioni (R. G. 17.13.25-33), ma anche per coinvolgerli in decisioni di grande rilievo politico-militare (R. G. 14.10.10-16; 21.5.1-9; 21.13.9-16), diverse da quelle finalizzate all'investitura imperiale. Sembrerebbe però deporre in senso diverso, a prima vista, l'impiego del segno in esame in un brano concernente l'asso-

⁶⁷ Sul brano v. pure V. NERI, *Ammiano cit.*, 175.

ciazione all'impero, il 6 marzo del 355 (15.8.17), con il titolo di Cesare, di Giuliano, per iniziativa del cugino Costanzo II. Un attento esame di tutto l'*excursus* relativo all'investitura (15.8.1-17), di cui trascrivo i punti fondamentali induce ad attribuire, in questo caso, al segno '*contio*' il significato generico di 'adunanza' e non già di assemblea deliberante:

R. G. 15.8.1; 4; 5; 8-11: [1] *Constantium vero exagitabant assidui nuntii, deploratas iam Gallias indicantes, nullo renitente ad internecionem barbaris vastandibus universa; aestuantisque diu ... repperit tandem consilium rectum, et Iulianum patruelem fratrem haut ita dudum ab Achaio tractu accitum, etiam tum palliatum, in societatem imperii adsciscere cogitabat ...* [4] *Et cum venisset accitus, predicto die advocato omni quod aderat commilitio, tribunali ad altiore suggestum erecto, quod aquilae circumdederunt et signa, Augustus insistens eumque manu retinens dextera, haec sermone placido peroravit:* [5] *'Adstistimus apud vos – optimi rei publicae defensores – causae communi uno paene omnium spiritu vindicandae, quam acturus tamquam apud aequos iudices succinctius edocebo ...* [8] *Iulianum hunc fratrem meum patruelem (ut nostis) ... in Caesaris adhibere potestatem exopto, coeptis (si videntur utilia) etiam vestra consensione firmandis.* [9] *Dicere super his plura conantem, interpellans contio lenius prohibebat, arbitrium summi numinis id esse non mentis humanae, velut praescia venturi proclamans.* [10] *Stansque imperator immobilis dum silerent, residua fidentius explicavit: 'Quia igitur vestrum quoque favorem adesse fremitus indicat laetus ... eum, praesente nutu dei caelestis, amictu principali velabo'.* [11] *Dixit moxque indutum avita purpura Iulianum, et Caesarem cum exercitus gaudio declaratum.*

Dopo un rapido cenno ai motivi (frequenti e devastanti incursioni barbariche nelle Gallie, '*nullo retiente*'), che indussero Costanzo II, dopo varie perplessità (annotate nei §§ 2 e 3, non trascritti), ad associare all'impero, con il titolo di Cesare, il giovane cugino Giuliano, che era da poco tornato dalla Grecia, dove si era recato per perfezionare i suoi studi liberali (15.2.7-8), Ammiano si sofferma sulle modalità dell'investitura. Convocate in un giorno precedente (*predicto die*) tutte le truppe di commilitoni presenti a Roma (*advocato omni quod aderat commilitio*), Costanzo, tenendo per mano Giuliano, rivolse ai commilitoni la richiesta di confermare, come giudici equi, la propria decisione. Quest'ultimi, senza aspettare la fine del discorso, interruppero con moderazione (*lenius*) Costanzo, proclamando che la decisione era una manifestazione della volontà divina, più che di una mente umana. Preso atto del favore dei commilitoni, Costanzo rivestì Giuliano del manto imperiale e lo proclamò Cesare '*cum exercitus gaudio*'.

Nel racconto ammianoeo dell'associazione di Giuliano all'impero con il titolo di Cesare si è ritenuto in dottrina di poter ravvisare un cerimoniale identico a quello seguito per l'investitura della suprema carica imperiale.⁶⁸ Ritengo, invece, che il procedimento seguito per l'investitura di Giuliano (non conosciamo quello impiegato, nel 351, per l'investitura dell'altro Cesare, anch'egli cugino di Costanzo, Flavio Claudio Costanzo Gallo, cerimoniale di cui forse Ammiano si sarà occupato nel precedente libro 13, a noi non pervenuto) si

⁶⁸ Così, in particolare, G. DE BONFILS, *Ammiano Marcellino* cit., 15: «Nel racconto ammianoeo della nomina di Giuliano si trova descritto un cerimoniale che sarà identico a quello seguito per l'elezione dell'imperatore. Il cesare viene elevato all'alta carica in virtù della sola decisione di Costanzo, dopo aver raccolto i diversi pareri della corte e dei suoi consiglieri»; M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 59 s., secondo cui nelle pagine di Ammiano «ritroviamo il modello che abbiamo già riscontrato nella procedura di nomina dell'imperatore: il concorso, cioè, della volontà imperiale e del consenso dell'esercito. La procedura è, in effetti, quella che, come si è visto, verrà adottata dodici anni più tardi da Valentiniano per associare al potere il figlio Graziano».

caratterizzi, rispetto a quello impiegato per la suprema carica, sotto un duplice profilo: terminologico e sostanziale.

Sotto il primo profilo, emergono due peculiarità lessicali: l'uso del sostantivo *‘commilitio’* per designare, nel caso di specie, una adunanza di commilitoni voluta da Costanzo per rafforzare la sua autonoma e discrezionale investitura di Giuliano; l'impiego del segno *‘contio’* per designare non già un'assemblea militare deliberante, bensì una semplice collettività di commilitoni, i quali si limitarono a constatare e a certificare, in chiave emotivo-psicologica, una precedente decisione ispirata dalla suprema divinità. In particolare, la scelta del segno *‘commilitio’*, al posto della locuzione *‘comitiorum species’*, adoperata per l'investitura di Valentiniano I (26.2.2), è giustificata, a mio avviso, dal fatto che Costanzo II quando convocò i commilitoni che si trovavano a Roma, aveva già conferito a Giuliano la *potestas Caesaris*: *‘ad imperium placuit Iulianum assumere’* (15.8.3), ma ritenne opportuno sollecitare, *‘concordiae causa’* (15.8.7), l'assenso dei commilitoni; Valentiniano, invece, quando si presentò dinanzi all'esercito, radunato in funzione elettorale, *‘comitiorum specie’*, era un semplice designato alla suprema carica imperiale, il quale, in quanto tale, dopo avere ottenuto dal presidente dell'assemblea militare il permesso di salire sulla tribuna, fu acclamato Augusto soltanto in conseguenza e per effetto della *declaratio* dell'esercito. L'autonoma e virtualmente autosufficiente decisione di Costanzo di conferire a Giuliano la *potestas Caesaris* e non già la *potestas Augusti*, consente di distinguere nettamente, contrariamente a quanto è stato affermato (vedi nt. 68), l'investitura di Giuliano da parte di Costanzo, da quella di Graziano da parte di Valentiniano: quest'ultimo, infatti, rivolgendosi all'assemblea militare, ritenne opportuno precisare che l'associazione al potere del figlio con il titolo di Augusto e, quindi, come collega fornito di *par potestas*, non poteva discendere soltanto dalla sua volontà,⁶⁹ ma richiedeva la formale e sostanziale investitura dell'esercito: *‘verum etiam probata firmari, ut congrua vobis et profutura’* (27.6.7; cfr. sopra, § 4).

Sotto il secondo profilo (sostanziale) assume notevole rilievo, al fine di poter cogliere l'essenza e i limiti della *potestas Caesaris*, quanto evidenzia Ammiano in ordine al ruolo e al potere di Costanzo Gallo, che era stato proclamato Cesare da Costanzo II. Nel paragrafo iniziale del primo capitolo del libro XIV, intitolato *‘Galli Caesaris saevitia’*, Ammiano afferma che Costanzo Gallo, anche a causa del suo crudele carattere, aveva operato oltre i limiti del potere conferitogli: *‘ultra terminos potestatis delatae’* (14.1.1). Il che sta a significare che Costanzo Gallo, in quanto Cesare, non era titolare di un potere autonomo, ma di un potere delegato, che poteva esercitare soltanto entro e non oltre i limiti del conferimento. Una significativa conferma in tal senso è data da una lettera inviata da Costanzo II a Costanzo Gallo, nella quale l'Augusto, dopo avere avvertito che l'impero non poteva e non doveva essere diviso (14.11.9), adduceva a sostegno del proprio assunto un antico esempio: il fatto che i Cesari avevano obbedito a Diocleziano e a Massimiano come *‘apparitores’*,⁷⁰

⁶⁹ Come era già avvenuto con l'investitura del fratello Valente, mordacemente configurato, non a caso, da Ammiano come *‘apparitor’* di Valentiniano (cfr. sopra, § 4).

⁷⁰ Secondo P. DE FRANCISCI, *Arcana imperii* cit., III, 144 s., la configurazione della posizione istituzionale di Giuliano Cesare «alla stregua di un impiegato ausiliario dell'antico magistrato appare in netta antitesi col principio della correggenza». Nello stesso senso v. pure M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 79, secondo la quale «la narrazione di Ammiano sia per la parte relativa al Cesare Gallo, sia soprattutto per quella che illustra l'opera di Giuliano offre, al contrario, un quadro ben più complesso e variegato, consentendo di riconoscere alla figura dei Cesari, per lo meno in questo periodo storico, un rilievo costituzionale di fondamentale importanza nel sistema di governo dell'impero». In contrario è, però, da precisare: a) che una correggenza in senso stretto non sussiste fra l'Augusto e il Cesare, perché, come afferma peraltro,

senza fissa dimora, e che in Siria, Galerio, pur rivestito della porpora, aveva preceduto a piedi per circa un miglio il cocchio di Diocleziano Augusto: *Quibus subserebat non adeo vetus exemplum, quod Diocletiano et eius collegae, ut apparitores non resides sed ultro citroque discurrerent, obtemperabant, et in Syria Augusti vehiculum irascentis, per spatium mille passuum fere pedes antegressus est Galerius purpuratus* (14.11.10).

In conclusione, mi sembra di potere affermare che, nel contesto della prospettiva politico-ideologica di Ammiano, le locuzioni *'associata suffragia'*, *'comitiorum species'*, *'contio'* riproducono, pur con rilevanti differenze, la contrapposizione che intercorreva, nel sistema istituzionale della *libera res publica*, fra *'vocare ad comitiatum'* e *'contionem habere'*. Le differenze consistono nel fatto che la convocazione dell'esercito *'sub specie comitiorum'* era circoscritta esclusivamente all'investitura della suprema carica; mentre la convocazione dell'esercito *'sub specie contionis'* non era circoscritta soltanto alle informazioni e alle relazioni (che possono essere assimilate, in definitiva, all'ambito dell'antico *'verba facere ad populum sine ulla rogatione'*: Gell., *N. A.* 13.16.3), ma si estendeva, come ho già precisato, anche alle decisioni da adottare in materie di rilevante rilievo politico-militare.

7. CONTINUA: C) *'LEGITIME DECLARARE'*, *'NUNCUPARE MORE SOLLEMNI'* NEL PROCEDIMENTO D'INVESTITURA IMPERIALE.

Le radici storiche del lessico politico-costituzionale di Ammiano in tema d'investitura imperiale sono ravvisabili anche nelle locuzioni *'legitime declarare'* e *'nuncupare more sollemni'*.

Il verbo *'declarare'* attraversa, con specifico riguardo all'investitura di capi politico-militari, l'intero arco dell'esperienza istituzionale romana, dal *regnum* al tempo di Ammiano. *Declarare* (da *de-claro*) denota, infatti, sotto il profilo tecnico, il procedimento rituale che rende legittima l'investitura di un capo politico-militare e, quindi, palese e certa la posizione istituzionale di quest'ultimo (*legitime declaratus*). Mi sembra emblematico, in tal senso, quanto afferma Cicerone nel *De re publica*, evidenziando la *ratio* dell'istituto dell'interregno, che era estraneo a tutti gli altri popoli: *cum prudenter illi principes (patrizi) novam et inauditam ceteris gentibus interregni ineundi rationem excogitaverunt, ut quoad certus rex declaratus esset, nec sine rege civitas nec diuturno rege esset uno* (*de re publ.* 2.12.23). Era considerato, pertanto, *'certus rex'* colui che fosse stato *'declaratus'* in conformità ad un rito (*inauguratio*), predisposto dagli auguri a proposito dell'investitura di Numa Pompilio; rito che segna il passaggio dall'originaria fase del potere carismatico del *rex-ductor* (Romolo) alla successiva fase del potere istituzionalizzato del *rex inauguratus*. Al termine del rito, integralmente trascritto da Livio (1.18.6-10), Numa, proclamato re, discese dal recinto sacro: *'declaratus rex Numa de templo descendit'* (1.18.10). L'avvento della monarchia etrusca, che comportò il progressivo declino dell'interregno e il connesso rafforzamento del rapporto *'exercitus-comitium-rex'*, incise sui profili rituali dell'investitura regia, come annota Livio, con riferimento alla posizione istituzionale di Servio Tullio, il quale, *quamquam iam usu haud dubie regnum possiderat ... conciliata prius voluntate plebis, ausus est ferre ad populum vellent iube-*

nella menzionata lettera, Costanzo II (14.11.10; v. sopra, nel testo), i Cesari, sin dal tempo di Diocleziano, erano subordinati agli Augusti; b) che l'espressione *'ut apparitores'*, non mira certo a identificare, *sic et simpliciter*, i Cesari agli ausiliari del *magistratus populi Romani*, ma mira piuttosto ad evidenziare la loro diretta e discrezionale investitura da parte dell'Augusto in carica e i connessi limiti invalicabili, insiti nella *'delata potestas'*. Investitura e limiti appositamente evidenziati da Ammiano nel punto in cui si occupa del tema dell'investitura e della posizione istituzionale di Valente, in conseguenza e per effetto dell'atto unilaterale di conferimento del potere da parte di Valentiniano I (v. sopra, § 4).

rentne se regnare; ‘tantoque consensu quanto haud quisquam alius ante rex est declaratus’ (1.46.1).

Con l'avvento e la stabilizzazione della *libera res publica*, ‘*declarare*’ denotò l’investitura comiziale dei *magistratus populi Romani*⁷¹ e, segnatamente, dei *consules*, posto che, come afferma Cicerone, nei comizi consolari ‘*imperatores deliguntur*’ (*pro Mur.* 18.38; cfr., sopra, § 4); ‘*deligere*’ significa, infatti, scegliere, eleggere con voti espressi. In tal senso, il segno ‘*declarare*’ è frequente nel lessico politico-costituzionale di quel tempo con specifico riguardo all’investitura dei consoli.⁷²

Nell’assetto istituzionale del *novus status rei publicae*, scaturito dai fatti istitutivi del 27 e del 23 a.C., il procedimento d’investitura del principe venne stabilizzandosi sulla base di una prassi, in forza della quale, com’è noto, il senato e i comizi, sull’esempio augusteo della *translatio ‘in senatus populi Romani arbitrium’*, conferirono continuità alla carica imperiale, legittimando l’esercizio del potere dei successori con un complesso procedimento d’investitura, denominato ‘*lex de imperio*’, che coinvolgeva le truppe, il senato e i comizi. È questo un tema assai dibattuto in dottrina,⁷³ su cui non è possibile soffermarci in questa sede. Ai nostri fini assume notevole rilievo un brano del primo libro delle *Institutiones* di Ulpiano, che i commissari giustinianeî inserirono nel quarto titolo del primo libro dei *Digesta*, sotto la Rubrica ‘*De constitutionibus principum*’, riproducendolo con alcune varianti nel titolo ‘*De iure naturali et gentium et civili*’ delle *Institutiones* (I. 1.2.6):

D.1.4.1 pr. (Ulp. 1 *Inst.*): *Quod principi placuit, legis habet vigorem: utpote cum lege regia,⁷⁴ quae de imperio eius lata est, populus ei et in eum omne suum imperium et potestatem conferat.*⁷⁵

È stato osservato in dottrina che nel testo «domina, più che ogni altra cosa, la preoccupazione di stabilire una linea continua fra l’antico e il nuovo ordinamento»⁷⁶; linea di con-

⁷¹ Cfr., ad es., Cic., *pro Planc.* 22.53 (per l’edilità curule); Cic., *ad Att.* 2.23.2 (per il tribunato); Sall., *B. I.* 63.3: *ubi primum tribunatum militarem a populo petit* (Caio Mario) ... *per omnis tribus declaratur*.

⁷² Cfr., ad es.: Cic., *de leg. agr.* 2.2.4; *in Pis.* 1.3; *pro Mil.* 25; Sall., *B. C.* 24.1; *B. I.* 27.4; Liv. 10.21.15; 24.9.8; 26.26.4; 27.6.11; 28.39.9; 28.40.2; 40.37.6; Suet., *Iul.* 80. Alla fine del II sec. d.C., in seguito al trasferimento della *creatio magistratuum* dal *favor populi* alla *cura principis*, come afferma Modestino (D. 48.14.1), la *declaratio consulum* si risolve nell’atto di nomina dei consoli da parte del principe; cfr. S.H.A., XI, *Pesc.* 4.6; XII, *Alb.* 6.8. Nello stesso senso, per il IV sec. d.C. Ammiano, *R. G.* 25.10.17.

⁷³ V., in proposito, D. MANTOVANI, *Lex «regia» de imperio Vespasiani. Il vagum imperium e la legge costante*, in *Acta Flaviana I*, Roma 2009, 125-155; V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere imperiale (sec. I-IV d.C.). Studi di diritto pubblico romano*, Torino 2016, con esame delle fonti e della letteratura; adde O. LICANDRO, *Augusto e la res publica imperiale*, Torino 2018.

⁷⁴ L’aggettivo ‘*regia*’ è da imputare ai compilatori, come prova il confronto con la versione dello stesso brano accolta nelle Istituzioni giustiniane. Cfr. V. MAROTTA, *Ulpiano e l’impero*, I, Napoli 2000, 67 s. e nt. 1.

⁷⁵ Il verbo ‘*conferat*’ al presente prova che Ulpiano considerava la *lex de imperio* ancora attuale al suo tempo. I compilatori giustinianeî, sostituendo, nelle Istituzioni, il presente ‘*conferat*’ con il passato ‘*concessit*’ vollero affermare il carattere definitivo del trasferimento della sovranità politica, dal popolo all’imperatore. In tal senso v. pure M. BREONE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*, Napoli 1984, 49; V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione del potere* cit., 188.

⁷⁶ Così M. BREONE, *Storia del diritto romano*, Bari 1987, 236; dello stesso A., *Tecniche e ideologie* cit., 48 s.; V. MAROTTA, *Esercizio e trasmissione* cit., 188 ss.; ID., *Ulpiano e l’impero* cit., I, 68 ss., con letteratura; *Ulpiano e l’impero*, II, Napoli 2004, 169 s.

tinuità che informa e contrassegna altresì tanto il discorso svolto dal *magister libellorum* Arcadio Carisio (IV sec. d.C.) nel suo *liber singularis* 'De officio praefecti praetorio' (D. 1.11.1),⁷⁷ quanto il discorso svolto da Ammiano Marcellino in R. G. 14.6.5-6 (cfr. sopra, § 5).

In definitiva, ritengo che lo storico antiocheno, adoperando l'espressione '*legitime declarare*', labbia voluto inserire consapevolmente l'investitura imperiale, sulla scia del pensiero giuridico dell'età dei Severi, nel solco della risalente tradizione politico-costituzionale romana, prospettando così i comparti dell'esercito come sostituti storici degli antichi *comitia populi*.⁷⁸

Anche l'espressione '*nuncupare more sollemni*', al pari della locuzione '*legitime declarare*', sottende remote radici storiche, che evocano l'idea della certezza giuridica, manifestata ed espressa, come afferma Lucio Cincio Alimento nel '*De officio iurisconsulti*', '*nomini bus propriis*' (Fest., L. 176.1, *sub voce* '*nuncupata pecunia*').⁷⁹ Nello stesso senso (certezza giuridica) depongono alcuni brani di Livio, nei quali si parla di '*nuncupata verba legitima*' in tema di *deditio urbis* (9.9.5); di *verba tradita nuncupataque*, a proposito della *devotio* di Decio Mure (8.11.1); di *nuncupare verbis* in tema di *precatio deorum* (40.46.9); nonché un brano dei *Factorum et dictorum libri* di Valerio Massimo, in cui si parla di *nuncupatio verborum sollemnium* per la dedica di *aedes* (5.10.1: il tempio di Giove Ottimo Massimo, nel caso di specie). Per quanto attiene all'etimologia del verbo '*nuncupare*' è particolarmente rilevante, per il nostro tema, quanto afferma Marco Terenzio Varrone nel '*De lingua latina*'. Il verbo *nuncupare*, precisa Varrone (6.7.60), deriva da '*nominare*' (*nomen capere*), che, a sua volta, discende dal fatto che quando le '*res novae in usum quomodo additae erant, quibus eas novissent, nomina ponebant*'.

L'impiego del *nomen* '*Augustus*' per denotare il titolare della suprema carica imperiale affonda le radici, com'è noto, nella celebre seduta del 13 gennaio del 27 a.C., nel corso della quale Cesare Ottaviano, console in carica, dopo avere rinunciato ai supremi poteri di cui era egli era ancora titolare in forza della *lex Titia* e della *coniuratio Italiae et provinciarum*, fu, per questa sua benemerenda (*pro merito*), '*senatus consulto Augustus appellatus*'

⁷⁷ Il *magister libellorum*, nel suo *liber singularis*, assimila, infatti, gli '*imperatores perpetui*' del suo tempo ai *dictatores della libera res publica*: D.1.11.1 (Arc. Char., l. s. *de off. praef. praet.*): *Breviter commemorare necesse est, unde constituendi praefectorum praetorio officii origo manaverit. Ad vicem magistris equitum praefectos praetorio antiquitus institutos esse a quibusdam scriptoribus traditum est. Nam cum apud veteres dictatoribus ad tempus summa potestas crederetur et magistris equitum sibi eligerent, qui ad sociati participales curae ad militiae gratia secundam post eos potestatem gererent: regimentis rei publicae ad imperatores perpetuos translatis ad similitudinem magistrorum equitum praefecti praetorio a principibus electi sunt. Data est plenior eis licentia ad disciplinae publicae emendationem.* Cfr., in proposito, V. MAROTTA, *Legalità repubblicana e investitura imperiale* cit., 60 s. Sulla stessa linea di continuità si colloca, in piena età giustinianea, il terzo libro del '*De magistratibus populi Romani*' di Giovanni Lido (funzionario dell'ufficio pretoriano d'Oriente), il quale fa discendere l'ufficio del prefetto del pretorio dall'antico *magister equitum*. Cfr. J. CAIMI, *Burocrazia e diritto nel De magistratibus di Giovanni Lido*, Milano 1984, 201 ss.

⁷⁸ La configurazione dei quadri dell'esercito come '*comitia imperii*' ha, in effetti, un significativo precedente nella convocazione di un consiglio militare, promossa da Galba [il quale si riteneva '*deorum hominumque consensu ad imperium vocatum*' (Tac., *hist.* 1.15); cfr. pure Suet., *Galba* 10: '*legatum se senatus ac populi Romani professus est*'] per provvedere, in seguito all'annuncio della sedizione germanica, alla sua successione (Tac., *hist.* 1.14.1). Sulla locuzione '*comitia imperii*' cfr. A. PABST, *Comitia imperii. Ideelle Grundlagen des römischen Kaisertums*, Darmstadt 1997, 1 ss.

⁷⁹ Sul lemma *festino* cfr. per tutti, B. ALBANESE, *Note sulle XII Tavole: 1. Nuncupata pecunia. II. Carmina conviviali e incantare, excantare*, in *Minima epigrafica e papirologica*, VII-VIII, 2004-2005, 115-135, ora in *Scritti giuridici*, IV, Torino 2006, 1151 ss.

(*Res Gestae* 34.2), con il contestuale conferimento dell'*imperium* decennale su tutte le province non ancora pacificate e della *cura et tutela rei publicae universa* (Dio Cass. 53.12.1 e 13.1). Vennero gettate così le basi istituzionali del *novus status rei publicae*, il cui assetto definitivo fu completato, nel 23 a.C., con l'attribuzione ad Augusto della *tribunicia potestas* a vita e dell'*imperium proconsulare maius et infinitum*. Lo stretto legame che intercorre, alla luce di *R. G.* 34.2, fra i meriti dell'*appellatus* e la gravidanza ideologico-politica del *nomen* 'Augustus' (da *augere* = integrare, rafforzare, sorreggere) sottende e implica l'esigenza di palesare, per mezzo di congrue '*verba sollemnia*', le benemeritenze dell'*Augustus nuncupatus*. Mi sembra questo il senso dell'espressione '*Augustusque nuncupatus, cum laudibus amplis*', adoperata da Ammiano (*R. G.* 26.2.3), a proposito della investitura esemplare di Valentiniano I (cfr. sopra, § 4); espressione che contrassegna il momento immediatamente successivo al primo, costituito dalla *declaratio* dello stesso alla carica imperiale. La configurazione della '*nuncupatio Augusti*' come momento distinto e successivo rispetto a quello dell'elezione dell'imperatore contraddistingue altresì la tanto discussa *Historia Augusta*,⁸⁰ come attestano, in particolare due brani della Vita dell'imperatore Tacito: 18.1: *dandi ius imperii, appellandi principis, nuncupandi Augusti ad nos (senatores) revertit*; 19.1: *nos facimus imperatores, nos denique nuncupemus Augustos*. La differenza attiene al soggetto attivo dei due momenti dell'unitario procedimento d'investitura: per la Storia Augusta, strettamente e nostalgicamente legata al ceto senatorio, la fonte dei poteri imperiali è ancora il senato, nell'illusoria e antistorica speranza di potere ripristinare un passato irripetibile; per Ammiano invece, ben consapevole dei mutamenti irreversibili del suo tempo, il soggetto attivo della investitura imperiale è realisticamente costituito dall'esercito, sapientemente configurato dallo storico, in prospettiva politico-ideologica, sulla scia di Cicerone, come sostituto storico, ai soli fini del procedimento '*de imperatore creando*', degli antichi *comitia populi* (*R. G.* 26.2.2).

8. CONTINUA: D) 'IMPERIUM ORDINARIO IURE CONCESSUM' (*R. G.* 22.2.3).

Nel contesto del lessico politico-istituzionale di Ammiano assume un particolare rilievo la locuzione '*imperium ordinario iure concessum*', adoperato dallo storico con specifico riguardo alla reazione dei militari di Giuliano in seguito alla notizia della morte di Costanzo II:

R. G. 22.2.1 e 3 [1] *Inter quae tam suspensa advenere subito missi legati Theolaifus atque Aligildus, defunctum Constantium nuntiantes, addentesque quod eum voce suprema successorem suae fecerit potestatis ...* [3] *Advertebant enim imperium, quod ereptum ibant cum ultimorum metu discriminum praeter spem ordinario iure concessum.*

Il primo paragrafo attiene all'improvviso arrivo nell'Ilirico, ai confini della Dacia (dove si trovava Giuliano con le sue truppe) di due ambasciatori, provenienti dalla Cilicia (e precisamente da Mobsucrene, luogo del decesso dell'imperatore: *R. G.* 21.15.2), per comunicare che Costanzo era morto e che in punto di morte (*voce suprema*) aveva designato Giuliano come suo successore. I più alti esponenti della Corte del defunto imperatore avevano,

⁸⁰ Sulla *Historia Augusta* cfr., in particolare, S. MAZZARINO, *Il pensiero storico classico*, III, Bari 1974, 214 ss.; R. SYME, *Ammianus and the Historia Augusta*, Oxford 1968; M. YOURCENAR, *I volti della storia nella «Historia Augusta»*, in P. SOVERINI (a cura di) *Scrittori della Storia Augusta*, I, Torino 1983, V-XVIII, *Introduzione*, 1-49. Con specifico riguardo al tema dell'investitura imperiale v. V. MAROTTA, *Legalità repubblicana e investitura imperiale* cit., 21-62.

infatti, deciso di inviare a Giuliano come ambasciatori i *comites* Teolaifo e Aligildo⁸¹ allo scopo di comunicargli il decesso del congiunto e di pregarlo di recarsi, senza indugio, nella parte orientale dell'impero, che era pronta ad obbedirgli:

R. G. 21.15.4 mittuntur ad eum (Giuliano) Theolaifus et Aligildus tunc comites, mortem indicantes propinqui, et oraturi, ut mora omni depulsa, ad obtinendum obtemperare sibi paratum, tenderet Orientem.

Il successivo § 5 del capitolo 21.15 mi sembra fondamentale per cogliere il senso del § 3 del capitolo 22.1, sopra trascritto:

R. G. 21.15.5 Fama tamen rumorque loquebatur incertus, Constantium voluntatem ordinasse postremam, in qua Iulianum (ut praediximus)⁸² scripsit heredem, et his quos diligebat, fidei commissa detulit et legata.

Ammiano, pur menzionando per correttezza storiografica la presunta designazione, da parte di Costanzo, poco prima della morte e nel pieno possesso delle facoltà mentali (cfr. *infra*, nt. 82), di Giuliano come suo successore, avverte, al tempo stesso, che si tratta di una notizia non confermata (*rumor incertus*) e, quindi, imputabile verosimilmente ai maggiorenti della corte del defunto imperatore, allo scopo acquisire la benevolenza dello stesso Giuliano. Il motivo della strumentale escogitazione del gruppo dirigente della parte orientale dell'impero si può facilmente intuire. I due eserciti (di Costanzo e di Giuliano) erano mobilitati, in quella circostanza, in vista dello scontro armato fra i rispettivi generali. L'improvvisa morte di Costanzo allarmò notevolmente i più alti ufficiali dell'esercito di quest'ultimo, tenuto conto della relativa vicinanza di Giuliano e del rischio di soluzioni avventate (*R. G. 21.15.4*); di qui l'orchestrata notizia dell'asserita successione di Giuliano, che sarebbe stata disposta dal defunto imperatore.⁸³ Alle preoccupazioni dell'esercito orientale fece riscontro l'euforia delle forze armate occidentali, che, essendo consapevoli di avere forzato, a suo tempo, la volontà di Giuliano, con la tumultuosa decisione di proclamarlo Augusto (*R. G. 20.4.14-16*),⁸⁴ si rallegrarono per avere conseguito insperatamente, '*ordinario iure*', quell'*imperium* (*augustum*) che, temendo i più gravi pericoli (smantellamento delle forze armate occidentali in conseguenze delle progressive richieste di contingenti da parte di Costanzo), avevano cercato di procacciare (mi sembra questo il senso dell'espressione '*imperium ereptum*' di 22.2.3), al loro condottiero.

Orbene, in che senso deve essere intesa l'espressione '*ordinario iure*'? Come ho già anti-

⁸¹ Zosimo parla, invece, di un gruppo di cavalieri provenienti da Costantinopoli (*hist. nov.* 3.11.2; v. sopra, § 4).

⁸² Ammiano si riferisce a quando aveva già detto in calce al § 2 di 21.15: *ultimum spirans, deflebat exitium, mentisque sensu tum etiam integro, successorem suae potestatis statuere dicitur Iulianum*. Sul punto vedi, inoltre, quanto ho già precisato nel § 4 e nella nt. 28.

⁸³ C. TUMANISCHVILI BANDELLI, *Sulla usurpazione di Giuliano l'Apostata*, in *Atti del seminario romano-storico gardesiano*, Milano 1980, 464, ritiene, invece, «probabile che la notizia sia vera», giacché, a suo dire, la designazione dell'Augusto sarebbe stata considerata l'unica legittimazione possibile. Sono convinto, per contro, come risulta dalle considerazioni fin qui svolte, che la designazione del predecessore non era affatto l'unica investitura possibile, ma costituiva soltanto uno dei presupposti della essenziale investitura dell'esercito.

⁸⁴ Sul punto rinvio a quanto ho precisato nel § 4.

cipato (sopra, § 4), sono convinto che l'espressione in esame non possa essere interpretata in chiave dinastica per due fondamentali motivi: a) perché il criterio dinastico è sostanzialmente estraneo alla prassi istituzionale antecedente all'assegnazione (395 d.C.), ad opera di Teodosio I, dell'Oriente e dell'Occidente ai figli Arcadio e Onorio, ancorché, secondo Eusebio (*vita di Costantino*, 1.21.2) e Lattanzio (*de mort. persec.* 24.8) già Costanzo Cloro avrebbe consegnato l'eredità dell'impero, per legge di natura, al figlio maggiore Costantino (306 d.C.); b) perché Ammiano, per rendere l'idea del diritto di successione nell'esercizio del potere politico-istituzionale, adopera la diversa e più specifica locuzione *‘successorio iure’*; così, appunto, in *R. G.* 14.8.5, occupandosi di Seleuco Nicatore, designato come suo successore da Alessandro Magno: *‘Nicator Seleucus ... cum post Alexandri Macedonis obitum successorio iure teneret regna Persidis’*. Non resta, quindi, che interpretare l'espressione in esame nel senso di *‘designazione da parte del predecessore’*: designazione che non equivale ad una autonoma ed autosufficiente investitura, ma si pone più esattamente, sulla scia della risalente tradizione romana, come semplice *‘proposta’*, subordinata alla necessaria e non surrogabile approvazione dell'esercito.⁸⁵

9. CONTINUA: E) *‘USURPATIO’* (26.7.12) E *‘UMBRA IMPERII’* (25.5.8) NELL'ASSUNZIONE E NELL'ESERCIZIO DEL SUPREMO POTERE IMPERIALE.

Procederò ora all'esame di due locuzioni del lessico politico-istituzionale di Ammiano, che attengono, rispettivamente, alla irregolarità dell'assunzione (*‘usurpator indebitae potestatis’*) e alla inidoneità dell'esercizio (*‘umbra imperii’*) del supremo potere imperiale. La prima locuzione (al pari della sua variante *‘tyrannus’*) esprime l'idea dell'autoassunzione del potere o, quanto meno, della spregiudicata attività volta a creare, in modo capzioso, le condizioni per la propria investitura. Nell'ambito dei superstiti libri delle *Res Gestae*, lo storico antiocheno si occupa specificamente delle vicende che videro coinvolti due noti usurpatori, Silvano e Procopio, mentre si limita a menzionare un altro usurpatore, Magnenzio (a proposito della punizione dei suoi seguaci: *R. G.* 14.5), della cui vicenda si era verosimilmente già occupato nella precedente parte dell'opera a noi non pervenuta.⁸⁶

Silvano, un franco che era stato nominato da Costanzo maestro della fanteria in Gallia, temendo le trame predisposte a suo danno dai cortigiani di Costanzo, dopo avere ottenuto il sostegno dei capi militari con la promessa di lauti compensi, si autoproclamò nel 355 d.C., pur essendo soltanto un apprezzato *magister peditum*, imperatore (*ad culmen imperiale surrexit*: *R. G.* 15.5.16), e così venne, *‘sollicitato exercitu ad augustum culmen evectum’* (15.5.17);

⁸⁵ M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 37, ravvisa invece nell'espressione *‘ordinario iure’* l'orientamento di una prevalente corrente di pensiero «che vedeva la fonte legittima del potere nella designazione da parte del predecessore, sia pure sorretta e confortata dal consenso dell'esercito».

⁸⁶ Dell'autoproclamazione di Magnenzio, avvenuta il 18 gennaio del 350, parlano Zosimo, secondo il quale Magnenzio, un semibarbaro, comandante dei Gioviani e degli Erculiani, durante un banchetto, organizzato dai funzionari di corte contro Costantino II, si allontanò dai commensali e riapparve, subito dopo, avvolto nella veste imperiale, come fosse in scena. I convitati e gli abitanti di Augustodono lo proclamarono imperatore; i comandanti di tutto l'esercito, ascoltando le grida dei capi della congiura, quasi senza capire gridarono, a loro volta, proclamando Magnenzio Augusto (*hist. nov.* 2.42.3-5); e Oros., *adv. pag.* 7.29.8: *Magnentius enim apud Augustodonum arripuit imperium, quod continuo per Galliam Africam Italiamque porrexit*. Magnenzio, al termine di lunghe e alterne vicende di una drammatica guerra civile combattuta contro le truppe di Costanzo II, preferì uccidersi a Lione, il 10 agosto del 353, piuttosto che morire per mano nemica.

ma, dopo appena 28 giorni, fu ucciso a Colonia da un gruppo di armati (*armatorum globus*: 15.5.31), pilotati dal generale della cavalleria d'Oriente, Ursicino, che era stato inviato da Costanzo in Gallia, assieme a tribuni e guardie del corpo, fra i quali lo stesso Ammiano, per domare la rivolta del pericoloso ribelle (*fortissimus perduellis*: 15.5.19).⁸⁷ In proposito mi sembra opportuno richiamare l'attenzione sull'equilibrato giudizio finale dello storico antiocheno, volto ad evidenziare le reciproche responsabilità delle forze in campo, sottolineandone l'oggettiva contrapposizione fra le misure estreme (*praesidia extrema*: corruzione dei vertici militari e autoproclamazione ad imperatore) adottate da Silvano a difesa della sua vita, da un lato, e l'iniqua faziosità dei cortigiani di Costanzo, dall'altro:

R. G. 15.5.32 Ita dux haut exilium meritorum, hoc genere appetit mortis, metu calumniarum, quibus factione iniquorum irretitus est absens, ut tueri possit salutem, ad praesidia progressus extrema.

Ben più analitico ed emblematico per il tema in esame (contrapposizione fra Augusti legittimi ed usurpatori), è sicuramente il racconto ammiano delle vicende relative all'usurpazione di Procopio, avvenuta a Costantinopoli nel 365 d.C. Procopio, esponente di una insigne famiglia e legato da vincoli di parentela a Giuliano (*R. G. 26.6.1*), era stato posto da quest'ultimo, prima della partenza per la guerra contro la Persia, a capo di un forte esercito in Mesopotamia (*26.6.2*). Secondo una voce non riscontrata (*ut sussurravit obscurior fama, nemo enim dicti auctor exstitit verus*: *26.6.2*), Giuliano avrebbe consegnato a Procopio l'abito imperiale, autorizzandolo a farsi proclamare imperatore nel caso di una eventuale sconfitta romana in Persia;⁸⁸ circostanza, questa, che si pone, in effetti, in palese contrasto con il fatto che lo stesso Giuliano non volle designare, poco prima della morte, alcun successore, augurandosi soltanto che dopo di lui si potesse trovare un buon imperatore (*25.4.20*). Dopo la morte di Giuliano, Procopio, sapendo di essere sospettato da tutti i successivi imperatori (Gioviano, Valentiniano, Valente), rimase a lungo appartato, ma poi, logorato dalle continue ansie e ritenendo che anche una morte atroce fosse preferibile ai mali da cui si sentiva oppresso, architettò una temeraria scelleratezza (*facinus adoritur audacissimum*: *26.6.12*): dopo avere corrotto i militari di due legioni e di altri reparti presenti a Costantinopoli con la promessa di grandiosi premi, si diresse alle terme Anastesiane, dove fu accolto da una massa di militari pronti a vendersi (*constipatione vendibilium militum*: *26.6.14*). Si presentò, osserva ironicamente Ammiano, vestito in modo tale da sembrare come un attore improvvisamente apparso sul palcoscenico di un teatro attraverso il sipario: *a calce in pubem, in paedagogiani pueri speciem, purpueris opertus tegminibus pedum, hastatusque purpurerum itidem pannulum laeva manu gestabat, ut in theatri scaena simulacrum quoddam insigne per aulaeum vel mimicam cavillationem subito putares emersum* (*26.6.15*).⁸⁹ Dopo un breve

⁸⁷ Anche Orosio (*adv. pag. 7.29.14*), sottolinea la decisione di Costanzo di far circondare e sopraffare tempestivamente Silvano, il quale nelle Gallie mirava ad una ribellione: *'Silvanum quoque, per Gallas rebus novis inhiantem, mature circumvenendum opprimendumque curavit'*. Sull'usurpazione di Silvano v. M. NAVARRA, *Introduzione cit.*, 45 e nt. 85, con letteratura.

⁸⁸ Così Amm., *R. G. 23.3.2*: *dicitur ... paludamentum purpuerum propinquo suo tradidisse Procopio, mandasseque arripere fidentius principatum, si se interisse didicerit apud Parthos*; *26.6.2*: *et si subsidia rei Romanae languisse sensisset, imperatorem ipse se provideret ocus nuncupari*. Similmente Zosimo, *hist. nov. 4.4.2*, secondo cui Giuliano avrebbe concesso a Proculo di indossare la veste imperiale, per una ragione ignota a tutti gli altri.

⁸⁹ L'immagine della scena teatrale ricorre anche in Zosimo, *hist. nov. 4.5.5*: ciascuno poté vedere Procopio

discorso, svolto con servile adulazione (*ancillari adulatione*: 26.6.16), fu goffamente acclamato imperatore dal mormorio dei pochi prezzollati e dai tumultuosi clamori della plebe: *leni paucorum susurro, pretio illectorum, deinde tumultuariis succlamationibus plebis, imperator appellatus incondite* (26.6.18).

Tenuto conto della teatralità dell'investitura e della successiva condotta politica, culminata nella guerra contro gli Augusti in carica (Valentiniano e Valente) a fianco dei Goti, Ammiano definisce Procopio '*usurpator indebitae potestatis*' (26.7.12) e l'esercizio del suo indebito potere '*infaustus dominatus*' (26.6.14). Orbene, nel lessico politico-istituzionale di Ammiano le menzionate locuzioni (*usurpator indebitae potestatis* e *infaustus dominatus*) sottolineano ed esprimono una valenza diametralmente opposta a quella insita nel sintagma '*legitimi principes*'. Prova inequivocabilmente in tal senso il seguente brano delle *Res Gestae*:

R. G. 27.5.1 *Procopio superato in Phrygia, internarumque dissensionum materia consopita, Victor magister equitum ad Gothos est missus, cogniturus aperte, quam ob causam gens amica Romanis, foederibusque longae pacis obstricta, tyranno dederat adminicula, bellum principibus legitimis inferenti. Qui ut factum firma defensione purgarent, litteras eiusdem obtulere Procopii, ut generis Constantiniani propinquo, imperium sibi debitum sumpsisse commemorantis, veniaque dignum asserentes errorem.*

L'accordo militare fra Procopio e i Goti, alleati di Roma, aveva stupito gli Augusti in carica, i quali, in seguito alla sconfitta di Procopio in Siria, inviarono ai Goti come messaggero il *magister equitum* Vittore per conoscere le ragioni del sostegno militare da loro fornito a un usurpatore. I Goti giustificarono con fermezza la loro condotta esibendo una lettera dello stesso Procopio nella quale quest'ultimo dichiarava di essersi impadronito del potere che gli spettava per il suo legame di parentela con i discendenti di Costantino (*imperium sibi debitum sumpsisse*):⁹⁰ dato, questo, che induce a ravvisare, a mio avviso, nello stesso Procopio l'autore della menzionata notizia secondo cui Giuliano lo avrebbe autorizzato a farsi proclamare imperatore. Ai nostri fini, il punto più rilevante del trascritto brano è costituito dalla frase '*quam ob rem ... tyranno dederat adminicula, bellum principibus legitimis inferenti*', con cui lo storico antiocheno contrappone la posizione istituzionale degli Augusti carica (Valentiniano e Valente), definiti entrambi, in base alle formalità rituali della rispettiva investitura, '*principes legitimi*' – anche se, in effetti, il secondo (Valente) era considerato dallo storico un '*legitimus participes potestatis*' soltanto in apparenza (cfr. sopra, § 4) –, a quella di Procopio, qualificato *tyrannus*, sotto il duplice profilo, della sua autoproclamazione con plateali modalità teatrali, correlata ad atti corruttivi e di ribellione,⁹¹ stigmatizzati come '*facinus audacissimum*', e del conseguenziale esercizio illegittimo di una *potestas* indebitamente assunta. In definitiva, secondo Ammiano, Procopio è un usurpatore della carica augustea perché, a differenza di Valentiniano, Valente e Giuliano (che fu proclamato Augusto con-

interpretare il ruolo dell'imperatore come se fosse sulla scena (ὅσπερ ἀπὸ σκηνῆς Βασιλέα σχεδιασζέντα). V pure Temistio, *orat.* 7.91.

⁹⁰ Sotto questo profilo, nell'usurpazione di Procopio è stata ravvisata in dottrina una 'rivolta dinastica', fondata sull'attaccamento alla dinastia di Costantino, il quale, fondando la nuova capitale, aveva privilegiato l'Oriente. Così P. GRATTAROLA, *L'usurpazione di Proculo e la fine dei Costantinidi*, in *Aevum* 60 1986, 106; P. LEPORE, *In margine ad Ammiano Marcellino 26.5.8-14*, in *Athenaeum* 88, 2000, 594 s. e nt. 39. Sull'usurpazione di Procopio v. pure M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 46 ss., con altra letteratura.

⁹¹ Cfr., in tal senso, G. DE BONFILS, *Ammiano* cit., 35; M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 48 ss. e ntt. 87-88, con letteratura. Sul binomio 'ribellione' e 'usurpazione' nel lessico e nel pensiero di Ammiano v. R. SEAGER, *Ammianus Marcellinus* cit., 119 ss.

tro la sua volontà), si autoproclamò Augusto, dopo avere conseguito il sostegno dei militari con atti eversivi della legittimità rituale.

A differenza del sintagma *'usurpator indebitae potestatis'*, che attiene alla irregolarità dell'assunzione della suprema carica imperiale, la locuzione *'umbra imperii'* attiene a mio avviso, contrariamente a quanto è stato sostenuto in dottrina (cfr. sopra, § 4 e nt. 30), alla inidoneità politico-militare del soggetto preposto alla carica augustea. Sotto questo profilo ho già precisato (§ 4) che l'osservazione critica espressa da Amminano in *R. G.* 25.7.5, a proposito dell'investitura di Gioviano, non giustifica l'attribuzione allo storico antiocheno dell'idea della asserita illegittimità dell'investitura di Gioviano. Le obiezioni formulate da Amminano, con specifico riguardo allo posizione di Gioviano, attengono esclusivamente alla inidoneità politico-militare di quest'ultimo. In tal senso mi sembra rilevante e probante il brano in cui ricorre la locuzione in esame:

R. G. 25.5.8 ... *ac data dicendi copia quae sciret* (l'alfiere dei Gioviani, nemico di Gioviano), *docet Saporem iam propinquantem, extincto quem verebatur, turbine concitato calorum, ad umbram imperii Iovianum adhuc protectorem adscitum, inertem quendam et mollem.*

Le informazioni fornite dall'alfiere dei Gioviani al re persiano Shahpur (*Sapor*, latinizzato), con il preciso intento di provocare l'immediato attacco alle forze armate romane, in quel delicato momento di transizione da un Augusto all'altro, erano costituite dall'enorme vantaggio, per il re persiano, della impreveduta scomparsa di un valoroso e temuto imperatore, qual era Giuliano, e della contestuale sostituzione di quest'ultimo con un nuovo imperatore incapace e fiacco (*inertem quendam et mollem*). Sta proprio in ciò il senso dell'incisiva espressione *'umbra imperii'*. Da quel momento l'impero e l'esercito di Roma rimasero sostanzialmente senza una effettiva ed autorevole guida politica e militare, perché Gioviano ebbe soltanto la parvenza (*umbra*), ma non anche la sostanza di un autentico ed autorevole imperatore, come attestano, in particolare, gli eventi successivi, culminati nell'accettazione delle disastrose e indecorose condizioni di pace imposte dallo stesso Shahpur. Molto severo è, in proposito, il giudizio formulato da Ammiano sull'operato di Gioviano, in considerazione del fatto che mai, dalla fondazione di Roma, né da un imperatore, né da un console fu ceduta al nemico parte delle terre romane (25.9.9). Secondo lo storico antiocheno, Gioviano, sotto il pretesto di evitare uno spergiuro, commise una scelleratezza indegna di un imperatore, consegnando al nemico la città di Nisibi che già al tempo di Mitridate aveva resistito con tutte le forze per impedire l'occupazione dell'Oriente da parte dei Persiani: *indignum imperio facinus amictu periurii fugiendi, commisit, Nisibi prodita, quae iam inde a Mithridatici regni temporibus, ne Oriens a Persis occuparetur, viribus restitit maximis* (25.9.8). Il giudizio fortemente critico, ma al tempo stesso pregno di umana compassione, formulato dallo storico sull'operato di Gioviano, il quale non si era mai distinto, nel corso della sua vita, nell'ambito delle attività politico-militari (*nullis ante actae vitae insignibus in huius modi negotii cognitum*), culmina nella meritoria accusa, rivolta alla Fortuna, di avere consegnato ad un giovane immaturo le redini dell'impero, strappandole di mano ad una esperta guida:

R. G. 25.9.7 *Tu hoc loco – Fortuna orbis Romani – merito incusaris, quae, diffillantibus procillis rem publicam, excussa regimenta perito rei gerendae ductori, consummando iuveni porrexisti, quem nullis ante actae vitae insignibus in huius modi negotiis cognitum, nec vituperari est aequum, nec laudari.*

10. RIFLESSIONI CONCLUSIVE: IL PROCEDIMENTO ‘*DE IMPERATORE CREANDO*’ (25.3.30) FRA ‘*IMPERIUM ORDINARIO IURE CONCESSUM*’ ED ESIGENZA DI ‘*BONUM REPERIRI RECTOREM*’.

Muovendo dal brano 30.10.1-6 delle *Res gestae* di Ammiano Marcellino (§§ 1-3), nel corso dell’indagine condotta con specifico riguardo alle vicende relative alle modalità d’investitura degli Augusti nel periodo compreso fra Giuliano e Valentiniano II (§ 4), nonché al lessico e alle connesse argomentazioni politico-costituzionali di Ammiano (§§ 5-9), mi è sembrato possibile prospettare le seguenti conclusioni.

Dall’*excursus* sulla casistica in tema d’investitura augustea ho ritenuto di potere desumere due complementari conclusioni: a) la centralità e l’essenzialità del ruolo dell’esercito nell’ambito del procedimento ‘*de imperatore creando*’; b) l’individuazione degli elementi costitutivi del procedimento nella designazione di un nuovo Augusto da parte dell’Augusto in carica o di esponenti della gerarchia militare e/o civile; nella sottoposizione del nome del designato all’assemblea militare, configurata da Ammiano ‘*comitiorum specie*’; nella proclamazione (*declaratio*) del designato da parte dell’esercito; nell’acclamazione del proclamato con l’appellativo ‘Augusto’ e con molte lodi (*nuncupatio*); nella *adlocutio* rivolta dall’acclamato all’esercito.

Dall’esame del lessico e delle connesse argomentazioni politico-costituzionali di Ammiano, volti ad inquadrare, se non addirittura a pilotare, la prassi istituzionale del suo tempo, inserendola nel solco della risalente tradizione istituzionale romana, mi è sembrato di potere desumere una terza conclusione. Secondo Ammiano è principe legittimo colui che riceve e gestisce il potere inerente alla carica augustea in conformità rispettivamente alla prassi rituale dell’investitura (per l’assunzione del potere) e alle *leges*, intese nell’ampia accezione politico-ideologica di ‘*fundamenta et retinacula libertatis*’, sia individuale che collettiva, funzionalmente ancorate al principio dell’*aequitas* e al connesso valore legittimante del giusto e dell’ingiusto (per l’esercizio del potere).

Ad integrazione di queste tre conclusioni, già evidenziate rispettivamente in calce al § 4 (le prime due) e nel contesto del discorso svolto nel § 5 (la terza), mi sembra possibile ed opportuno richiamare l’attenzione su altre tre conclusioni che ritengo di potere desumere dall’intero *iter* argomentativo svolto in tema di attribuzione e di autoassunzione della carica augustea, nonché di inidoneità politico-militare del soggetto investito del supremo potere imperiale.

Per quanto attiene all’attribuzione, i dati emersi dalla presente ricerca provano, a mio avviso, che il procedimento ‘*de imperatore creando*’ [espressione, questa, attribuita da Ammiano a Giuliano, nell’atto di rivolgersi, negli ultimi istanti della sua vita, a quanti gli stavano attorno ‘*demissos et tristes*’ (25.3.20)] non rispondeva ad un criterio unitario e costante,⁹² ma si articolava in moduli variegati, riconducibili tutti a due distinte tipologie: a) il conferimento, ad opera dell’esercito, dell’*imperium* e del titolo di Augusto ad un soggetto designato dall’Augusto in carica (è il caso dell’investitura di Graziano e, con qualche variante, di Valente): è esattamente questa la tipologia etichettata da Ammiano con la locuzione ‘*ordinario iure*’ (§ 8); b) il conferimento dello stesso potere e dello stesso titolo, in presenza di particolari situazioni [mancanza di un Augusto in carica: caso Valentiniano I]; emer-

⁹² La difficoltà di individuare un «criterio di base» è stata già sottolineata da M. NAVARRA, *Introduzione* cit., 29 s., secondo la quale sarebbe possibile cogliere soltanto delle «linee di tendenza, al fondo delle quali si può intravedere la ricerca di un criterio di giuridicità degli eventi descritti, non scevra, peraltro, dall’influenza delle idee e delle propensioni personali dell’autore o del suo ambiente» (p. 30).

genze politico-militari (casi Giuliano, Gioviano, Valentiniano II)] ad un soggetto designato dai vertici militari e/o civili (caso Valentiniano II) o proclamato direttamente e autonomamente dai militari (casi Giuliano e Gioviano).

L'autoassunzione del potere e del titolo di Augusto esorbita, ovviamente, del tutto dallo schema del conferimento e rientra nella fattispecie dell'usurpazione (§ 9), nella misura in cui costituisce il risultato o di una autoproclamazione, rafforzata dall'assenso di gruppi di militari (caso Silvano), o di manovre corruttive volte ad acquisire l'appoggio dei militari, seguite dall'autoproclamazione e dall'acclamazione delle truppe (caso Procopio).

L'inidoneità politico-militare del soggetto proclamato imperatore ed acclamato Augusto, tecnicamente espressa da Ammiano con la locuzione '*umbra imperii*' (§ 9), attiene invece non già alla irregolarità dell'investitura, bensì alla irregolarità o, per meglio dire, alla funzionalità del suo esercizio (caso Gioviano). Secondo Ammiano, infatti, Gioviano avrebbe avuto soltanto la parvenza (*umbra*), ma non anche la sostanza di un autentico e autorevole Augusto, come è possibile desumere dal fatto che lo storico antiocheno considera fondata l'accusa rivolta alla Fortuna di avere strappato di mano le redini ad una esperta guida (Giuliano), consegnandole ad un giovane immaturo, che non si era mai distinto in campo politico-militare. La critica ammianea, incentrata sull'imaturità del giovane Gioviano potrebbe apparire, a prima vista, in palese contrasto con l'investitura del piccolo Valentiniano II, di soli 4 anni (*quadrimus*: R. G. 30.10.4, cfr. § 2), sulla quale Ammiano non avanza critiche di alcun genere, ancorché il piccolo Valentiniano, in quanto tale, dovrebbero essere qualificato, a maggior ragione, una mera '*umbra imperii*'. Il contrasto è, però, soltanto apparente, perché l'investitura di Valentiniano II – come ho già precisato (§ 2) – rispose esclusivamente alla necessità di circoscrivere, in quella delicata contingenza, la successione di Valentiniano I in ambito dinastico; in concreto, però, la parte occidentale dell'impero venne amministrata, in nome e per conto di Valentiniano II e del suo *adulescens* fratello Graziano, dai quadri dirigenti delle forze armate (cfr. § 2 e nt. 5).

In definitiva, il procedimento '*de imperatore creando*' oscilla, nella casistica istituzionale del IV secolo d.C. e nelle connesse considerazioni politico-costituzionali di Ammiano – fermo restando il ruolo centrale e insostituibile dell'esercito, operante '*comitiorum specie*' –, fra un modulo ordinario, caratterizzato dalla designazione di un nuovo Augusto da parte dell'Augusto in carica, ad un modulo, per così dire, straordinario, caratterizzato, in presenza di situazioni di emergenza e in conformità al pragmatismo romano, dall'esigenza di '*bonum reperiri rectorem*', sull'*exemplum* di Ottaviano Augusto, riproposto e fatto proprio da Giuliano (R. G. 25.3.20).

ALESSANDRO CUSMÀ PICCIONE
(Università di Messina)

Due *obiter dicta* giustiniane su
‘αἱρετικός’ e ‘αἵρεσις’ in C. 1.5.12.4 e 1.5.18.4

ABSTRACT

The research deals with the notions of heretics and heresy reported between brackets in C. 1.5.12.4 and 1.5.18.4 respectively. According to a fairly consolidated doctrinal reconstruction, they would lead in the Justinian age a new and more side concept of *haereticus* and *haeresia*, inclusive also of those persons professing a faith different from the Christian one and therefore of the *infideles tout court*. However, these definitions raise a number of issues, first of all in relation to the same laws that contain them and then also to the legal materials present in other titles. From the point of view of content, already in the past the Justinian paternity of these two definitions had been questioned, but the knot about their presence in those measures remained unsolved. Our investigation, moving from the events that led to the restitution of the current Greek text of the two *leges* in question – reconstructed indirectly by P. Krüger on the basis respectively of the testimonies of the *Codex Parisinus Coislinianus* gr. 151 and of the *Nomocanon XIV Titulorum* –, tries to move back to the possible origin of the definition of *haereticus* of C. 1.5.12.4 in particular, inferring its extraneousness from the content of the *constitutio* present in the *Codex r.p.*; for this purpose, the Author uses a *scholium* that has been so far neglected.

PAROLE CHIAVE

Eretico (nozione di); eresia (nozione di); *Codex Parisinus Coislinianus* gr. 151; *Collectio Tripartita*; *Nomocanon XIV Titulorum*; Taleleo.

DUE *OBITER DICTA* GIUSTINIANEI SU 'ΑΙΠΕΤΙΚΟΣ' E 'ΑΙΠΕΣΙΣ' IN C. 1.5.12.4 E 1.5.18.4

1. La nostra indagine ha ad oggetto le nozioni di eretico e di eresia così come delineate in due enunciati legislativi dell'età di Giustiniano. Prendiamo, anzitutto, a considerare – sulle ragioni ci ripromettiamo di gettare piena luce al momento opportuno – un'estesa costituzione risalente all'anno 527 d.C.,¹ che oggi ritroviamo codificata in C. 1.5.12. Si tratta di una delle poche leggi – sono appena otto in tutto² – introdotte da Giustino e da Giustiniano coreggenti.³ Trascriviamone allora, subito qui appresso, il segmento d'inizio del *caput* quarto, quello più direttamente coinvolto dalla breve disamina che ci proponiamo di avviare in queste pagine:

C. 1.5.12.4 Ἐπὶ δὲ τοῖς ἄλλοις αἰρετικοῖς, ὁποίας ἂν ᾧσί ποτε πλάνης ἢ προσηγορίας (αἰρετικὸν γὰρ πάντα καλοῦμεν, ὅστις μὴ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας καὶ τῆς ὀρθοδόξου καὶ ἁγίας ἡμῶν ὑπάρχει πίστεως), ἀλλὰ μὴν καὶ τοῖς τὴν πολυθείαν πειρωμένοις εἰσάγειν Ἑλλησι καὶ ἔτι τοῖς Ἰουδαίοις καὶ τοῖς Σαμαρείταις ...⁴

¹ La si può inscrivere, più precisamente, all'interno dell'arco temporale che va dal 4 aprile all'1 agosto di quell'anno: cfr., recentemente, T.C. LOUNGHIS, B. BLYSIDOU, ST. LAMPAKES (bearbeitet von), *Regesten der Kaiserurkunden des oströmischen Reiches von 476 bis 565*, Nicosie 2005, 146 s.

² Cfr. P. KRÜGER (recensuit), *Codex Iustinianus*, Berolini 1877, *46.

³ La *inscriptio* e la *subscriptio* sono, per il vero, perdute; la riconduzione della legge al periodo della coreggenza di zio e nipote si ottiene, comunque, grazie al successivo richiamo operato da Giustiniano stesso, nel contesto di C. 1.5.18 (§ 4, sulla quale vd., *max, supra* nel testo), ad un νόμος ἡδὴ τεθε[ις] ... παρὰ τε ἡμῶν καὶ τοῦ τῆς θείας λήξεως πατρὸς ἡμῶν, che altrimenti non può intendere che la nostra disposizione. È singolare, peraltro, il fatto che il provvedimento sia invece ascrivito al solo Giustino in Nov. 109 praef. del 541 d.C. ('*de privilegiis dotis haereticis mulieribus non prestandis*'), avvalendosi di una formula ('... καὶ Ἰουστίνος ὁ τῆς θείας λήξεως ἡμῶν πατὴρ ἐν ταῖς ἑαυτῶν διατάξεσι ...') pressoché identica a quella appena riferita, ripresa altresì invariata da Bas. 1.1.51 (BT 9/4-5 = Bas. 1.1.55 in Hb. I, 30). Impossibile, allo stato, pronunciarsi circa il destinatario di C. 1.5.12: P. KRÜGER (recensuit), *Codex Iustinianus* cit., 79 (*in apparatu*), segnala che nell'edizione del 1530 di G. HALOANDER (noi abbiamo potuto consultare quella stampata a Parigi nel 1548), appena dopo la *subscriptio* della *constitutio* nr. 11 (h. t.), l'umanista tedesco annotava «Imp. Iustinianus A. Demostheni p.p. Constitutio Graeca» (*op. ult. cit.*, 31); il che condurrebbe ad una formulazione di tale tenore: Δημοσθένει ἐπάρχῳ πραιτωρίῳ. Tuttavia, sia la indicazione del semplice nome di Giustiniano (con l'omissione, dunque, di quello di Giustino), sia la circostanza che la costituzione trascritta immediatamente di seguito è quella con l'*incipit* 'Cognovimus multos esse orthodoxos liberos ...' (ovvero C. 1.5.19) lascerebbero del tutto aperta la possibilità che le parole di Haloander, poco sopra trascritte, vadano riferite a questa ultima legge, a sua volta priva di *inscriptio*, anziché a C. 1.5.12.

⁴ Tr. lat. [ex P. KRÜGER (recognovit), *Codex Iustinianus*, Berolini 1906 (dove attingiamo anche tutte le rese in lingua latina che di qui in avanti ci capiterà di trascrivere), ad h. l.]: *De reliquis autem haereticis*,

Dopo aver disposto nei *capita* antecedenti intorno alla sorte dei Manichei,⁵ l'estensore dell'editto s'interessava a questo punto 'τοῖς ἄλλοις αἵρετικοῖς' (quali che ne fossero *error* o *nomen*), senza tralasciare *pagani*, *Iudaei* e *Samaritae*, per legare ad un identico filo vecchie e nuove misure afflittive impartite contro di essi.⁶ Il risvolto del discorso che sollecita, come presto si capirà, qualche riflessione non sta, tuttavia, nella disposizione in sé; bensì, nella enunciazione parentetica ('αἵρετικὸν ... πίστεως'), la quale dovrebbe servire da premessa di questa come delle altre norme dettate dalla *constitutio* – emanata, stando al suo *explicit*,⁷ 'περὶ τῆς ὀρθοδόξου πίστεως' –, avendo la funzione di definire, con effetti interni al diritto, la condizione di eretico.

Tale definizione non è, invero, la sola che s'incontra, a questo riguardo e per codesti tempi, nel *Codex r.p.* Poco oltre in questo stesso titolo quinto ('*de haereticis et Manichaeis et Samaritis*') i compilatori hanno selezionato un altro testo legislativo proveniente dalla cancelleria costantinopolitana, rimasto senza data (a causa della perdita di *inscriptio*⁸ e *subscriptio*), ma certamente posteriore al precedente,⁹ nel quale è serbata memoria di una incidentale similare, per forma e contenuto, a quella poc'anzi riferita, ancorché volta ad esprimere il significato della (diversa, ma contigua) voce αἵρεσις:

cuiuscumque erroris vel nominis sunt (haereticum enim vocamus, quicumque non est addictus catholicae ecclesiae et orthodoxae sanctaeque fidei nostrae), quin etiam de paganis, qui plurium deorum cultum introducere temptant, et de Iudaeis et Samaritis ...

⁵ Intimandone, in particolare in C. 1.5.12.3, l'allontanamento ('ἀπελάνεσθαι') e la soggezione alla punizione capitale ('ταῖς εἰς ἔσχάτον τιμωρίαις ὑπάγεσθαι'). Per le linee generali, in relazione all'età giustiniana, rinviamo a V.M. MINALE, *Diritto bizantino ed eresia manichea. Storia di un'ossessione*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, part. 356 nt. 15; adde pure, più di recente, J.A. BUENO DELGADO, *La legislación religiosa en la compilación justiniana*, Madrid 2015, 357 ss.

⁶ '... οὐκ ἀνακτήσασθαι μόνον τὰ τῶν ἤδη κειμένων νόμων συνείδομεν καὶ ποιῆσαι τῷ νῦν τοῦτῳ νόμῳ βεβαιότερα, ἀλλὰ διορίσασθαι καὶ πλείω' (ex C. 1.5.12.4). Per un quadro delle disposizioni richiamate, cfr. S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II. La legislazione imperiale da Giustiniano I a Giustino II*, II. *Problemi di diritto privato e di legislazione e politica religiosa*, Milano 1991, 251 nt. 37; per una rapida informazione circa il contenuto di C. 1.5.12, cfr. A.M. RABELLO, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani. Alla luce delle fonti storico-letterarie, ecclesiastiche e giuridiche*, II, Milano 1988, 720 ss.

⁷ Vd. C. 1.5.12.22.

⁸ L'*inscriptio* è restituita da P. KRÜGER come 'Ο αὐτὸς βασιλεύς' (i.e., Ἰουστινιανός), muovendo da quelle delle *constitutiones* viciniore (C. 1.5.17 e 19). Pure in questo caso, resta ignoto il destinatario.

⁹ Ad una datazione si può, tuttavia, tentare di pervenire *indirecta via*: anzitutto, com'è evidente, il posizionamento della legge *de qua* immediatamente prima di C. 1.5.19, collocabile sul finire dell'anno 529 d.C. [cfr. P. KRÜGER (recensuit), *Codex cit.*, *47], ci procura un sicuro *dies ante quem*; per quanto attiene viceversa al *dies post quem*, possiamo considerare altrettanto fermo quello della primavera/estate del 527, periodo al quale abbiamo *supra* riportato le disposizioni contenute in C. 1.5.12 (vd. *retro* nt. 1), a cui il *caput* quarto di C. 1.5.18 esplicitamente allude. Alcune testimonianze coeve e di tipo cronografico [quali Mal., *Chron.* 18.42 e 18.47, risp. in I. THURN (recensuit), *Ioannis Malalae Chronographia*, Berolini et Novi Eboraci 2000, 377/20-24 e 379/65-72; Theoph., *Chron. ad A.M.* 6022, in C. DE BOOR (recensuit), *Theophanis Chronographia*, I, Lipsiae 1883, 180/11-13; Cedren., *Hist. compend.* 402.3, in L. TARTAGLIA (edizione critica a cura di), *Georgii Cedreni Historiarum Compendium*, II, Roma 2016, 626/29-32; Anast. Biblioth., *Chron. trip.*, in C. DE BOOR (recensuit), *Theophanis Chronographia*, II, Lipsiae 1885, 134/18-20; si vd., altresì, Procop., *Anecd.* 11.31-32, in J. HAURY (edidit), *Procopius*, III. *Historia arcana*, Lipsiae 1963, 75], sospingerebbero per la datazione più bassa al 529 [così reputano, «mit großer Sicherheit», pure T.C. LOUNGHIS, B. BLYSIDOU, ST. LAMPAKES (bearbeitet von), *Regesten der Kaiserurkunden cit.*, 170 s., «da das Gesetz auch die Heiden umfaßt»].

C. 1.5.18.4 Ἐπὶ δὲ ταῖς ἄλλαις ἀπάσαις αἵρέσεσιν (αἵρέσεις δὲ καλοῦμεν τὰς παρὰ τὴν καθολικὴν καὶ ἀποστολικὴν ἐκκλησίαν καὶ τὴν ὀρθόδοξον πίστιν φρονούσας τε καὶ θρησκευούσας) τὸν ἤδη τεθέντα νόμον παρὰ τε ἡμῶν καὶ τοῦ τῆς θείας λήξεως πατρός ἡμῶν κρατεῖν βουλόμεθα, ἐν ᾧ οὐ μόνον περὶ αὐτῶν, ἀλλὰ καὶ Σαμαρειτῶν καὶ Ἑλλήνων τὰ προσήκοντα διατέτακται [...].¹⁰

Anche questa volta, l'enunciato, dal terso respiro epagogico, circa la nozione astratta di eresia assolve, nell'intelaiatura complessiva della legge, ad un compito di disambiguazione, concorrendo a chiarire, a beneficio di sudditi, ἀρχαί¹¹ ed ἐπίσκοποι¹² incaricati di vigilare sulla sua applicazione, i soggetti coinvolti dal pronunciamento della Corte. Una *liaison* esplicita, perché frutto del richiamo operato immediatamente dopo la parentesi definitoria ('τὸν ἤδη ... πατρός ἡμῶν'), lega questa *constitutio* a quella custodita in C. 1.5.12, da noi citata in apertura; così come correlati appaiono, già ad una prima lettura, i veduti tentativi di delimitare il significato legale dei termini 'αἰρετικός' ed 'αἵρεσις'.

Ebbene, tanto l'una che l'altra definizione, la cui paternità spetterebbe a Giustiniano (ma in condominio con lo zio, la prima),¹³ sollevano, a ben vedere, una serie di questioni.

2. Anzitutto, se così possiamo esprimerci, dal punto di vista della topografia: entrambe le definizioni paiono giungere in ritardo nello svolgimento della trama dispositiva.

Nella costituzione del 527 d.C., la dichiarazione che 'αἰρετικὸν ... πάντα καλοῦμεν, ὅστις μὴ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας [et rell.]' fa la sua comparsa dopo che l'aggettivo con funzione sostantivata è già stato utilizzato due volte: la prima nel *principium* (dove proprio le parole 'Τοὺς αἰρετικούς ἡμεῖς ...' aprono la via al discorso), che ricorda, per contrasto con la severità dell'attuale iniziativa legislativa,¹⁴ la pregressa καρτερία (*patientia*) mostrata dall'Imperatore verso gli eretici; l'altra nel secondo *caput*, il cui esordio – 'Αἰρετικούς δὲ καλοῦμεν ...' – quasi parrebbe esperire (anch'esso) un tentativo di definire i confini della categoria degli eretici, se non fosse che esso resta di fatto abortito, a causa sia del vago riferimento a dei 'τοὺς ἄλλους' (*reliquos* – rispetto a chi?, verrebbe da domandare – *omnes*)¹⁵

¹⁰ Tr. lat.: *In reliquis haeresibus cunctis (haereses autem vocamus, quae aliter sentiunt et venerantur atque catholica et apostolica ecclesia et orthodoxa fides) legem olim et a nobis et a divinae memoriae patre nostro latam vultus volumus, in qua non solum de iis, sed etiam de Samaritis et paganis quae oportuit constituta sunt [...]*.

¹¹ Vd. C. 1.5.18.10.

¹² Vd. C. 1.5.18.12-13.

¹³ L'iniziativa è comunque attribuita prevalentemente a Giustiniano, più sensibile del *conlega* alle questioni a sfondo religioso: cfr., in questo senso, A.A. VASILIEV, *Justin the First. An Introduction to the Epoch of Justinian the Great*, Cambridge-Massachusetts 1950, 242, là dove l'A. scrive che «undoubtedly the leading part in this decision and in the writing of the edict itself belongs to Justinian». Per questo motivo, è a Giustiniano che anche noi faremo soprattutto riferimento, nel seguito della trattazione, allorchando ci rapporteremo alla *sententia* contenuta in C. 1.5.12.4. Per le direttive di fondo dell'azione politica di Giustiniano in questo campo, è sempre utile il breve commento di M. SIMONETTI, *La politica religiosa di Giustiniano*, in G.G. ARCHI (a cura di), *Il mondo del diritto nell'epoca giustiniana. Caratteri e problematiche* (Atti del Convegno Internazionale – Ravenna 1983), Ravenna 1985, 91 ss., spec. 99 ss.

¹⁴ Proprio evocando la quale, difatti, il provvedimento giunge al termine (vd. C. 1.5.12.22): ... ὅπως καὶ μετὰ πλείονος, εἰ δέοι, σφοδρότητος τοῖς ῥαθυμοῦσι τῶν περὶ τῆς ὀρθοδόξου πίστεως διορισθέντων ἐπεξερχόμεθα (... *quo et maiore, si opus sit, severitate temeratores eorum quae de orthodoxa fide definita sunt persequamur*).

¹⁵ Ha ragione A. BERGER, *La concezione di eretico nelle fonti giustiniane*, in *Rendiconti dell'Accademia Nazionale dei Lincei. Classe di Scienze morali, storiche e filologiche* 10 (ser. VIII), 1955, 356: la corretta

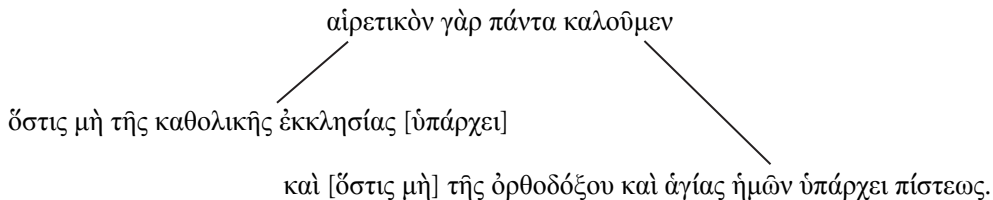
sia della citazione *ex professo* di una (ed una soltanto) precisa fazione di eterodossi, quella dei ‘καταράτους Μανιχαίους καὶ τοὺς τούτοις παραπλησίους’ (*exsecrabiles Manichaeos quique his similes sunt*), che ne rappresentano l’esito immediato.

Non diversamente si verifica nell’altra disposizione. Di αἱρέσεις C. 1.5.18 già parla nel *caput* 1, lamentandosi della circostanza che molti ne sono sviati (‘πλανωμένους’) e caldeggiando il progetto d’indurli ad accettare ed a professare ‘τὴν ἀληθῆ ... τῶν Χριστιανῶν πίστιν’: una fede della quale nel preambolo della legge sono fissati i cardini. Quasi superfluo osservare come, di seguito ad una tale introduzione a contenuto teologico – e dunque in capo a C. 1.5.18.1 –, una definizione di eresia sarebbe calzata a pennello. Così come essa poteva suonare opportuna nella cornice del *caput* successivo (*scil.*, in C. 1.5.18.2), là dove è aperta una distinzione tra le ‘ἄλλαι αἱρέσεις’ (nuovamente prive di altre indicazioni) e gli ‘ἀνόσιοι Μανιχαῖοι’ (*impii Manichaei*), senza spiegare cosa di preciso s’intenda con le prime; o, al limite, nel *caput* 3, mentre si estendono le previsioni, altrove dettate in riferimento alla situazione dei *Samaritae*, ad alcune nominate categorie di eretici (Montanisti, Tascodrugi, Ofiti).

Oltre che intempestive, le definizioni di C. 1.5.12.4 e 1.5.18.4 hanno, poi, in comune un’altra caratteristica, quella di atteggiarsi come un corpo separato rispetto al contesto che le comprende. Esse non sono, in altri termini, adeguatamente rifuse all’interno del discorso – nè da esso, verrebbe da aggiungere, danno l’idea di essere direttamente reclamate –, mantenendosi come al margine, alla stregua di un *quid pluris* riportato (non per caso) tra parentesi, l’unico *trait d’union* parendo essere dettato dall’associazione di parole: ‘Ἐπὶ δὲ τοῖς ἄλλοις αἱρετικοῖς ... αἱρετικὸν γὰρ ...’ – si legge in C. 1.5.12.4; ed ‘Ἐπὶ δὲ ταῖς ἄλλαις ἀπάσαις αἱρέσεσιν ... αἱρέσεις δὲ ...’ – nel caso invece di C. 1.5.18.4. Le abbiamo qui (ri)trascritte per esteso, perché se ne apprezzi, sino in fondo, la reciproca corrispondenza, la quale, come si vede, non è limitata alla ubicazione in un analogo punto delle due costituzioni (*scil.*, nel *caput* 4), bensì concerne altresì le modalità d’attacco della frase che rispettivamente le introduce.

3. Ed ancora esse si rivelano ad un certo qual modo sorprendenti in conseguenza del loro intrinseco contenuto.

Consideriamo più da vicino, per cominciare, la definizione di αἱρετικός di C. 1.5.12.4 e proviamo a disgregarla, per porne in evidenza la duplice articolazione:



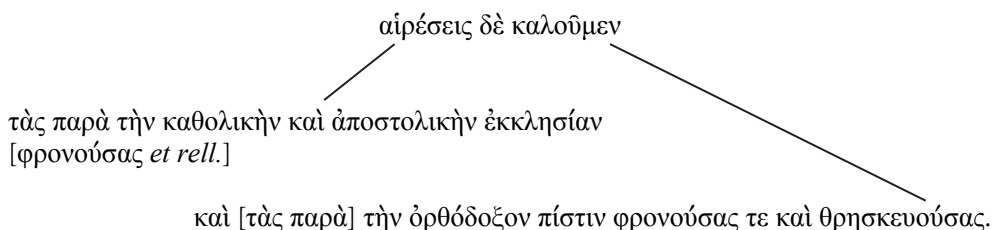
Due, infatti, sono, stando alla lettera, gli schemi soggettivi che il legislatore di lingua greca considera ed inquadra dentro la *προσηγορία* (*lato sensu*)¹⁶ di eretici: a) chi non aderì-

intelligibilità di formule come questa – ‘gli altri (eretici)’ – sarebbe risultata possibile solo a condizione che essa fosse accompagnata da un’univoca direttiva circa quali categorie di persone includere all’interno della cerchia degli eretici c.d. «innominati».

¹⁶ A questo sostantivo è fatto ricorso per ben tre volte nella costituzione (C. 1.5.12 pr., 3 e 4). Si badi, tuttavia, che esso rimanda ogni volta al *nomen* proprio di un dato gruppo d’eretici (come nel *principium*: Τοὺς αἱρετικούς ἡμεῖς μὲν διὰ τοῦτο ... προσηγορίαν ἔχειν ἰδίαν συνεχωρήσαμεν ...; nel *caput* 3: ...

sce alla καθολικὴ ἐκκλησία; b) chi non soggiace alla ortodossa e santa πίστις degli Imperatori. Come se si volesse optare per un criterio d’individuazione che fosse il più largo possibile, la nozione di eretico è pertanto declinata procedendo dall’ipotesi più generale – rappresentata dalla mancata appartenenza alla Chiesa cattolica – a quella particolare, che pare corrispondere alla pratica di una fede sì cristiana, giudicata tuttavia non ortodossa. *Rebus sic stantibus*, bisognerebbe di conseguenza ammettere che, nei disegni di chi ha elaborato la definizione, vi fosse un allargamento del concetto di eretico, il quale avrebbe potuto abbracciare, ove spinto alla sua massima dilatazione, altresì i non cristiani *tout court*.

Un’idea che non riesce arduo distinguere alla base anche dell’altra definizione, quella di eresia secondo C. 1.5.18.4, dove è possibile isolare una diramazione di situazioni alternative in tutto e per tutto simile a quella tracciabile in C. 1.5.12.4:



Ove la leggiamo in congiunzione con la definizione di eretico di cui in C. 1.5.12.4, ne ricaviamo l'impressione di trovarci qui davanti ad uno svolgimento della premessa là posta: chiamiamo ‘αἵρεσις’ – chiarisce il legislatore – quelle (dottrine) che cogitano e venerano non solo in maniera contraria (παρὰ) alla fede ortodossa, ma anche rispetto alla Chiesa cattolica ed apostolica; ed è evidente che, mercé la seconda proposizione, la relativa nozione ne esce di molto ampliata rispetto ai canoni tradizionali.

Giungiamo, in questo modo, al *punctum dolens*. La costruzione giuridica, improntata ad una potenziale espansione della categoria soggettiva degli eretici, che si trova riflessa in queste due formule del tempo di Giustiniano, male sembra comporsi infatti con un'altra previsione avente contenuto qualificatorio cui gli stessi giustiniane hanno dato accoglienza nel *Codex r.p.*, pressoché in principio del titolo ‘*de haereticis [et rell.]*’:

C. 1.5.2 Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. ad Hesperium pp. 1. *Haereticorum autem vocabulo continentur et latis adversus eos sanctionibus debent succumbere, qui vel levi argumento iudicio catholicae religionis et tramite detecti fuerint deviare.*

È il tratto terminale di un brano risultante dalla fusione di una *constitutio* emessa a *Mediolanum* nell'agosto del 379 d.C. (CTh. 16.5.5) con altre due più recenti (rispettivamente, del 394 e del 395 d.C.) di fattura invece orientale (CTh. 16.5.24 e 28).¹⁷ Le sue ambi-

τοὺς Μανιχαίους ... μηδὲ τὴν προσηγορίαν αὐτῶν ὑπομένειν ...; o, infine, nel *caput* 4: ... ὁποίας ἂν ᾧσὶ ποτε πλάνης ἢ προσηγορίας ...), mentre noi lo abbiamo qui acquisito al discorso in un senso più astratto.

¹⁷ Alterando i dati effettivi, alla legge, in questo modo composta, sono state attribuite dai giustiniane la *inscriptio* e la *subscriptio* appartenenti alla costituzione più risalente (i.e., CTh. 16.5.5), con la conseguenza, tra l'altro, di anticipare già al periodo degli imperatori Graziano, Valentiniano e Teodosio la spiegazione del *vocabulum haereticorum* in essa racchiusa. Per la finalità perseguita dai compilatori di salvare le parti aventi valore generale del contenuto normativo di tali leggi teodosiane, cfr. G.L. FALCHI, *La tradizione giustiniana del materiale teodosiano (C.Th. XVI)*, in SDHI 57, 1991, 98.

zioni definitorie,¹⁸ che travalicano la dimensione contingente della disciplina giuridica cui esso accede (al punto da essere stato mantenuto dai commissari di Giustiniano),¹⁹ sono manifeste sin dall'*incipit* ('*Haereticorum ... vocabulo continentur*'). Ebbene, nonostante una certa tortuosità da cui sono afflitte,²⁰ è indubitabile che tali parole sottintendano una qualifica di *haeretici* assai più ristretta di quella risultante dalle definizioni giustiniane su cui più sopra ci siamo soffermati: quelli che, '*vel levi argumento*', fossero scoperti a deviare ('*iudicio catholicae religionis et tramite*') non possono, invero, che essere cristiani e adusi ad una qualche *doctrina* eretica (una di quelle '*omnes vetitae legibus et divinis et imperialibus constitutionibus haereses*', destinate a *perpetuo conquiescere*, di cui si discute subito nel *principium* di C. 1.5.2);²¹ a chi cristiano non è – *ça va sans dire* – si può già deplorare (per eccheggiare le parole della legge) di *deviare per gravia argumenta*.

¹⁸ Rivelate altresì dall'impiego insistito in più parti del testo originale (evidente, soprattutto, nella versione che si legge nel Teodosiano di CTh. 16.5.5) dei termini '*nomen*', '*vocabulum*', '*appellare*': sul punto, cfr. A. SAGGIORO, *Nomen Christianum e nomina monstruosa. Paradigmi dell'identità nel Codice Teodosiano*, in *Lex et religio* (Atti del XL Incontro di Studiosi dell'Antichità cristiana – Roma 2012), Roma 2013, 353.

¹⁹ Ne riferiamo qui di seguito tutto il *principium*, affinché si abbia un quadro preciso del dettato della legge, ottenuta, per questa parte, dalla concatenazione di disposizioni impartite in precedenza dagli imperatori Graziano (CTh. 16.5.5) ed Arcadio (CTh. 16.5.24): *Omnes vetitae legibus et divinis et imperialibus constitutionibus haereses perpetuo conquiescant et nemo ulterius conetur quae reppererit profana praecepta vel docere vel discere: ne antistites eorundem audeant fidem insinuare, quam non habent, et ministros creare, quod non sunt: ne per conviventiam iudicantium omniumque, quibus per constitutiones paternas super hoc cura mandata est, eiusmodi audacia neglegatur et crescat*.

²⁰ I dubbi che ne rendono incerta la lettura sono più d'uno e noti *ab antiquo* (cfr., già, I. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum perpetuis commentariis*, VI, Lipsiae 1743, 161 ss.). Intanto, l'espressione '*vel levi argumento*' muta profondamente di senso a seconda che la si leghi a '*detecti fuerint*' oppure a '*deviare*': nel primo caso, essa equivarrebbe a *levis suspicio* o *indicium*, indicando la sufficienza anche solo di un piccolo principio di prova per potere dichiarare la deviazione dalla ortodossia e la responsabilità quali eretici; nel secondo, significherebbe che pure un superficiale discostamento dalla fede condivisa («deviare vel in levissimo articulo et propositione fidei», come scriveva I. GOTHOFREDUS, *op. ult. cit.*, 161) importa estraniamento dalla *religio catholica*. Tale ultima soluzione è quella maggiormente seguita (e, come ci si accorgerà continuando a leggere *supra* nel testo, è quella abbracciata anche da noi) ed è accettata nelle rese in lingua moderna che si sono via via prodotte del brano [se ne può vedere una rassegna in A. BERGER, *La concezione di eretico cit.*, 357 s. nt. 5; ad esse *adde*, successivamente, sempre nel medesimo senso, J. ROUGÉ, in R. DELMAIRE, F. RICHARD, J. ROUGÉ (introduction, notes et traduction par), *Les lois religieuses des Empereurs Romains de Constantin à Théodose II (312-438)*, I. *Code Théodosien XVI*, Paris 2005 (= SCH 497), 271, sia pure con riguardo alla identica formulazione di CTh. 16.5.28; J.F.H. BLUME, in B.W. FRIER (general editor), *The Codex Of Justinian. A New Annotated Translation with Parallel Latin and Greek Text*, I, Cambridge 2016, 189]. Il costruito '*levi argumento deviare*' avrebbe tuttavia avuto bisogno, ove inteso nella maniera adesso indicata, a rigore, della particella '*in*'; parimenti, la frase '*iudicio catholicae religionis et tramite deviare*' sarebbe risultata di più immediata decifrazione, ove preceduta dalla particella '*a*' (a *iudicio ... deviare*), così come del resto si può vedere in CTh. 16.10.13 pr. ('*Igitur universi, qui a catholicae religionis dogmate deviare contendunt ...*'), dello stesso anno e proveniente dalla stessa cancelleria di CTh. 16.5.28. Nella forma in cui invece ci è stata tramandata la definizione di Arcadio, e secondo l'esegesi oggi più diffusa, si ha che da un solo verbo (*deviare*) vengono fatti dipendere tre ablativi in rapida successione (*argumento, iudicio e tramite*) ed adibiti a funzioni differenti (vd. anche, *infra*, ciò che diremo alla nt. 24).

²¹ Non è senza valore che siffatta porzione della costituzione (si rammenti che l'apertura di C. 1.5.2 è derivata da CTh. 16.5.5) rappresenta la prima legge (a noi pervenuta, almeno) che abbia messo al bando, in linea generale, il dissenso ereticale e che essa risale a meno di un anno prima del noto editto di Teodosio I di Tessalonica (vd. CTh. 16.1.2 = C. 1.1.1): sul contenuto del provvedimento di Graziano, per gli opportuni approfondimenti circa lo sfondo storico, cfr., di recente, I. FARGNOLI, *Tra religione tradizionale e impulsi cristiani: il percorso normativo di un giovane Imperatore*, in AARC 18, Roma 2012, 90 ss.

Ora, la circostanza che la *sententia* portata in origine da CTh. 16.5.28 fosse uscita indenne dall’operazione di *restyling* concepita dai compilatori sulle tre leggi del *Codex Theodosianus*, venendo per di più riproposta senza la volontà di apporvi modificazioni, dimostra che essa continuasse ad essere sentita come attuale nel VI sec. d.C.

D’altra parte, che non fosse passata inosservata presso le elaborazioni dei giuristi grecofoni, e che anzi essi ne avessero registrato regolarmente l’importanza, risulta indirettamente dallo spazio dedicatole, ben superiore a quello che in effetti ci si attenderebbe. Si legga, infatti,

Bas. 1.1.18 (BT 3/21-23): αἱρετικὸς δὲ πᾶς ὃς καὶ μικρῷ ὑποδείγματι παρὰ τὸ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας δόγμα ἢ τῆς εὐθείας ἐφάνη τραπεῖς.²²

Se si guarda al passo dei Basilici nella sua interezza (andando oltre il breve escerto qui trascritto) ci si accorge che Taleleo oppure l’ignoto redattore di una *summa* recenziere – seguiamo in questo Zachariä von Lingenthal²³ –, pur abbreviando fortemente il contenuto precettivo della costituzione, decide di riprodurre, pressoché fedelmente,²⁴ il periodo conclusivo, con la definizione che abbiamo visto. E la stessa scelta compie la mano rimasta adespota – ma con buona probabilità (anch’essa, se si esclude l’attribuzione a Taleleo della fonte dapprima esaminata) della generazione immediatamente successiva a quella degli ἀντικλήνωρες²⁵ – a cui si deve l’epitome della *lex* selezionata dal compilatore della *Collectio Tripartita* in I.5.2, che si può qui (addirittura) riprodurre senza omissioni, vista la sua estrema stringatezza

Οἱ αἱρετικοὶ μὴ διδασκέτωσαν ἢ ἐμφανίζετωσαν τὴν ἀπιστίαν αὐτῶν μήτε ποιείτωσαν κληρικούς. Αἱρετικὸς δέ ἐστι καὶ τοῖς κατὰ τῶν αἱρετικῶν ὑπόκειται νόμοις ὁ μικρὸν γοῦν ἐκκλίνων τῆς ὀρθοδόξου πίστεως,²⁶

e nella quale, come si vede, è lasciata intatta, pur dopo la corposa operazione di sfronamento patita dal testo latino, la sottolineatura che, per essere considerato ‘αἱρετικός’, basta anche soltanto ‘μικρὸν ἐκκλίνειν’ rispetto alla ‘ὀρθόδοξος πίστις’.

²² Così nella tr. lat. di Ferrini [cfr. E.C. FERRINI, J. MERCATI (ediderunt), *Basilicorum libri LX vol. VII Editionis Basilicorum Heimbachianae Supplementum alterum* (da qui in avanti, *brevius, Supplementum*, II), Lipsiae 1897, 174]: *Haereticus autem est quilibet qui vel levi argumento a iudicio catholicae ecclesiae vel tramite detectus fuerit deviare*.

²³ Cfr. K.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Beiträge zur Kritik und Restitution der Basiliken*, in *Mémoires de l’Académie Impériale des Sciences de St. Pétersbourg* 23, 1877, 7 (= *Kleine Schriften zur römischen und byzantinischen Rechtsgeschichte: Sammlung der in Zeitschriften und Serienwerken erschienenen selbständigen Abhandlungen; 1840-1894*, I, Leipzig 1973, 581, da cui, anche per il prosieguo, citiamo) per la risalenza del passo all’*Index* di Taleleo; tuttavia, lo stesso A. ha successivamente mutato avviso, ricollegandone la stesura ad una posteriore *Summa* di autore ignoto (cfr. *Von den griechischen Bearbeitungen des Codex*, in *ZSS* 8, 1887, 7 (= *Id.*, *Kleine Schriften* cit., II, 270); su questo punto, cfr. altresì N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du Code de Justinien*, ’s-Gravenhage 1953, 114 ss.

²⁴ Si noti, ad esempio, come egli si sforzi di mantenere, nel passaggio alla lingua greca, il costruito un poco involuto del ῥητόν (*scil.*, ‘iudicio catholicae religionis et tramite ... deviare’), nel quale paiono insistere, all’interno della stessa frase, un’ellissi, un’anastrofe ed uno zeugma, ricalcandolo anzi quasi alla lettera (variando soltanto il termine ‘religionis’ con ‘τῆς ἐκκλησίας’ e convertendo il soggetto della frase dal plurale originario al singolare).

²⁵ Cfr., *praecipue*, N. VAN DER WAL, B.H. STOLTE (edited by), *Collectio Tripartita. Justinian on religious and ecclesiastical affairs*, Groningen 1994, xxiii ss.

²⁶ Ex N. VAN DER WAL, B.H. STOLTE (edited by), *Collectio Tripartita* cit., 72/6-8.

4. Ma torniamo a C. 1.5.12.4 e 1.5.18.4, oggetto principale delle nostre attenzioni. Le definizioni che vi sono presenti, consegnate nei termini ampi che abbiamo visto, avrebbero una loro causa ed una spiegazione.

Con riguardo alla prima, s'è osservato in dottrina che alla radice vi sarebbe la tendenza della legislazione giustiniana, e forse già di quella sviluppatasi all'indomani della codificazione teodosiana, ma non rintracciabile tanto più indietro, a colpire i gruppi religiosi non cristiani con restrizioni e pene «assimilate a quelle che nel passato erano applicate soltanto agli eretici espressamente nominati».²⁷ Ed in effetti affermazioni come quella che si legge ad un certo punto in CTh. 16.5.65.3 (a. 428), replicata quasi alla lettera dai giustiniani in C. 1.5.5.1 – per cui *'cunctisque legibus, quae contra eos [scil., haereticos] ceterosque qui nostrae fidei refragantur olim latae sunt diversisque prolatae temporibus, semper viridi observantia valituris'* –, potrebbero certamente essere viste come un tassello ad un simile intendimento di politica religiosa.²⁸ Quei *'ceteri qui nostrae fidei refragantur'*, ai quali la *lex* giungeva dopo un'elencazione di più di una ventina (più di trenta, addirittura, nella nuova veste del *Codex r.p.*) di *nomina haereticorum*, rappresentavano con tutta evidenza una formula di chiusura, la quale, se nella *mens* di Teodosio II sottintendeva quasi certamente un riferimento pur sempre ad individui eretici in senso proprio,²⁹ avrebbe potuto in teoria essere viceversa sfruttata dai giustiniani per estendere il campo di applicazione delle norme *in origine* rivolte contro quelli; ciò *a fortiori*, ove si consideri che l'enunciazione in questione era stata inserita in una *constitutio* che aveva il proposito di ricapitolare non soltanto le *sectae* fuorilegge, ma anche, per appunto, i relativi regimi sanzionatori.³⁰ Da qui – viene aggiunto da questa dottrina –, vale a dire dall'uniformità del trattamento legale, breve sarebbe stato il passo per la riunione di tutti i non partecipi della religione cristiana sotto la denominazione di *haeretici*.³¹

Tale stato di cose, inoltre, avrebbe reso più che mai urgente – ed ecco la spiegazione di cui più sopra si diceva – la predisposizione da parte del legislatore imperiale di una definizione astratta alla cui luce distinguere chi fosse eretico – e dunque assoggettabile alle misure predisposte in ordine a tale *status* personale – da chi no.³² Sintagmi quali *ceteri haeretici*³³ o πάντοι τῶν αἱρετικῶν,³⁴ che si rinvencono non di rado nei testi normativi di questo periodo, sarebbero, in altre parole, rimasti indecifrabili se non si fosse provveduto a tracciare un *limes*: la risposta a codesto bisogno sarebbe venuta proprio con le definizioni ora in C. 1.5.12 e 1.5.18.

La presenza di entrambe nell'impianto codicistico avrebbe, inoltre, indotto delle ripercussioni sulla composizione in particolare dei *tituli* 1.5 (*'De haereticis et Manichaeis et Samaritis'*),

²⁷ Cfr. A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 355.

²⁸ Con tale valenza, infatti, essa è intesa da A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 364.

²⁹ Lo desumiamo, se non altro, dalla menzione nuovamente di *haereticorum ecclesiae* che si trova subito a seguire nello stesso *caput* quarto della legge; ed inoltre dalle circostanze della sua promulgazione, sulle quali cfr., per tutti, L. DE GIOVANNI, *Il libro XVI del Codice Teodosiano. Alle origini della codificazione in tema di rapporti Chiesa-Stato*², Napoli 1985, 148 ss.; G. BARONE ADESI, *Eresie «sociali» ed inquisizione teodosiana*, in AARC 6, Perugia 1986, 119 ss., in part. 158 ss.

³⁰ Da ultimo, cfr., per un prospetto relativo ad essi, M. FIORENTINI, *Il giurista e l'eretico. Critica delle fonti e irenismo religioso nella prima età moderna*, Ariccia 2016, 124 ss.

³¹ Cfr. A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 365.

³² Cfr., ancora, A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 356.

³³ Vd. C. 1.5.19.4 (a. 529).

³⁴ Vd. C. 1.5.20.3 pr. (a. 530).

1.9 (*‘De Iudaeis et Caelicolis’*), 1.10 (*‘Ne Christianum mancipium haereticus vel paganus vel Iudaeus habeat vel possideat vel circumcidat’*) ed 1.11 (*‘De paganis sacrificiis et templis’*) del *Codex r.p.*, che, per causa loro, conterrebbero materiali non sempre coerenti con le rispettive rubriche ed apparirebbero, soprattutto ove rapportati ai corrispondenti *loci* del Teodosiano, malamente organizzati.³⁵ Le dette discrepanze – si sostiene da parte di tale dottrina³⁶ – assumerebbero dei contorni più definiti se si partisse dalla prospettiva che una *divisio* rigida tra individui professanti *doctrinae* cristiane di contenuto eretico ed *infideles proprio sensu* fosse ormai venuta meno, non solo *quoad poenam*, ma pure dal versante delle costruzioni concettuali.

Ebbene, eccezion fatta per un’isolata voce di dissenso (della quale diremo di più nel prossimo paragrafo), i surriferiti argomenti, addotti da Adolf Berger alla metà del secolo scorso, hanno fatto presa sugli interpreti e l’ingresso nell’ordinamento, per mano di Giustiniano e mercé le due *sententiae* di C. 1.5.12.4 e 1.5.18.4, di un’accezione sostanzialmente aperta per i termini *haereticus* ed *haeresis* può dirsi, oggi, un’*opinio recepta*.³⁷ L’impressione che ci siamo, tuttavia, venuti formando, allorché una indagine dedicata a profili diversi ma in qualche misura connessi ci ha posti a contatto con la fenomenologia del dissenso di matrice ereticale nel diritto giustiniano, è che la costruzione che abbiamo poco sopra sommariamente tratteggiato si regga su alcune forzature e presti il fianco ad un *vulnus* di fondo capace di scuotere il discorso a *fundamentis*.

Iniziamo dalle prime. Un punto al quale ci pare, ad esempio, che non sia stata prestata sufficiente attenzione attiene al valore del verbo ‘καλοῦμεν’, che regge entrambe le definizioni giustiniane: messo in bocca al detentore dell’*Imperium*, esso acquista, a differenza di altri contesti,³⁸ una forza costitutiva, con l’effetto di creare una situazione giuridica nuova. Ebbene, piegato a questo scopo, non lo si può certo dire un *modus exprimendi* solitamente adoperato dalla cancelleria di Giustiniano. A parte le *constitutiones* di cui ci stiamo qui occupando, esso ricorre, con la stessa forma del *pluralis maiestatis*, solo in un’altra occasione in tutto il Codice (precisamente, tre volte in C. 6.4.4 del 531 d.C.,³⁹ in tema di *ius patronatus*), ma è associato ad un significato del tutto distinto dal nostro, quello di *vocare ad hereditatem*. Pure l’equivalente espressione in lingua latina – ossia, ‘*appellamus*’ – è contrassegnata dalla stessa penuria di risultanze.⁴⁰ Il che dovrebbe suscitare qualche perplessità,

³⁵ Cfr., per i vari passaggi che sfociano nelle sopra riferite valutazioni, A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 353 ss. e 365 ss.

³⁶ Cfr., in particolare, A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 366.

³⁷ Tra quanti mostrano, più o meno incidentalmente, di dipendere da siffatta impostazione, cfr. G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I (9 luglio 518-1 agosto 527)*, in SDHI 37, 1971, 148 ss.; A.M. RABELLO, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani*, II, cit., 720 ss., 726 s.; S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II*, II, cit., spec. 248 s. ed ivi nt. 30; V.M. MINALE, *Diritto bizantino ed eresia manichea* cit., 351 nt. 2 (dello stesso A., cfr. altresì *Diritto bizantino ed eresia manichea. Alcune riflessioni su sch. 3 ad Bas. 21.1.45*, in IAH 7, 2015, 129 s. nt. 4). Al di fuori della dottrina romanistica, cfr., *exempli gratia*, R. MACERATINI, *Ricerche sullo status giuridico dell’eretico nel diritto romano-cristiano e nel diritto canonico classico (da Graziano ad Uguccione)*, Padova 1994, 69 ss.

³⁸ Ci riferiamo a quei casi nei quali al verbo *de quo* si fa ricorso in funzione più che altro descrittiva, per avvertire cioè di un determinato uso linguistico convenzionalmente ammesso: come, per fare qualche esempio, senza volerli spostare dal Codice, in C. 1.3.55(57).1, a. 534 (‘καταλειμμένα, ὑπὲρ ἀνάλια καλοῦσιν οἱ νόμοι’); oppure in 10.30.4.4, a. 530 (‘ἃ γενικῶ ὀνόματι καλεῖται SOLLEMNIA’).

³⁹ Ci siamo avvalsi, per tale verifica, di R. MAYR, M. SAN NICOLÒ (ediderunt), *Vocabularium Codicis Iustiniani*, II. *Pars Graeca*, Praegae 1925 (rist. anast. Hildesheim 1986), 216.

⁴⁰ Come anche A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 361 nt. 2 riconosce, l’unico caso è rappresentato da C. 4.65.35.1 (a. 530, secondo Krüger), dove, analogamente alle nostre due costituzioni, il verbo è

soprattutto iniziare a farci sospettare, dato il carattere insolito della costruzione linguistica *de qua*, la possibilità di una diversa provenienza per questo verbo.

Così come il fatto che, a discapito della innovazione che essa avrebbe introdotto nel sistema, la *sententia* latrice dell'allargamento del concetto di eretico anche ai *non Christiani* pare essere contraddetta in seno già alla legge che la ospita. Proviamo a reinserire, per rendercene conto, la definizione di C. 1.5.12.4 all'interno dell'originaria trama espositiva, badando a ciò che la precede e (soprattutto) a ciò che subito le tiene dietro:

Ἐπὶ δὲ τοῖς ἄλλοις αἰρετικοῖς ... (αἰρετικὸν γὰρ πάντα καλοῦμεν *et rell.*) ἀλλὰ μὴν καὶ τοῖς τὴν πολυθεῖαν πειρωμένοις εἰσάγειν Ἑλλησι καὶ ἔτι τοῖς Ἰουδαίοις καὶ τοῖς Σαμαρείταις ...

Per quale ragione, se la categoria degli *haeretici* era per il legislatore giustiniano (giusta la definizione inserita tra parentesi) comprensiva ormai di tutte le minoranze religiose, egli avrebbe dovuto avvertire l'esigenza di nominarne alcune *ex professo* nell'immediata prosecuzione del discorso,⁴¹ al fine di annetterle ('ἀλλὰ μὴν καὶ', 'καὶ ἔτι') alla cerchia dei soggetti ('τοῖς ἄλλοις αἰρετικοῖς') già destinatari delle passate norme ed ora delle nuove?⁴² E perché, nel caso dei pagani ('τοῖς Ἑλλησι'), viene persino riferita la didascalica che essi 'τὴν πολυθεῖαν πειρωμένοι εἰσάγειν', di certo superflua in un'ottica di superamento delle specificità dei singoli gruppi di *non Christiani*?⁴³

Analogamente, la prima disapplicazione della *regula* concernente la nozione di 'αἵρεσις' di C. 1.5.18.4 sta, ancora una volta, nel discorso postole immediatamente di séguito

Ἐπὶ δὲ ταῖς ἄλλαις ἀπάσαις αἰρέσεσιν (αἰρέσεις δὲ καλοῦμεν *et rell.*) τὸν ἤδη τεθέντα

situato all'interno di una frase parentetica ('*militēs autem appellamus eos, qui tam sub excelsis magistris militum tolerare noscuntur militiam quam in undecim devotissimis scholis taxati sunt, nec non eos, qui sub diversis optionibus foederatorum nomine sunt decorati*'). La funzione ricognitiva dell'incidentale diventa perspicua se si considera l'intervento imperiale che le fa da cornice, volto ad estendere a tutti i *militēs*, tanto se sottoposti ad un *magister militum* o impiegati nelle *scholae*, il divieto di *conducere alienas possessiones*; su di esso, cfr., di recente: G. LUCHETTI, *La const. ad Senatum del 22 luglio del 530 e il progetto delle quinquaginta decisiones*, in ID., *Contributi di diritto giustiniano*, Milano 2004, 17 ss., ma part. 36 ss. (dello stesso A., cfr. anche *La raccolta di iura: gestazione di un progetto. La legislazione imperiale fra il luglio del 530 e l'aprile del 531*, in KOINΩΝΙΑ 35, 2011, 157 s. ed ivi nt. 2); C. BUSACCA, *Qualche osservazione su C. 5.4.24*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, I, Milano 2009, 233.

⁴¹ Relativamente alla posizione dei Samaritani, può essere utile ricordare che il titolo 16.8 del Teodosiano li poneva accanto agli *Iudaei* ed ai *Caelicolae* e che nella sistematica del Codice del 534 d.C. essi si trovano invece associati ad *haeretici* e *Manichaei* (vd. C. 1.5). La nuova collocazione denota, probabilmente, un mutamento di prospettiva nelle relative modalità di contrasto da parte del legislatore, che, attraverso l'avvicinamento agli eretici, avrebbe anelato ad un trattamento «di massima severità» (così S. PULIATTI, *Ricerche sulle Novelle di Giustino II* cit., II, 248 ss. ed ivi nt. 32 per la citazione; in questo stesso senso, cfr. già A.M. RABELLO, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani* cit., II, 716). Indubbio è, peraltro, che essi non furono mai interamente assorbiti all'insieme degli *haeretici* e che conservarono un'identità autonoma rispetto ad essi nelle considerazioni del governo imperiale, come dimostra del resto la loro esplicita evocazione ancora nella rubrica del titolo quinto del primo libro del Codice giustiniano.

⁴² Così come si esprime il *caput* 4, il proposito della Corte è, infatti, quello di 'οὐκ ἀνακτήσασθαι μόνον τὰ τῶν ἤδη κειμένων νόμων ... καὶ ποιῆσαι τῷ νῦν τούτῳ νόμῳ βεβαιότερα, ἀλλὰ διορίσασθαι καὶ πλεῖω' (*non solum leges iam latas reintegrare ... et hac lege validiores reddere, sed etiam plura disponere*).

⁴³ Ciò fa dire a A.M. RABELLO, *Giustiniano, Ebrei e Samaritani* cit., II, 720, che evidentemente la loro ricomprensione tra gli eretici non dovesse poi essere così «scontata».

νόμον ... κρατεῖν βουλόμεθα, ἐν ᾧ οὐ μόνον περὶ αὐτῶν, ἀλλὰ καὶ Σαμαρειτῶν καὶ Ἑλλήνων τὰ προσήκοντα διατέτακται

con l'unica variazione nella platea dei soggetti richiamati, che qui non presenta più gli *Iudaei*.

Sostenere – come si è fatto⁴⁴ – che la rievocazione *nominatim* di siffatti *diversa sentientes* potesse essere stimata ancora indispensabile, atteso che l'innovazione introdotta era troppo forte per i tempi, non è un argomento che può essere preso in seria considerazione, non solo perché troppo semplicistico, ma anche per il motivo che, se (come si crede) le riferite *sententiae* hanno addirittura generato riverberi sulla struttura di alcuni *tituli* del primo libro del *Codex r.p.*, non si capisce come tali riverberi non abbiano potuto aversi *in primis* sulla *scriptura* delle *leges* a cui esse ineriscono. Potrebbe ancora addursi, con riguardo ad entrambe le definizioni, che si trattasse di inserzioni apposte in un secondo momento ad un testo già approntato – cosa che, per il vero, ci persuade di più⁴⁵ –, ma resterebbe il problema del loro mancato coordinamento con le altre parti delle costituzioni, *a fortiori* se la responsabilità dell'aggiunta si ponesse in capo ai commissari del secondo Codice.⁴⁶

E veniamo, a questo punto, proprio all'influenza che le definizioni giustinianee avrebbero esercitato sulle operazioni di selezione e ripartizione delle varie costituzioni imperiali all'interno dei primi titoli del libro d'apertura del Codice. Come si diceva all'inizio di questo paragrafo, l'accoglimento di una concezione lata di αἱρετικός avrebbe concorso alla decisione dei compilatori di discostarsi dalle precedenti scelte del Teodosiano e sarebbe artefice della inclusione nel titolo *de haereticis* di disposizioni relative a *pagani, Iudaei, Samaritae etc.*⁴⁷ Ora, che le rubriche attribuite ai suddetti *tituli* non siano sempre pienamente congruenti ai testi legislativi che vi sono ricompresi, è un dato di fatto. Questo eclettismo tematico non è, però, unidirezionale; ovvero, non procede esclusivamente in direzione del titolo quinto, portando all'innesto di materiali non pertinenti sulla base del retaggio della tradizione pregiustiniana. A volte accade proprio il contrario e *leges*, che avremmo immaginato fare parte del titolo '*de haereticis*', in forza di quelle definizioni allargate che stiamo studiando, si trovano altrove: è il caso di C. 1.9.12 del 409 d.C., in materia di *Caelicolae*.⁴⁸ Il suo *principium* si chiude con il precetto che essi devono ritenersi assoggettati alle stesse leggi promulgate contro gli eretici ('... *his legibus, quibus praecipimus haereticos adstringi*'). Si tratta dell'unico provvedimento riguardante i Celicoli di tutto il *Codex r.p.* ed è a causa sua che di costoro è fatta menzione nella rubrica del titolo nono ('*De Iudaeis et Caelicolis*'). Qui, né l'afferenza ad un'identica disciplina giuridica (disposta, come detto, dalla costituzione), né le implicazioni discendenti *ex* C. 1.5.12.4 e 1.5.18.4, sono state tanto forti da suggerire ai compilatori di inserire il testo nella stessa *sedes* degli *haeretici*.

⁴⁴ Cfr. A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 360.

⁴⁵ Vd. *infra* quanto si dirà nel § 6.

⁴⁶ È questa, nello specifico, la tesi di G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 150, la quale, sulla scia degli spunti già forniti da A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., spec. 360 s., ritiene che le due definizioni fossero state interpolate nelle costituzioni al tempo della *repetita praelectio* del *Codex* e che, per tenere conto di esse, fossero state modificate le rubriche dei titoli.

⁴⁷ Cfr., *amplius*, A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 365 ss.

⁴⁸ Sull'originario provvedimento emanato da Onorio, C.Th. 16.8.19, cfr., per tutti, G. DE BONFILS, *L'imperatore Onorio e la difesa dell'ortodossia cristiana contro celicoli ed ebrei*, in *Vetera Christianorum* 41, 2004, 267 ss., in part. 269 nt. 5 per altre indicazioni bibliografiche.

Ancora. Non è difficile accorgersi che l'intravista «confusione»⁴⁹ tocca, talvolta, situazioni nelle quali gli eretici non entrano, *prima facie*, in gioco. Come, ad esempio, nel titolo undicesimo (*'De paganis sacrificiis et templis'*), dov'è posizionata una *lex* di Teodosio II (C. 1.11.6, a. 423) che, nel *principium*, intima ai cristiani, *'qui vel vere sunt vel esse dicuntur'*, di non *manus inferre* contro *Iudaei* e pagani: i primi sarebbero del tutto fuori posto in questo titolo. Un altro possibile riscontro è in C. 1.10.2 di Giustiniano (ma rimasta priva di data precisa),⁵⁰ che nomina i *Σαμαρείται*, senza che nel relativo titolo, il decimo, essi siano minimamente presi in considerazione.

Su quest'ultimo *titulus* dobbiamo, peraltro, fermare l'attenzione anche per altri motivi: lo si è ritratto come «il più istruttivo quadro della confusione»⁵¹ con cui hanno operato, *in parte qua*, i giustinianeî. A noi, invece, sembra che esso offra indicazioni preziose circa l'uso – diremmo, puntuale – di alcuni termini di nostro interesse. La sua rubrica recita *'Ne Christianum mancipium haereticus vel paganus vel Iudaeus habeat vel possideat vel circumcidat'* ed al di sotto di essa hanno trovato posto appena due *constitutiones*. Nella prima (C. 1.10.1, a. 339) si parla unicamente di *Iudaei*, pertanto la dicitura presente nella rubrica dev'essere derivata dall'unica altra legge di cui il titolo si compone, C. 1.10.2, che leggiamo in una versione greca restituitaci da Coll. Trip. I.10.2.⁵² Ed infatti essa esordisce così *'Ἑλλήν καὶ Ἰουδαῖος καὶ Σαμαρείτης καὶ πᾶς μὴ ὢν ὁρθόδοξος ...'*. A differenza della versione inclusa (due volte) nei Basilici,⁵³ nella quale l'intero *incipit* è di molto compendiato tramite le parole *'Πᾶς μὴ Χριστιανὸς'* (oppure *'ὁ μὴ ὢν Χριστιανὸς'* – nello *scholium* che nel *Manuale Basilicorum* è ascripto alla *Summa* di Teodoro),⁵⁴ nel testo ricavato dalla *Collectio* (sfruttato da Krüger per la sua edizione del *Codex*), ogni lemma latino della rubrica (di quelli, è evidente, che servono ad identificare i vari gruppi religiosi che vi sono citati) ha un suo termine equivalente in lingua greca (pur se in un diverso ordine): *'Ἑλλήν = paganus; Ἰουδαῖος = Iudaeus; πᾶς μὴ ὢν ὁρθόδοξος = haereticus'*.⁵⁵

Almeno in questa sezione del primo libro del Codice giustiniano, il combinato disposto della rubrica del titolo 1.10 ed il dettato (*restitutus* in greco) di C. 1.10.2 ci fa vedere che la rappresentazione codicistica della nozione di *haereticus* non sempre soddisfacesse ad entrambe le proposizioni nelle quali si articola (secondo lo schema che si è in precedenza mostrato)⁵⁶ la *sententia* posta tra parentesi tonde in C. 1.5.12.4:⁵⁷ precisamente, la stabilita

⁴⁹ Il termine è usato più volte da A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., *passim*.

⁵⁰ La paternità di Giustiniano è ipotizzata da P. KRÜGER (*ad h. l., in apparatu*) in forza di C. 1.3.54.8.

⁵¹ A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 366 s.

⁵² In N. VAN DER WAL, B.H. STOLTE (edited by), *Collectio Tripartita* cit., 88/9-11.

⁵³ La prima in Bas. 60.54.30 (BT 3106/10-12): *Πᾶς μὴ Χριστιανὸς οἰκέτην ἔχων Χριστιανὸν τριάκοντα χρυσοῦ καταθήσει λίτρας τῷ δημοσίῳ εἰς ἐλευθερίαν ἀρπαζομένου τοῦ οἰκέτου* (= Bas. 60.54.32 in Hb. V, 895); la seconda nello Sch. 1 ad Bas. 60.54.29 (BS 3924/6-7): [...] *Γενικῶς δὲ ἀγορεύει ἡ β'. διατ. τοῦ παρόντος τιτ., ὡς ἐὰν ὁ μὴ ὢν Χριστιανὸς σχῇ δοῦλον Χριστιανόν, ἐκπίπτει αὐτοῦ καὶ λ'. λίτρων χρυσίου προστιμᾶται [...]* (= Sch. 1 ad Bas. 60.54.31 in Hb. V, 895).

⁵⁴ Cfr. G.E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX*, VI. *Prolegomena et Manuale Basilicorum*, Lipsiae 1870, 347.

⁵⁵ Dell'omissione, nella rubrica, del nome dei Samaritani, presente invece in C. 1.10.2, s'è già detto più sopra nel testo.

⁵⁶ Vd. *retro* quanto abbiamo rilevato, in particolare, nel § 3.

⁵⁷ Se si assume – come abbiamo cercato di fare *supra* nel nostro discorso – la prospettiva dei compilatori, sembrano diminuire di valore quei tentativi esperiti da una parte della dottrina di rimuovere gli impedimenti frapposti da C. 1.10.2 e dalla rubrica del titolo 1.10 alla definizione di C. 1.5.12.4: a poco

equivalenza tra la parola *haereticus* e la locuzione greca ‘πᾶς μὴ ὢν ὀρθόδοξος’ intercetta l’opzione più restrittiva di quella definizione (‘[ὅστις μὴ] τῆς ὀρθοδόξου καὶ ἀγίας ἡμῶν ὑπάρχει πίστεως’), ma appare slegata da quella più generica, stando alla quale *haereticus* è pure ‘ὅστις μὴ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας [ὑπάρχει]’. I casi di dissociazione da quella *sententia* non affiorano, allora, solo (per dire così) in modo verticale, all’interno cioè (come già abbiamo segnalato) della costituzione stessa; bensì pure in senso orizzontale, ovvero al di fuori di essa, coinvolgendo titoli differenti. Infatti, l’estensore della rubrica di C. 1.10 non si è ispirato alla definizione di C. 1.5.12.4: se egli l’avesse applicata ed avesse davvero fatto propria la sua concezione dilatata di *haereticus*, gli sarebbe bastato riferirsi ad essa, senza doversi preoccupare di evocare autonomamente pagani ed ebrei.

5. Quanto precede crediamo getti almeno un ragionevole dubbio sulla necessità di proporre un legame sì forte ed osmotico tra la *definitio* di *haereticus* di cui in C. 1.5.12.4 (ma il discorso può valere altresì per C. 1.5.18.4) e la mutua contaminazione (avviata prima di Giustiniano, ma da lui portata a compimento) dei regimi giuridici inerenti alle diverse minoranze religiose, a monte; e con la sistematica del secondo Codice, *in parte qua*, a valle. In verità, sarebbe sbagliato – a nostro modo di vedere – relegare tra i *marginalia* quegli episodi che abbiamo descritto nel paragrafo appena concluso e svilire così l’importanza dei dati che mostrano come quelle definizioni non venissero rigorosamente attuate già dai compilatori giustiniane; per non dire, ancor prima, in seno alle statuizioni emanate da quelle stesse leggi che le prevedono.

Ed allora il dubbio sorge, a questo punto, inevitabile: fino a che punto si può esser certi che quelle prescrizioni – incidentali nel *ductus* espositivo, ma assai impegnative quanto a risvolti generati sul piano sistematico – siano state scritte, nella forma con cui oggi le leggiamo, su impulso di Giustiniano?

Il sospetto che esse potessero non appartenergli era venuto in passato a Mario Amelotti. La sua diffidenza circa la ricostruzione proposta da Berger era stata, allora, indotta da motivi di contenuto, ritenendo poco verosimile che l’Imperatore ed i teologi sui quali egli poteva fare affidamento non possedessero una nozione precisa, e di senso restrittivo, di eretico.⁵⁸ Le conferme di ciò erano state reperite nelle *Novellae* giustiniane, dalle quali poteva evincersi come «Giustiniano [avesse] precisa in mente la differenza tra eretici, pagani ed Ebrei, pur nella generalizzata applicazione di molte norme».⁵⁹ Detti rilievi avevano prodotto una breccia significativa, ma era rimasto irrisolto il nodo creato dalla presenza di quelle generalizzazioni nel Codice: ebbene, siamo dell’idea che gli argomenti sostanziali segnalati da Amelotti trovino dei possibili appoggi altresì sul versante della trasmissione testuale delle fonti in questione. Un profilo, questo, che il Maestro genovese non aveva probabilmente avuto occasione di approfondire, attesa la destinazione congressuale del proprio contributo;⁶⁰ e

varrebbe, infatti, supporre, come fatto da A. BERGER, *La concezione di eretico* cit., 366, che la prima costituzione fosse stata emanata anteriormente (addirittura prima del governo di Giustiniano) alla seconda; o, ancora, con G. BASSANELLI, *La legislazione processuale di Giustino I* cit., 150 s. nt. 71, che C. 1.10.2, pur rimontando ad una data posteriore al 527 d.C., sarebbe stata comunque precedente all’inserimento della definizione *de qua* nel testo di C. 1.5.12.4. In entrambe le evenienze, comunque la si pensi, si sarebbe, ad un certo momento, dovuto porre ai commissari il problema (e l’opportunità) di operare un coordinamento tra le confliggenti disposizioni.

⁵⁸ Cfr. M. AMELOTI, *Giustiniano e gli haeretici*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, I. *Saggi storici*, Milano 1990, 1 ss. (= *Scritti giuridici*, Torino 1996, 640 ss., da cui in seguito citiamo).

⁵⁹ M. AMELOTI, *Giustiniano e gli haeretici* cit., 644.

⁶⁰ Cfr. M. AMELOTI, *Giustiniano e gli haeretici* cit., in part. 645 [dove l’A. precisa che l’articolo *de quo* riproduce la relazione da lui presentata in occasione del Congresso Internazionale dal titolo «A Mem-

di cui né Berger, né Krüger prima di lui, avevano potuto tenere debitamente conto, in quanto sprovvisti della più accurata e successiva edizione del testo dei Basilici frutto del lavoro critico della scuola olandese di H.J. Scheltema.

Se oggi possiamo porre sotto i nostri occhi il dettato greco di C. 1.5.12 è grazie, infatti, alla raccolta bizantina dei Basilici e precisamente al *codex Parisinus Coislinianus* gr. 151⁶¹ (= Bas. 1.1.30, secondo la lezione heimbachiana),⁶² il quale ne ha (o avrebbe – dovremmo forse dire più cautamente) tratto in salvo dall'oblio una copia, che poi Krüger ha usato per la sua restituzione.⁶³ Sennonché, se ricercassimo nell'edizione groningenana dei τὰ Βασιλικά proprio quella porzione di testo di C. 1.5.12.4 contenente la definizione che stiamo qui analizzando, fatteremmo invano. Il fatto è che – dopo i rilievi critici sollevati, ormai quasi un secolo e mezzo fa, da Zachariä von Lingenthal relativamente a Bas. 1.1;⁶⁴ e le perplessità parimenti prospettate in seguito da Scheltema⁶⁵ – la capacità di quella tradizione manoscritta di restituirci, in modo veritiero, il materiale giustiniano ricompreso nel primo libro della collezione portata a compimento da Leone il Saggio risulta fortemente sospetta. Nel *Coislinianus*, in realtà, si rinviene, pressoché sistematicamente, una veste delle costituzioni ben più larga, ove raffrontata a quella deducibile da altre evidenze recuperabili *aliunde*.⁶⁶ Come, per appunto, si può constatare agevolmente, già dopo una rapida occhiata in parallelo, nel caso di C. 1.5.12 (*ex Coisl.* = Bas. 1.1.30 in Hb.) e di Bas. 1.1.26 (nelle rinnovate trascrizione e numerazione dell'*editio recentior*).⁶⁷

C. 1.5.12 / Bas. 1.1.26	§ 7 / <i>epitom.</i> (ll. 9-10)	§ 15 / <i>deficit</i>
pr. / <i>deficit</i>	§ 8 / <i>epitom.</i> (l. 10)	§ 16 / <i>deficit</i>
§ 1 / <i>deficit</i>	§ 9 / <i>deficit</i>	§ 17 / <i>epitom.</i> (ll. 14-15)
§ 2 / <i>deficit</i>	§ 10 / <i>deficit</i>	§ 18 / <i>epitom.</i> (ll. 15-17)
§ 3 / <i>epitom.</i> (ll. 5-6)	§ 11 / <i>deficit</i>	§ 19 / <i>epitom.</i> (ll. 17-18)
§ 4 / <i>epitom.</i> (ll. 6-7)	§ 12 / <i>deficit</i>	§ 20 / <i>epitom.</i> (ll. 18-20)
§ 5 / <i>deficit</i>	§ 13 / <i>epitom.</i> (ll. 11-13)	§ 21 / <i>epitom.</i> (ll. 20-22)
§ 6 / <i>epitom.</i> (ll. 7-9)	§ 14 / <i>epitom.</i> (ll. 13-14)	§ 22 / <i>epitom.</i> (ll. 22-24)

ber of Another Religion in Religious Law» (Jerusalem-Haifa – 1987), corredata dalle sole indicazioni bibliografiche].

⁶¹ Cfr. L. BURGMANN, M.TH. FOGEN, A. SCHMINCK, D. SIMON (herausgegeben von), *Repertorium der Handschriften des byzantinischen Rechts*, I. *Die Handschriften des weltlichen Rechts* (Nr. 1-327), Frankfurt am Main 1995, 229 nr. 202.

⁶² In Hb. I, 21.

⁶³ Nel caso di C. 1.5.18, il testo è stato viceversa recuperato da Krüger attraverso uno *scholium* a Nomoc. 1.10 [cfr. I.B. PITRA (curante), *Iuris Ecclesiastici Graecorum Historia et Monumenta*, II. *A VI ad IX saeculum* (in seguito più semplicemente PITRA, II), Romae 1868, 468].

⁶⁴ Cfr. K.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Beiträge zur Kritik* cit., 575 ss., ma spec. 583 s. per la resa greca di C. 1.5.12, nonché 589 ss.

⁶⁵ Si consulti la *Praefatio* del volume A I della edizione di H.J. SCHELTEMA, D. HOLWERDA, N. VAN DER WAL (ediderunt), *Textus librorum Basilicorum LX*, Groningae 1953-1988, xi. *Adde*, altresì, quantunque su un piano più generale, in specie per le cause della complessità della tradizione manoscritta dei Basilici, N. VAN DER WAL, *Probleme bei der Restitution verlorenergegangener Basilikenbücher*, in *Subseciva Groningana. Studies in Roman and Byzantine Law* 3, 1989, 143 ss.

⁶⁶ Cfr. B.H. STOLTE, *Not in the Code, nor in the Basilica. C. 1.1.8 and its translation in the Basilica*, in *AUPA* 54, 2010-2011, 294.

⁶⁷ BT 5/5-24.

Le forti discrasie, ravvisabili in specie con il testo trasmesso tra gli *excerpta* del manoscritto palinsesto *Ambros.* F 106 sup.⁶⁸ e negli *scholia* posposti come *Auctaria* al testo del Nomocanone da Pitra,⁶⁹ hanno fatto abbandonare la versione del *Coislinianus* e portato alla decisione di proporre un *textus restitutus* per Bas. 1.1.26. Ma se la lezione del *Coislinianus* gr. 151 non può valere ad esprimere, anche in questa circostanza, il dettato autentico dei Basilici, può almeno fungere da testimone attendibile di quello originario del Codice giustiniano e trasmetterci quindi un esemplare non apocrifo di C. 1.5.12.⁷⁰

6. Per quanto sia difficile trovare elementi certi, si hanno nondimeno alcuni indizi che potrebbero venire in nostro soccorso e darci modo di suggerire una qualche risposta a tale domanda. Il punto che a noi interessa concerne, com'è chiaro, la presenza nelle costituzioni di cui in C. 1.5.12.4 e 1.5.18.4 delle due incidentali posizionate (in entrambi i casi) nei rispettivi *capita* 4, ragion per cui è su di essi che fermeremo la nostra attenzione ed in modo particolare sulla *definitio* della prima *constitutio*, atteso il più che tangibile rapporto di derivazione che l'altra ha verso di essa. Non solo, ma, considerate le somiglianze che presentano, non è da escludere che le *sententiae* fossero state scritte da un'identica mano: il che permetterebbe di estendere i risultati trovati per l'una all'altra.

Ora, analogamente a quanto si è verificato in occasione del lavoro di ricerca della *vera scriptura* dei brani facenti parte del titolo unico del *liber* d'apertura dei τὰ Βασιλικά, pure l'accostamento del testo del *Coislinianus* a quello desumibile da altri *testimonia indirecta* di C. 1.5.12.4 porta a galla delle criticità. Il fatto è che o della definizione ivi contenuta non è restata traccia o, laddove un segno esiste, questo è molto diverso da quello che oggi vediamo ritratto nel Codice.

È certo strano, per esempio, che l'*index* che si era pensato in un primo momento scritto da Taleo (o, ad ogni modo, l'anonimo compilatore di una *Summa* di poco più tarda)⁷¹ la obliteri del tutto:

Bas. 1.1.26 (BT 5/5-7) Οἱ αἵρετικοὶ Μανιχαῖοι μὲν ὄντες ἀποτεμνέσθωσαν ὅλως ἐν τόπῳ φανέντες, οἱ δὲ ἄλλῃ⁷² ὅποιαδήποτε κρατοῦμενοι πλάνῃ μὴ στρατευέσθωσαν ...⁷³

⁶⁸ Pubblicati da E.C. FERRINI e J. MERCATI nel *Supplementum* cit., II, 172 ss., in part. 175 s. per il *locus* di nostro interesse.

⁶⁹ Vd. PITRA, II, 602, dove, *ex Codd. Vatic.* 828 e *Monac.* 122, il brano dei Basilici è riferito per intero; gli altri due *testimonia*, ovvero l'*Ecloga Basilicorum* [cfr. L. BURGMANN (herausgegeben von), *Ecloga Basilicorum*, Frankfurt am Main 1988, 7/19-22] ed uno *σχόλιον* di Balsamone [vd. G.A. RHALLIS, M. POTLIS, *Σύνταγμα τῶν θεῶν καὶ ἱερῶν κανόνων τῶν τε ἁγίων καὶ πανευφήμων Ἀποστόλων, καὶ τῶν ἱερῶν οἰκουμενικῶν καὶ τοπικῶν συνόδων, καὶ τῶν κατὰ μέρος ἁγίων Πατέρων* (poi, più brevemente, G.A. RHALLIS, M. POTLIS), I, Ἀθήνα 1852 (rist. 1966), 264 s.], ne citano l'ultima parte soltanto.

⁷⁰ I due profili sono, in una larga misura, intrecciati tra loro; come segnalato da B.H. STOLTE, *Not in the Code, nor in the Basilica* cit., 293 s., il rischio, in questi casi, è quello di restare invischiati in un *circulus vitiosus*, «as our information about Greek passages in the Code is in a large part dependent on Byzantine sources such as the Basilica, of which Cb [*i.e.*, il *Codex Coislinianus*] is a witness».

⁷¹ Vd. *retro* nt. 23.

⁷² In K.E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Beiträge zur Kritik* cit., 583 e nel c.d. '*Florilegium Ambrosianum*' (*Supplementum* cit., II, 175), è proposta, in questo punto, una diversa resa, ovvero 'ἄλλοι'; il testo suggerito dai Maestri olandesi, da noi ricopiato *supra*, segue invece la lezione di PITRA, II, 602.

⁷³ Ovvero, nella tr. lat. di Ferrini (in *Supplementum* cit., II, 175): *Haeretici, si quidem Manichaei sint, ubicunque apparuerint ultimo supplicio afficiantur: reliqui* [si vd. la nt. precedente] *qui qualicunque errore obstricti sunt neque ... subeant*.

L'epitomatore comincia a compendiare il dispositivo della *lex* di Giustino e Giustiniano (così come trádito dal *Coislinianus*) a partire dal *caput* 3 ('Οί αίρετικοί ... φανέντες')⁷⁴ e, una volta pervenuto rapidamente al *caput* successivo, passando il discorso dai Manichei agli ἄλλοι αίρετικοί, recupera (non alla lettera, però similmente, tanto da poterla facilmente riconoscere) l'espressione 'ὅποίας ἂν ὥσί ποτε πλάνης ἢ προσηγορίας' (*cuiuscumque erroris vel nominis sunt [haeretici]*) mercé le parole 'οἱ δὲ ἄλλη ὅποιαδήποτε κρατούμενοι πλάνῃ': ed a questo punto, tace, e *converso*, della ben più importante costruzione giuridica di 'αίρετικός'. Eppure, estendendo lo sguardo alle altre parti di C. 1.5.12, per intendere come l'interprete bizantino si relazionasse con il loro contenuto, si nota che la sua è una *summa* diligente, attenta in modo particolare a non tralasciare i dati precettivi della costituzione.⁷⁵ Se dobbiamo assegnare alla definizione del *caput* 4 quella portata innovativa che la dottrina ritiene, allora proprio non si comprende il motivo di questo silenzio.

Altrove, quando, come nella *Collectio Tripartita*, una *definitio* è accennata, si vede che è talmente trasfigurata da non sembrare possibile avvicinarla, senza forzarne l'esegesi, a quella che troviamo in C. 1.5.12.4:

Coll. Trip. I.5.12 ... οἱ δὲ λοιποὶ αίρετικοὶ – αίρετικὸς δὲ ἐστὶ πᾶς μὴ ὀρθόδοξος – καὶ οἱ δὲ Ἕλληνες καὶ οἱ Ἰουδαῖοι καὶ οἱ Σαμαρεῖται κωλύονται ...⁷⁶

Qui, come si vede, una spiegazione di 'αίρετικός' è mantenuta, ma essa non coglie che la seconda parte di quella presente in C. 1.5.12.4; il principio che 'αίρετικὸν γὰρ πάντα καλοῦμεν, ὅστις μὴ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας' le è del tutto estraneo, giacché il sintagma 'πᾶς μὴ ὀρθόδοξος' va senz'altro inteso in senso restrittivo, alla luce della identica formula usata in Coll. Trip. I.10.2 (da cui viene ricavato il testo di C. 1.10.2) per designare gli *haeretici* in modo (anche lì) autonomo da Ἕλληνες, Ἰουδαῖοι e Σαμαρεῖται.⁷⁷

Ebbene, che cosa si può ricavare incrociando i dati offerti dalle sintesi di Bas. 1.1.26 e dell'ignoto autore della *Summa* che forma il testo della prima sezione della *Collectio Tripartita* (Coll. Trip. I.5.12), appena vedute?

Anzitutto, che una definizione doveva aversi nella costituzione di Giustino e Giustiniano accolta nel *Codex r.p.* Tale conclusione scaturisce, altresì, dal *textus* del *Nomocanon XIV Titulorum*. Il capitolo secondo del suo titolo dodicesimo è proprio dedicato alla questione 'Τί ἐστὶν αίρετικός' e nella parte afferente ai νόμοι il redattore dà conto della nostra legge (C. 1.5.12), mercé le parole, conformi a quelle che si trovano nella *Collectio*: 'ὅτι αίρετικός ἐστὶν ὁ μὴ ὢν ὀρθόδοξος'.⁷⁸ Il fatto che il provvedimento del 527 d.C. sia qui ricordato subito di seguito a C. 1.5.2 (contenente – come sappiamo⁷⁹ – l'altra importante enunciazione definitoria di Arcadio) è, sotto tale punto di vista, segno più che eloquente della

⁷⁴ Si vd. lo schema che abbiamo realizzato *retro* nel § 5.

⁷⁵ Non è qui, ovviamente, possibile, per ragioni di economia di spazio, procedere ad un serrato confronto dell'intero dettato di C. 1.5.12 con la forma abbreviata che costituisce oggi il testo di Bas. 1.1.26. Se nondimeno, aiutandosi con lo schema posto nel § 5, si provasse a considerare gli *omissis*, quelle parti cioè del tutto traslate dall'epitomatore, ci si potrebbe rendere agevolmente conto di come essi fossero stati preteriti in quanto contenenti notizie non essenziali, prive di rilevanza per la rappresentazione del contenuto precettivo della legge (come, ad esempio, è il caso del *principium* oppure dei *capita* 1, 2, 5, 11, 12).

⁷⁶ Ex N. VAN DER WAL, B.H. STOLTE (edited by), *Collectio Tripartita* cit., 75/6-7.

⁷⁷ Vd. *retro* ciò che abbiamo detto sul finire del § 4.

⁷⁸ In PITRA, II, 600 (= G.A. RHALLIS, M. POTLIS, I, 261).

⁷⁹ Vd. *retro* nel § 3.

pertinenza di quel testo alla problematica *de qua*.⁸⁰ D’altro canto, però, prestando ascolto alla linea discendente dalla *Collectio Tripartita* e dal *Nomocanon*, dovremmo trarre la deduzione che la definizione originaria si presentasse ben più ridotta a confronto di ciò che si legge in C. 1.5.12.4: nella forma, perché monca forse di tutta la sua parte iniziale; nella sostanza, perché sprovvista di quella forza innovativa che le sarebbe derivata dalla previsione che deve dirsi eretico anche chi sta al di fuori (dacché non cristiano) della καθολικὴ ἐκκλησία.

Ove così stessero le cose, ne deriverebbe, tuttavia, un interrogativo di difficile risoluzione: da dove, allora, trarrebbe origine la definizione parentetica di C. 1.5.12.4 restituita dal *Codex Coislinianus*? In proposito, può forse venire in aiuto uno *scholium*, rimasto singolarmente trascurato da quanti si sono accostati a questi temi: si tratta di uno scolio nuovo, come parrebbe indicare il rimando ai *libri Basilicorum*, preservato dal *Monac.* 122 ed inserito da Pitra tra gli *Auctaria* in calce al νόμος del *Nomocanon XIV Titulorum* (12.2):

Κεῖται ἐν τῷ αὐτῷ Βιβλ. καὶ τίτ. τῶν Βασιλικῶν κεφ. κε΄ τοῦτο δὲ τὸ μέρος τῆς διατ. οὐκ ἔστιν ἐν τοῖς Βασιλικοῖς· ἐν δὲ τῷ πλάτει τοῦ κώδ. ἔχει οὕτως· Αἱρετικὸν πάντα καλοῦμεν, ὅστις μὴ τῆς καθολικῆς ἐκκλησίας καὶ τῆς ὁρθοδόξου καὶ ἀγίας ἡμῶν ὑπάρχει πίστεως.⁸¹

Viene segnalata – in corrispondenza della citazione, nel *textus*, della *constitutio* di cui in C. 1.5.12 – una discordanza con quanto riportato nei τὰ Βασιλικά, in quanto in essi mancherebbe proprio la porzione (τὸ μέρος) a cui si allude nel *caput* secondo della compilazione *utriusque iuris*, quella contenente la definizione di αἱρετικός: tale definizione – informa l’autore della nota – la si può viceversa trovare ‘ἐν τῷ πλάτει τοῦ κώδ.’; ed è, come si vede continuando a leggere, la medesima formulazione che noi già conosciamo da C. 1.5.12.4. Ora – si badi –, non si dice qui che essa si trovasse ἐν τῷ κώδικι, bensì ἐν τῷ πλάτει τοῦ κώδικος. Rinvii, come questo, al τὸ πλάτος, in relazione al *Nomocanon* di Teodoro Besta ed ai suoi *scholia*, sono stati in passato studiati da Nicolaas van der Wal e dei cinque casi da lui trovati⁸² solo in una occasione essi sono serviti ad introdurre il testo originale di una costituzione greca del Codice; negli altri quattro il richiamo era sempre fatto (ormai) al commentario di Taleleo, e precisamente ad una sua traduzione o ad un suo riassunto del ῥητόν oppure al κατὰ πόδας, successivamente incorporato ad esso.⁸³ Con riguardo allo

⁸⁰ Non altrettanto può dirsi in relazione a C. 1.5.18.4, la cui assenza dai νόμοι richiamati nell’ambito del titolo del *Nomocanon* deputato a chiarire *quid est haereticus* potrebbe addirittura fare pensare che al suo interno non vi fosse alcuna definizione afferente al suddetto argomento, salvo ipotizzare che l’omessa citazione dipendesse dal fatto che essa si premurava di fornire spiegazione al lemma ‘αἵρεσις’ piuttosto che ad ‘αἱρετικός’. In ogni caso, pure l’incidentale ‘τούτέστιν οἱ μὴ ὁρθόδοξοι’, che si legge, proprio nel punto corrispondente, nella diversa resa prevista dalla *Collectio Tripartita* [1.5.18, in N. VAN DER WAL, B.H. STOLTE (edited by), *Collectio Tripartita* cit., 77/2-3] non si sottrae alla impressione di non essere originale [si noti, peraltro, che, mentre nella versione ereditata dal *Nomocanon XIV Titulorum* (vd. *retro* la nt. 63) il soggetto della frase è dato dalle αἵρέσεις, qui sono invece ancora una volta gli οἱ αἱρετικοί] ed al sospetto che possa trattarsi di una glossa esplicativa, forse aggiunta al testo dall’autore stesso della *summa* in un secondo momento, sulla scorta magari di Coll. Trip. I.10.2 (vd. *retro* nt. 52).

⁸¹ Ex PITRA, II, 600.

⁸² Cfr. N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs* cit., 85.

⁸³ Cfr., sul punto e per tutti, S. SCIORTINO, *La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del Codex*, in AUPA 56, 2013, 132 s. nt. 78 (con altra letteratura).

scolio sopracitato, lo studioso olandese scriveva, difatti, che la dicitura ‘ἐν τῷ πλάτει τοῦ κώδικος’ «se rapporte à un résumé de Thalélée d’une constitution grecque».⁸⁴

In virtù di ciò, saremmo dunque autorizzati a sospettare che la definizione che oggi si legge in C. 1.5.12.4, conformemente alla testimonianza del *Codex Coislinianus* seguita da Krüger, potesse invero appartenere all’opera dell’*antecessor* di Berito. Essa – per volere azzardare un’ipotesi – potrebbe forse essersi trovata in una qualche relazione (quale parte di una *παραγραφή*?) con la formula, altrettanto vaga, che si ha nel testo del *Coislinianus* subito prima della definizione parentetica (ossia ‘ὁποίας ἂν ὥσὶ ποτε πλάνης ἢ προσηγορίας’) – ripetuta similmente altresì dall’autore dell’*index* di Bas. 1.1.26 (‘οἱ δὲ ἄλλη κρατούμενοι πλάνῃ’) – ed essere servita per rappresentare, nell’attacco del *caput* 4, l’avvicinarsi, nella trama espositiva della legge, degli ἄλλοι αἰρετικοί ai Μανιχαῖοι. Una soluzione che, diversamente da quella seguita nella *Collectio Tripartita* (dove l’epitomatore ha invece riportato *nominatim* le varie tipologie di *diversa sentientes* interessate dalla disposizione), aveva permesso al maestro bizantino di potere raggruppare, probabilmente per una ragione di semplificazione dovuta all’attività didattica, più categorie di soggetti accomunate dalla sottoposizione alle medesime restrizioni.

Ricostruita in tal modo la vicenda, sarebbe forse opportuno iniziare a interrogarsi, come già avvenuto per i testi appartenuti al primo libro dei Basilici, sulla capacità del *Codex Coislinianus* di esprimere la lezione originale della *constitutio* greca di C. 1.5.12 (e chissà se, in alcune sue parti, non si dimostri testimone più veritiero, allo stesso modo di C. 1.10.2, il brano riportato dalla *Collectio Tripartita*, i.e. Coll. Trip. I.5.12). Il sospetto è ancora il medesimo, e cioè che in esso sia attestata una versione più ampia, nel nostro caso di quella contenuta *in origine* nel *Codex r.p.*, così come ci pare che emerga dalle pagine che precedono, limitamente almeno alla definizione di αἰρετικός inserita tra parentesi tonde nel contesto del *caput* 4. Un sospetto che, per quanto rilevato a proposito dei reciproci punti di contatto,⁸⁵ può ben essere esteso pure all’altra nozione di tenore incidentale, quella di ‘αἵρεσις’ nella formulazione (anch’essa *restituta*) di C. 1.5.18.4.

⁸⁴ Cfr. N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs* cit., 85.

⁸⁵ Vd. *retro* ciò che s’è detto nell’*incipit* di questo paragrafo.

PAOLO FERRETTI
(Università di Trieste)

Le forme costrittive della libertà matrimoniale
tra *mos* e *ius*

ABSTRACT

The author analyses the methods utilised to impose the consent to the marriage, taking into consideration the dialectic between *mos* and *ius*. In this context, he points out that two different and opposite values are continuously alternating: the one of the engagement as the anticipation of the marriage and the nuptial freedom one.

PAROLE CHIAVE

Libertà matrimoniale, stipulazioni penali, donazioni tra fidanzati, arre sponsalizie, *mos*.

LE FORME COSTRITTIVE DELLA LIBERTÀ MATRIMONIALE TRA MOS E IUS

SOMMARIO: 1. Gellio (Gell. 4.4.2): *Sponsalia ... hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius*. – 2. Papiniano (D. 35.1.71.1) e Paolo (D. 45.1.134 pr.): *Non secundum bonos mores ... inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi*. – 3. Giuliano (D. 39.5.1.1) e Papiniano (Fragm. Vat. 262): *ad finitatis contrahendae causa donationes factae*. – 4. Costantino (CTh. 3.5.2): *Cum veterum sententia displiceat, quae donationes in sponsam nubitiis quoque non secutis decrevit valere*. – 5. Teodosio (CTh. 3.5.11): *Arris sponsaliorum nomine datis ... iubemus restitui*. – 6. Leone (C. 5.1.5): *Si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*. – 7. Da Giustiniano a Leone VI (Nov. Leo. 18): Ὅπερ καὶ ἡμεῖς ὁρῶντες τοῖς γαμηλοῖς συναλλάγμασι μᾶλλον συμφέρειν εἰς νομίμην διάταξιν τὸ ἀπὸ συνηθείας πραττόμενον καθιστῶμεν.

1. GELLIO (GELL. 4.4.2): SPONSALIA ... HOC MORE ATQUE IURE SOLITA FIERI SCRIPSIT SERVIVS SLPICIIVS.

Le forme costrittive della libertà matrimoniale hanno connotato l'esperienza giuridica romana fin dall'età più antica. Il mio intento è di esaminarle alla luce della dialettica tra *mos* e *ius*, dialettica che non sembra limitarsi ad un circoscritto periodo, bensì estendersi all'intero arco della storia di Roma.

Da un lato, dunque, le forme costrittive della libertà matrimoniale, vale a dire gli strumenti giuridici attraverso i quali si cerca di coartare la volontà dei nubendi in ordine alla future nozze, prevedendo penalità di natura pecuniaria a carico del fidanzato che rifiuti il proprio assenso al matrimonio; dall'altro, il costume, inteso come l'insieme dei valori costitutivi di una determinata comunità,¹ e il diritto, visti nel loro reciproco gioco di influenze e condizionamenti.

¹ Esula, pertanto, da questa indagine lo studio del *mos* quale fattore di produzione del diritto. Sul *mos* in generale e, in particolare nell'accezione qui approfondita, si veda, ad esempio nella vasta letteratura e con diverse prospettive, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes, ad Titulum XVI. Lib. L. Digest. De verborum significatione, ad L. XLII.*, in IDEM, *Opera*, Par. Fabrot. edit., VI, Prati 1838, 1641 ss.; ID., *Recitationes solemnes sive Commentarii, ad Lib. V. Codicis, ad Titulum I.*, in ID., *Opera cit.*, IX, 646 s., il quale, citando un testo ulpiano – D. 50.16.42 (Ulp. 57 *ad edict.*) – suggerisce che i *mores* fossero caratterizzati dalla relatività e dalla conseguente soggezione al cambiamento; PH. LOTMAR, *Der unmoralische Vertrag. Insbesondere nach gemeinem Recht*, Leipzig 1896, 1 ss.; H. SIBER, *Schuldverträge über sittenwidrige Leistungen*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, IV, Milano 1930, 103 ss.; F. SENN, *La leçon de la Rome antique sur le fondement de la force obligatoire de la coutume*, in *Introduction à l'étude du droit comparé, Recueil d'études en l'honneur d'E. Lambert*, I, Paris 1938, 218 ss.; M. KASER, *Mores maiorum und Gewohnheitsrecht*, in ZSS 59, 1939, 52 ss.; M. KASER, *Rechtswidrigkeit und Sittenwidrigkeit im klassischen römischen Recht*, in ZSS

Proprio *mos* e *ius* sono menzionati da Gellio il quale, in un noto passo in tema di sponsali,² cita Servio Sulpicio Rufo:³

Gell. 4.4.1-3 [1] *Sponsalia in ea parte Italiae, quae Latium appellantur, hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius in libro, quem scripsit de dotibus*: [2] *Qui uxorem inquit ducturus erat, ab eo, unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium datum iri. Qui ducturus erat, itidem spondebat.*⁴ *Is contractus stipulationum sponsionumque dicebatur 'sponsalia'. Tunc, quae promissa erat, 'sponsa' appellabatur, qui sponponderat ducturum, 'sponsus'. Sed si post eas stipulationis uxor non dabatur aut non ducebatur, qui stipulabatur, ex sponsu agebat. Iudices cognoscebant. Iudex, quamobrem data acceptave non esset uxor, quaerebat. Si nihil*

60, 1940, 95 ss.; M. KASER, *Das altrömische Ius*, Göttingen 1949, 53 ss.; E. VOLTERRA, *Sui mores della familia romana*, in Rend. Lincei, Cl. sc. mor., VIII S., IV, 1949, ora in ID., *Scritti giuridici*, II, Napoli 1991, 179 ss.; A. GUARINO, *La consuetudine e la legge alla luce dell'esperienza romana*, in *Diritto e Giurisprudenza* 71, 1956, ora in ID., *Pagine di diritto romano*, I, Napoli 1993, 211 ss.; J. GAUDEMET, *La coutume au Bas-Empire. Rôle pratique et notion théorique*, in *Labeo* 2, 1956, 147 ss.; C. GIOFFREDI, v. 'Mores', in *NNDI* 10, Torino 1964, 919 ss.; R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, in *AUPA* 30, 1967, 181 ss.; R. ORESTANO, *I fatti di normazione nell'esperienza romana arcaica*, Torino 1967, 108 ss.; L. BOVE, *La consuetudine in diritto romano*, I, *Dalla Repubblica all'età dei Severi*, Napoli 1971; J. GAUDEMET, *La formation du droit séculier et du droit de l'Église aux IV^e et V^e siècles*, Paris 1979², 114 ss.; M. MESLIN, *L'uomo romano. Uno studio di antropologia*, Milano 1981, 23 ss.; P. VEYNE, *Il pane e il circo. Sociologia storica e pluralismo politico*, trad. it., Bologna 1984, 9 ss.; L. PEPPE, *Posizione giuridica e ruolo sociale della donna romana in età repubblicana*, Milano 1984, 88 ss.; J. PLESCIA, *The Development of the Doctrine of Boni Mores in Roman Law*, in *RIDA* 34, 1987, 265 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Les «mores gentium» et la formation consuetudinaire du droit romain archaïque (7^e-4^e s. avant J.C.)*, in *La coutume – custom, Recueils de la Société Jean Bodin pour l'histoire comparative des Institutions*, I.1, Bruxelles 1990, 79 ss.; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto. Lezioni di diritto romano*, Torino 1993; P. CERAMI, *Breviter su Iul. D. 1.3.32 (Riflessioni sul trinomio lex, mos, consuetudo)*, in *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, I, Napoli 1997, 117 ss.; M.J. BRAVO BOSCH, *El elemento subjetivo en el 'edictum de convivio'*, in *BIDR* 103-104, 2000-2001, 471 s.; M. TALAMANCA, *Particolarismo normativo ed unità della cultura giuridica nell'esperienza romana*, in *Diritto generale e diritti particolari nell'esperienza storica* (Atti del Congresso internazionale della Società italiana di Storia del diritto – Torino, 19-21 Novembre 1998), Roma 2001, 9 ss.; W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto*, introduzione e cura di U. Vincenti, trad. it. di I. Fagnoli, Padova 2002, 1 ss.; C. HUMFRESS, *Law and Custom under Rome*, in *Law, Custom, and Justice in Late Antiquity and the Early Middle Ages*, London 2011, 24 ss.; S. SCIORTINO, *Il mos e la consuetudo nel De moribus di M. T. Varrone (In margine a Macr. Sat. 3.8.8-12 e Serv. ad Aen. 7.601)*, in *IAH* 8, 2016, 191 ss.

² Tralascio la fase più antica, nella quale il fidanzamento risulta strettamente legato alla sfera religiosa. Per tale fase, rimando, per tutti, a R. ASTOLFI, *Varrone, i comici e il fidanzamento arcaico*, in *SDHI* 55, 1989, 393 s.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento nel diritto romano*, Padova 1994³, 5 ss.; F. MARCO SIMÓN, G. FONTANA ELBOJ, *Sponsio matrimonial in la Roma arcaica: el vaso de Duenos*, in *RIDA* 43, 1996, 246 ss.; L. PEPPE, *Storie di parole, storie di istituti. Sul diritto matrimoniale arcaico*, in *SDHI* 63, 1997, 165 ss.; C. FAYER, *La familia romana*, Roma 2005, 16 ss.

³ Secondo O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, 321 s., Gellio avrebbe riprodotto alla lettera Servio. *Contra*, per tutti, P. CORNIOLEY, *Les origines de la «sponsio»*, in *Labeo* 35, 1989, 66.

⁴ Per quanto riguarda il periodo 'Qui uxorem-spondebat', TH. MOMMSEN, *Ad capita duo Gelliana*, in *Ex symbolis Bethmanno Hollwegio oblatis* (1868), ora in ID., *Gesammelte Schriften*, II, Berlin 1905, 87 ss., legge: 'Qui uxorem', inquit, 'ducturus erat, ab eo unde ducenda erat, stipulabatur eam in matrimonium [datum iri; qui daturus erat, id eidem spondebat. Item qui uxorem daturus erat, ab eo cui eam daturus erat, stipulabatur eam in matrimonium] duct[u]m iri; [q]ui ducturus erat, id eidem spondebat ...'. Per un esame del testo, rimandiamo anche all'apparato critico di F. CAVAZZA, *Aulo Gellio. Le notti attiche*, Libri IV-V, Bologna 1991 (rist.), 148 ss.

iustae causae videbatur, litem pecunia aestimabat, quantique interfuerat eam uxorem accipi aut dari, eum, qui spononderat, <aut> qui stipulatus erat, condemnabat. [3] *Hoc ius sponsaliorum observatum dicit Servius ad id tempus, quo civitas universo Latio lege Iulia data est.* [4] *Haec eadem Neratius scripsit in libro, quem de nuptiis composuit* (T. 186 s.).

Sponsalia hoc more atque iure solita fieri scripsit Servius Sulpicius. Il binomio *mos* e *ius* lascia intravedere una disciplina del fidanzamento costruita su entrambi questi pilastri. Per conoscere il loro rapporto è indispensabile vedere il regime degli sponsali illustrato da Servio, regime vigente nelle città del Lazio fino al 90 a.C. e corrispondente, come si apprende dal confronto con altre fonti e dalla menzione della *sponsio*, a quello romano.⁵

Il fidanzamento, cosa che tutti conoscono, consiste in un atto ad effetti obbligatori, incentrato sulla solenne promessa di matrimonio. Si caratterizza per la conclusione di *stipulationes* e *sponsiones*,⁶ con cui il *pater* della futura sposa e lo *sponsus*⁷ si impegnano, rispettivamente, a concedere la figlia in matrimonio e a prendere la medesima in moglie. Pertanto, una volta concluse le stipulazioni, contro quello dei due che non adempia, senza giusta causa, l'obbligo precedentemente assunto, l'altro potrebbe agire *ex sponsu*⁸ per ottenere il risarcimento, stimato dal giudice in una somma di denaro.

Questa concezione trova riscontro in altre fonti più tarde, sia giuridiche che letterarie.⁹ Mi limito a citare un celebre testo, in cui Ulpiano pone l'accento su *veteres mores*:

D. 23.1.2 (Ulp. *l. sing. de spons.*) *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras.*

⁵ Cfr., ad esempio, D. 23.1.2 (Ulp. *l. sing. de spons.*); Arnob., *nat.* 4.20; Isid., *orig.* 9.7.3; Serv., *Aen.* 10.79; Varro, *ling.* 6.70 s. Sul punto, si veda, tra gli altri, C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati nel diritto romano della fine della repubblica e del principato*, in *Estudios en homenaje a J. Iglesias*, III, Madrid 1988, 1167 s.; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone in Roma antica. Dall'età arcaica al Principato*, Torino 1992², 153 s.; B. ALBANESE, *Verbis obligatio e sponsalia in Varrone*, in *AUPA* 42, 1992, 147 s., secondo cui l'antica disciplina romana venne estesa ai Latini allorché fu loro concessa la *civitas* (e in questo modo vennero abilitati alla pronuncia del verbo *spondere*); P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati nel diritto romano*, Milano 2000, 1 ss.; L. INGALLINA, *Profili di responsabilità nel fidanzamento romano. Rilevanza e manifestazione del «consensus»*, in *RDR* 16-17, 2016-2017, 5 e 5 nt. 13, con altra bibliografia.

⁶ Questa espressione, che si rinviene nel testo di Gellio (Gell. 4.4.2), è stata oggetto di diverse interpretazioni: secondo alcuni autori (tra gli altri, B. BIONDI, *Sponsio e stipulatio*, in *BIDR* 65, 1962, 123; V. ARANGIO-RUIZ, *'Sponsio' e 'stipulatio' nella terminologia romana*, in *BIDR* 65, 1962, 193 ss.; B. ALBANESE, *Verbis obligatio* cit., 146 s.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 12) indicherebbe un unico atto, costituito dalla domanda (*stipulatio*) del futuro creditore e dalla risposta (*sponsio*) del futuro debitore. Secondo altri (per tutti, C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati* cit., 1167), invece, tale espressione rimanderebbe al fidanzamento concluso tra cittadini romani (*sponsio*) e a quello concluso tra romani e stranieri (*stipulatio*). In argomento, si veda anche F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, 193 s.; G. MELILLO, *Il negozio bilaterale romano. «Contrahere» e «pacisci» tra il primo e il terzo secolo. Lezioni*, Napoli 1986², 103 s.

⁷ Con ogni verosimiglianza, Servio si limitava a prospettare il caso di uno *sponsus sui iuris*.

⁸ Cfr., per tutti, G. PACCHIONI, *Actio de sponsu*, in *AG* 39, 1887, 385 ss.; C. CASTELLO, *Lo status personale dei fidanzati* cit., 1167 s.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 14.

⁹ Si veda, ad esempio, D. 23.1.2 (Ulp. *l. sing. de spons.*); Plaut., *Amph.* 676; *Trin.* 1183; Arnob., *nat.* 4.20; Serv., *Aen.* 10.79; Isid., *orig.* 9.7.4. Si discosta, invece, un testo di Festo [FEST., v. *'spondere'* (L. 440)], che riporta opinioni di Verrio: il passo è preso in considerazione da R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 6 ss., per spiegare le caratteristiche del fidanzamento nell'ambito del diritto sacro.

Ulpiano¹⁰ scrive che il termine *sponsalia* deriva dalle *stipulationes* e *sponsiones*,¹¹ con cui, *moris veteribus*, si promettevano le mogli future.

Detto questo, ritorniamo a Servio e al binomio *mos atque ius*, binomio posto alla base degli sponsali preclassici. Il *mos*, come è stato autorevolmente scritto,¹² rappresenta il costume, la norma di natura consuetudinaria con la quale la collettività regola la condotta dei propri consociati, prevedendo per essi l'obbligo di addivenire alle nozze; il *ius*, invece, indica la disciplina che i fidanzati si danno attraverso le *sponsiones*: «... il *ius* trova fondamento nel *mos*, perché i fidanzati si vincolano con la *sponsio* per attuare il comando loro imposto dal *mos*».¹³

Questa concezione del fidanzamento appare poi a tal punto radicata che i fidanzati o i loro *patres*, accanto alle *sponsiones* con cui costituiscono il vincolo sponsalizio, si spingono altresì a concludere altre stipulazioni, di natura penale, con cui il padre della nubenda e lo *sponsus*¹⁴ si obbligano a pagare una somma di denaro nel caso in cui il primo non conceda la figlia e il secondo non la prenda in moglie:

Varro, *ling.* 6.70: ... <Si> *Spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa, appellabatur et pecunia et quae desponsa erat sponsa; quae pecunia inter se contra sponsu rogata erat, dicta sponsio; cui desponsa quae erat, sponsus; quo die sponsum erat, sponsalis* (L. 236 ss.).¹⁵

Senza scendere nei particolari del testo – Varrone, introducendo una diversa definizione di *sponsus* (*cui desponsa quae erat*), parrebbe rimandare ad una sola stipulazione, quella del padre che promette al fidanzato di concedere in matrimonio la figlia¹⁶ –, già altrove

¹⁰ Il testo risulta tratto dal *de sponsalibus liber*, ma forse faceva parte di un'opera più vasta, come suggerisce F. SCHULZ, *Storia della giurisprudenza romana*, trad. it., Firenze 1968, 458. Sul passo, si veda, tra gli altri, A. WATSON, *Law of Persons in the Later Roman Republic*, Oxford 1967, 18; H. KUPISZEWSKI, *Studien zum Verlöbniß im klassischen römischen Recht I*, in ZSS 84, 1967, 70 ss.; P. BORRELLI, *Il divieto di matrimonio tra tutore e pupilla*, in Labeo 43, 1997, 381 nt. 70; L. PEPPE, *Storie di parole cit.*, 174 s.

¹¹ Cfr. Gell. 4.4.2, visto sopra.

¹² R. ASTOLFI, *Il fidanzamento cit.*, 14 s. e 31.

¹³ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento cit.*, 14 s., che scrive anche: «Il *ius* è la disciplina che i fidanzati impongono a se stessi mediante la *sponsio*. Esso si distingue dal *mos*, perché il *mos* costituisce una disciplina imposta ai fidanzati dalla collettività».

¹⁴ Nelle commedie di Plauto sono presenti anche *sponsiones* di terzi: ad esempio, Plaut., *curc.* 672 ss.; *trin.* 1157 ss. In argomento, si veda, per tutti, M.V. BRAMANTE, 'Patres', 'filii' e 'filiae' nelle commedie di Plauto. *Note sul diritto nel teatro*, in E. CANTARELLA, L. GAGLIARDI (a cura di), *Diritto e teatro in Grecia e a Roma*, Milano 2007, 108 ss.

¹⁵ Varro, *ling.* 6.71: *Qui sponderat filiam, despondisse dicebant, quod de sponte eius, id est de voluntate, exierat: non enim, si volebat, dabat, quod sponsu erat alligatus: nam ut in com<o>ediis vides dici: Sponde<n> tuam gnatam filio uxorem meo? Quod tum et praetorium ius ad legem et censorium iudicium ad aequum existimabatur* (L. 238). Su quest'ultima parte del testo, si veda, tra gli altri, R. ASTOLFI, *Varrone cit.*, 393 s.; B. ALBANESE, *Verbis obligatio cit.*, 158 ss.; U. BARTOCCI, 'Spondebatur pecunia aut filia'. *Funzione ed efficacia arcaica del dicere spondeo*, Roma 2002, 27 ss.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento cit.*, 23 ss.

¹⁶ Infatti, secondo alcuni studiosi (tra gli altri, P.F. GIRARD, *Manuel élémentaire de droit romain*, Paris 1906⁴, 148 nt. 3; A. MAGDELAIN, *Aspects arbitraux de la justice civile archaïque à Rome*, in RIDA 27, 1980, 222 s. e 222 nt. 55; M. SALVADORE, *Due donne romane*, Palermo 1990, 63 ss.) sarebbe stato soltanto il padre della nubenda a promettere allo *sponsus* (o al padre di questo) che l'avrebbe concessa in matrimonio. Secondo altri (per tutti, J. GAUDEMET, *La conclusion des fiançailles à Rome à l'époque préclassique*, in RIDA 1, 1948, ora in ID., *Études de droit romain*, III, Napoli 1979, 11), invece, sarebbe stata lasciata

affrontati,¹⁷ importa sottolineare che Varrone riferisce anche del compimento di due stipulazioni penali, con cui il padre della nubenda e lo *sponsus* si obbligano a pagare una somma di denaro nel caso in cui il primo non conceda la figlia e il secondo non la prenda in moglie.¹⁸

Dunque, ricapitolando, dallo stretto legame tra *mos* e *ius* discende la disciplina degli sponsali di età preclassica. Il *mos* prevede per i nubendi l'obbligo di contrarre le nozze – secondo l'idea del fidanzamento quale anticipazione del matrimonio – ed essi, per conformarsi al costume, trovano nel *ius* un loro alleato. Da qui traggono origine le forme limitative della libertà matrimoniale: le *sponsiones*, da cui sorgono gli sponsali, e le *stipulationes poenae*, con cui i fidanzati si obbligano al pagamento di una somma di denaro nel caso in cui rifiutino il consenso alle nozze. Ancora Astolfi: «... la norma del *mos* è tradotta e concretizzata nella disciplina creata dai fidanzati mediante la *sponsio*, cioè nella norma del *ius*. Ragione per cui, sposandosi, i fidanzati ubbidiscono al *mos* e al *ius* e rompendo il fidanzamento disubbidiscono contemporaneamente all'uno e all'altro».¹⁹

2. PAPINIANO (D. 35.1.71.1) E PAOLO (D. 45.1.134 PR.): *NON SECUNDUM BONOS MORES ... INHONESTUM VISUM EST VINCULO POENAE MATRIMONIA OBSTRINGI*.

La disciplina degli sponsali, appena vista, subisce un radicale cambiamento forse già a partire dal II sec. a.C.,²⁰ allorché pare diffondersi un *mos* – il valore della libertà matrimoniale – antitetico rispetto a quello passato e, con esso, un conseguente mutamento di *ius*.

Il nuovo costume si ripercuote innanzitutto sul modo di conclusione degli sponsali:

D. 23.1.1 (Flor. 3 *inst.*): *Sponsalia sunt mentio et repromissio nuptiarum futurarum*.²¹

alle parti la decisione di concludere due stipulazioni o una soltanto. Diversa la lettura avanzata da U. BARTOCCI, *'Spondebatur pecunia aut filia'* cit., 9 ss., secondo cui lo *spondere filiam* non va riferito alla promessa di futuro matrimonio, ma si pone «quale paradigma esemplificativo del regime arcaico dello *spondere* a prescindere dal contenuto di esso»; in questa prospettiva, lo *spondere filiam* indicherebbe l'atto con cui il padre disponeva della figlia determinandone l'*exire de voluntate*, cioè l'uscita (in termini attuali e non promissori) della figlia dalla sua sfera di potere.

¹⁷ P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 5 ss.

¹⁸ B. ALBANESE, *Verbis obligatio* cit., 151 ss., ha interpretato la proposizione *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa* e la successiva *quae pecunia inter se contra sponsu rogata erat* nel senso che esse indicassero, rispettivamente, le promesse formali del *pater* della fanciulla (egli si impegnava a concederla in moglie o, in caso di rifiuto, a pagare la penale) e le corrispondenti promesse formali dello *sponsus* (egli si obbligava a contrarre matrimonio o, in caso di rinuncia, a pagare la penale); R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 23 ss., invece, ha pensato che Varrone, con la frase *spondebatur pecunia aut filia nuptiarum causa*, si riferisse alle promesse del *pater* di concedere la fanciulla in matrimonio (*sponsio* di fidanzamento) o, in alternativa, di prestare una somma di denaro (stipulazione penale), mentre, con la proposizione *quae pecunia inter se contra sponsu rogata erat*, descrivesse la promessa reciproca del fidanzato e del padre della *sponsa* di pagare la penale in caso di impedimento all'unione. Difficile poi dire se questi ultimi negozi si concludessero mediante due stipulazioni tra loro indipendenti (quella con cui si prometteva il consenso alle nozze e quella penale) oppure con un'unica stipulazione penale, sottoposta a condizione sospensiva (si prometteva una somma di denaro se non si fosse dato l'assenso alle nozze) o con oggetto alternativo (si prometteva il matrimonio o la somma di denaro).

¹⁹ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 15.

²⁰ Cfr., per tutti, P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, I, Milano 1963², 308.

²¹ Ulpiano [D. 23.1.2 (Ulp. *l. sing. de spons.*): *Sponsalia autem dicta sunt a spondendo: nam moris fuit veteribus stipulari et spondere sibi uxores futuras*] si serve dell'espressione *uxores futurae* per indicare gli anti-

Fiorentino definisce gli *sponsalia* come la «proposta e correlativa promessa»²² di nozze future, scambiate senza alcuna formalità. Gli sponsali si configurano come un atto fondato essenzialmente sul consenso delle parti e non assumono più la forma della *stipulatio-sponsio*.

La trasformazione non manca di essere sottolineata da Ulpiano, il quale informa che è sufficiente il nudo consenso²³ per costituire gli sponsali:

D. 23.1.4 pr. (Ulp. 35 *ad Sab.*): *Sufficit nudus consensus ad constituenda sponsalia*.²⁴

Dunque, con l'abbandono della forma stipulatoria, viene meno qualsiasi forma di coerenza: nel caso in cui una parte rifiuti il consenso alle nozze, l'altra parte non avrebbe più a disposizione l'azione nascente dalla *sponsio-stipulatio* né altra azione.

Tuttavia, rimangono le stipulazioni penali quali forme limitative del consenso. Ma anche queste vengono ben presto neutralizzate in nome dell'emergente valore della libertà matrimoniale:²⁵

chi sponsali, mentre Fiorentino [D. 23.1.1 (Flor. 3 *inst.*)] usa, in luogo di *uxores futurae*, la locuzione *nuptiae futurae* per designare il fidanzamento al presente. Il giurista severiano, ponendo l'accento sulla moglie, e non sulle nozze, ci fa intuire, con ogni verosimiglianza, il ruolo meramente passivo che assumeva la *sponsa* nell'atto medesimo: oggetto e non soggetto della promessa. A rigore, il punto caratterizzante gli sponsali sarebbe stata la donna quale *uxor futura*. Fiorentino, invece, parlando di *nuptiae futurae*, fa intravedere una diversa situazione, in cui il rilievo dato alla volontà della *sponsa* era forse maggiore. In argomento, si veda, per tutti, S. SOLAZZI, *Le nozze della minorenni*, in *Atti della R. Accademia delle Scienze di Torino* 51, 1916, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, II, Napoli 1957, 147 ss.; E. VOLTERRA, *Sul consenso della filiafamilias agli sponsali*, Roma 1929, ora in ID., *Scritti giuridici* cit., I, 291 ss.; H. KUPISZEWSKI, *Studien* cit., 70 ss.; E. VOLTERRA, v. 'Sponsali' (*Diritto romano*), in NNDI 18, Torino 1971, 34 ss.; P. VOCI, *Storia della patria potestas da Augusto a Diocleziano*, in IVRA 31, 1980, ora in ID., *Studi di diritto romano*, II, Padova 1985, 404 s. (da ora citato come *Studi*); G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone* cit., 150 ss.; C. FAYER, *La familia romana* cit., 58 ss.

²² R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 67 nt. 13.

²³ Sarebbe stato necessario il consenso dei soggetti che dovevano manifestare la loro volontà in ordine al matrimonio, ovvero dei fidanzati e dei loro aventi potestà [(D. 23.1.7.1 (Paul. 35 *ad edict.*); D. 23.2.2 (Paul. 35 *ad edict.*)). Si poteva trattare di un consenso espresso oppure tacito. Con ogni verosimiglianza, se l'iniziativa era assunta dal *pater*, la figlia [cfr. anche D. 23.1.11 (Iul. 16 *dig.*)] o il figlio [D. 23.1.13 (Paul. 5 *ad edict.*)] avrebbero potuto opporsi, ma se non avessero dichiarato la propria contraria volontà, questa veniva presunta; se, invece, l'iniziativa era assunta dalla figlia o dal figlio, era il *pater* che avrebbe potuto opporsi, ma se non avesse dichiarato la propria contrarietà, anche questa veniva presunta. Tuttavia, se il dissenso del figlio appare sempre valorizzato [D. 23.1.13 (Paul. 5 *ad edict.*)], non altrettanto possiamo dire per quello della figlia [D. 23.1.12 (Ulp. *l. sing. de spons.*)]. Se, poi, gli *sponsi* erano *sui iuris* [D. 23.1.10 (Ulp. 3 *disp.*); D. 23.2.25 (Mod. 2 *reg.*); D. 37.4.3.5 (Ulp. 39 *ad edict.*)], la loro volontà era, a maggior ragione, essenziale. Infatti, per far sorgere il vincolo sponsalizio non era richiesto l'assenso del curatore, del tutore, della madre o di altri parenti, sebbene il ruolo di questi soggetti continuasse ad essere di rilievo [D. 23.1.4 (Ulp. 35 *ad Sab.*); D. 23.1.5 (Pomp. 16 *ad Sab.*); D. 23.1.6 (Ulp. 36 *ad Sab.*); D. 23.2.20 (Paul. *l. sing. ad or. divi Severi et Commodi*); C. 5.4.1 (Severus et Antoninus, a. 199); C. 5.4.8 (Gordianus, a. 241)]. In argomento, si veda, per tutti, P. VOCI, *Studi* cit., II, 403 ss.

²⁴ Il termine *nudus* è ritenuto aggiunto, per tutti, da E. LEVY, *Der Hergang der römischen Ehescheidung*, Weimar 1925, 70 nt. 2.

²⁵ Ai passi citati nel testo occorre aggiungere uno di Celso, che descrive il caso di una stipulazione condizionata positivamente: una donna si fa promettere una somma di denaro dallo *sponsus* per dare il proprio assenso al matrimonio, Si legga D. 45.1.97.2 (Cels. 26 *dig.*): '*Si tibi nupsero, decem dari spondes?*' *causa cognita denegandam actionem puto, nec raro probabilis causa eiusmodi stipulationis est. item si vir a muliere eo modo non in dotem stipulatus est*. È bene domandarsi se anche nel caso prospettato da Celso si possa

D. 35.1.71.1 (Pap. 17 *quaest.*): *Titio centum relicta sunt ita, ut Maeviam uxorem quae vidua est ducat: condicio non remittetur et ideo nec cautio remittenda est. huic sententiae non refragatur, quod, si quis pecuniam promittat, si Maeviam uxorem non ducat, praetor actionem denegar: aliud est enim eligendi matrimonii poenae metu libertatem auferri, aliud ad testamentum certa lege invitari.*²⁶

Papiniano prospetta due casi.²⁷ A noi interessa il secondo: un soggetto promette del denaro qualora non prenda in moglie Mevia. Rispetto a questa stipulazione, Papiniano ritiene che si sia verificata, mediante il timore di una pena, una limitazione della libertà di scelta matrimoniale. Pertanto, se Mevia, verificatasi la condizione – la mancata conclusione dell'unione –, esperisce l'azione per ottenere la somma di denaro, il pretore²⁸ deve negare l'azione.

Sulla stessa linea, Paolo:

parlare di limitazione della libertà matrimoniale e quale dei due soggetti risulti effettivamente coartato. In questa ipotesi, di certo, non si ripropone la decisione tra il mancato assenso al matrimonio e la pena. Ciononostante, ci sembra difficile negare una compressione della libertà di scelta. Infatti, lo *sponsus* deve decidere se promettere il denaro e concludere le nozze oppure non promettere e non concludere le nozze. Ed è questa, con ogni verosimiglianza, la ragione che spinge Celso a ritenere che il pretore avrebbe dovuto negare l'azione con la quale la fidanzata, divenuta moglie, avesse cercato di far valere la propria pretesa; analogamente, se fosse stato il nubendo a farsi promettere dalla *sponsa* una somma di denaro, a meno che non si fosse trattato della dote. Sul testo, rimandiamo, per tutti, a G. GANDOLFI, *Studi sull'interpretazione degli atti negoziali in diritto romano*, Milano 1966, 153; J.G. WOLF, *Causa stipulationis*, Köln 1970, 21 s.; A. METRO, *La «denegatio actionis»*, Milano 1972, 97; G. SACCONI, *Ricerche sulla stipulatio*, Napoli 1989, 135 s.; R. ASTOLFI, *Esegesi e traduzione di D. 45.1.97.2*, in ZSS 111, 1994, 444 ss.; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 24 s., con indicazione di altra bibliografia.

²⁶ Cfr., sul passo, tra gli altri, H. SIBER, *Schuldverträge* cit., 108, che giudica interpolato l'inciso *et ideo quod*; P. BONFANTE, *Corso* cit., I, 309 nt. 2, il quale ritiene che nella parte finale del frammento in luogo di *testamentum* si debba leggere *matrimonium* o *matrimonium testamentum*; M. SARGENTI, *Studi sulla «restitutio in integrum»*, in BIDR 69, 1966, 219 ss.; S. DI SALVO, *Il legato modale in diritto romano*, Napoli 1973, 58 s.; R. KNÜTEL, *Stipulatio poenae*, Köln-Wien 1976, 52.; M. KASER, *Über Verbotsgesetze und Verbotswidrige Geschäfte im römischen Recht*, Wien 1977, 89 s.; G. SACCONI, *Ricerche* cit., 135 s.; R. ASTOLFI, *Esegesi e traduzione* cit., 447 e 447 nt. 3; P. FERRETTI, *La misteriosa ratio dell'art. 80 del Codice civile italiano*, in G. SANTUCCI (a cura di), *Fondamenti del diritto europeo. Seminari trentini*, Napoli 2012, 155 ss.

²⁷ Il primo caso, che non descriviamo nel testo, riguarda un legato sottoposto alla condizione delle nozze: l'onorato avrebbe dovuto sposare la vedova Mevia per ricevere cento.

²⁸ Con particolare riferimento ai passi in questione, sostiene l'invalidità civile, per tutti, M. KASER, *Über Verbotsgesetze* cit., 93 s., il quale, a proposito di D. 45.1.134 pr., pensa che la concessione dell'*exceptio doli* dipendesse dal fatto che la situazione concreta, cui si faceva riferimento, fosse complessa e non apertamente contraria ai buoni costumi; G. SACCONI, *Ricerche* cit., 137 s. La maggior parte degli studiosi, invece, è propensa a credere alla validità civile della stipulazione, le cui conseguenze sarebbero state paralizzate dal pretore: si veda, tra gli altri, F. MESSINA VITRANO, *La disciplina romana dei negozi giuridici invalidi 1. I negozi iuris civilis sotto condizione illecita*, in AUPE 33, 1921, 591; H. LÉVY-BRUHL, *La denegatio actionis sous la procédure formulaire*, Lille 1924, 63 s.; G. GROSSO, *Obbligazioni*, Torino 1947, 87; M. TALAMANCA, *Ricerche in tema di «compromissum»*, Milano 1958, 93 e 94 nt. 125; R. MARTINI, *Il problema della causae cognitio pretoria*, Milano 1960, 95; F. PASTORI, *Appunti* cit., 274 s.; E. VOLTERRA, *Osservazioni intorno agli antichi sponsali romani*, in *Raccolta di scritti in onore di A.C. Jemolo*, IV, Milano 1963, ora in ID., *Scritti giuridici* cit., II, 506; M. TALAMANCA, *Sull'interpretazione di Ulpiano, L. 13 'AD ED.' D. 4.8.21.9-11*, in *Studi in onore di G. Chiarelli*, IV, Milano 1974, 4225 ss.; B. ALBANESE, *Gli atti negoziali nel diritto privato romano*, Palermo 1982, 294; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 22 ss.; A. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale e stipulatio poenae*, in SDHI 66, 2000, 151 ss.; U. BARTOCCI, *'Spondebatur pecunia aut filia'* cit., 68.

D. 45.1.134 pr. (Paul. 50 resp.): *Titia, quae ex alio filium habebat, in matrimonium coit Gaio Seio habenti filiam: et tempore matrimonii consenserunt, ut filia Gaii Seii filio Titiae desponderetur, et interpositum est instrumentum et adiecta poena, si quis eorum nuptiis impedimento fuisset: postea Gaius Seius constante matrimonio diem suum obiit et filia eius noluit nubere: quaero, an Gaii Seii heredes teneantur ex stipulatione. respondit ex stipulatione, quae proponeretur, cum non secundum bonos mores interposita sit, agenti exceptionem doli mali obstaturam, quia inhonestum visum est vinculo poenae matrimonia obstringi sive futura sive iam contracta.*²⁹

Tizia e Gaio Seio decidono di sposarsi e al momento del matrimonio convergono di fidanzare i loro figli, frutto di unioni precedenti. Per rendere cogente la promessa, stipulano una penale nel caso in cui uno di loro sia di impedimento alle nozze.³⁰ Seguono due avvenimenti: Gaio Seio muore e sua figlia rifiuta il matrimonio con il promesso sposo. La domanda,³¹ rivolta al giurista, verte sulla responsabilità degli eredi di Seio *ex stipulatione*. La risposta di Paolo è chiara: la penale non è dovuta, perché essa non è *secundum bonos mores* ed è *inhonestum vinculo poenae matrimonia obstringi*. Pertanto, gli eredi di Seio possono opporre l'eccezione di dolo³² per paralizzare l'ingiusta pretesa.

Dunque, mentre i *veteres mores* impongono ai fidanzati l'obbligo di concludere le nozze, i *mores* dell'ultimo periodo repubblicano e del primo principato, valorizzando la libertà matrimoniale quale nuovo principio della *civitas*, li esonerano da tale obbligo. Il *mos* si ripercuote poi sullo *ius*: la *sponsio* di fidanzamento cede al *nudus consensus*³³ e le stipulazioni

²⁹ Cfr., sul passo, oltre agli autori citati nella nota precedente, anche S. RICCOBONO, *Traditio ficta*, in ZSS 34, 1913, 182, il quale propone in luogo di *et interpositum est instrumentum et adiecta poena* la seguente lezione: «et interposita est stipulatio adiecta poena», in quanto, in età classica, la *stipulatio*, e non l'*instrumentum*, sarebbe stata necessaria per costituire l'obbligazione; S. DI MARZO, *Lezioni sul matrimonio romano*, Palermo 1919 (ed. anast., Roma 1972), 18, che ritiene, sebbene in forma dubitativa, un'aggiunta le espressioni (*sive futura sive iam contracta*) finali (è critico nei confronti di questa opinione P. BONFANTE, *Corso cit.*, I, 309 nt. 2); S. RICCOBONO, *Stipulatio ed instrumentum nel Diritto giustiniano*, in ZSS 43, 1922, 314; E. VOLTERRA, *Osservazioni cit.*, 505 s.; G. MATRINGE, *La puissance paternelle et le mariage des fils et filles de famille en droit romain*, in *Studi in onore di E. Volterra*, V, Milano 1971, 202; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità. Quasi nullus nella giurisprudenza romana*, Napoli 1983, 97 ss.; J. PARICIO, *La relevancia jurídica de unos esponsales (Notas sobre un 'responsum' de Marcelo recogido en D. 24.3,38)*, in SDHI 50, 1984, 497 nt. 23; J. PLESCIA, *The Development cit.*, 279 s.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento cit.*, 43 ss.; P. CERAMI, *Eccezione di dolo generale in materia di persone e famiglia*, in AUPA 50, 2005, 16; L. INGALLINA, *Profili di responsabilità cit.*, 7 ss.

³⁰ Si tratta, quindi, di una *stipulatio poenae* reciproca.

³¹ Secondo R. ASTOLFI, *Il fidanzamento cit.*, 44, l'incertezza che determina la domanda sarebbe dovuta proprio al fatto che, morto il padre, il fidanzamento venga sciolto dalla figlia.

³² Questo passo sembra richiamato da Sch. Sin. 2.4, nel quale, tuttavia, non appare traccia della *exceptio doli*. Sul punto, E. VOLTERRA, *Osservazioni cit.*, 507, fa notare che ciò sarebbe dovuto alla circostanza che l'ignoto autore degli scolii avrebbe preso in considerazione il rapporto sotto l'aspetto sostanziale (la stipulazione sarebbe stata inutile) e non giudiziale. Per l'interpolazione del testo pregiustiniano, si schiera, invece, L. CHIAZZESE, *Confronti testuali. Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, in AUPA 16, 1931, 519 ss. In senso contrario, cioè a favore dell'autenticità, si veda, per tutti, E. ALBERTARIO, *Da Diocleziano a Giustiniano*, in *Conferenze per il XIV centenario delle Pandette (15 dicembre 530-15 dicembre 1930)*, Milano 1931, ora in ID., *Studi di diritto romano*, V, Milano 1933, 241 nt. 1.

³³ D. 23.1.4 pr. (Ulp. 35 *ad Sab.*). Nel caso in cui i nubendi avessero continuato a porre in essere la *sponsio* di fidanzamento, è verosimile presumere che anche questa, analogamente alle stipulazioni penali, sarebbe stata ritenuta *contra bonos mores* e l'*actio ex stipulatu*, esperita al fine di chiedere il risarcimento per

penali, che si è soliti accompagnare agli sponsali, sono neutralizzate dal pretore attraverso la denegazione dell'azione³⁴ o la concessione dell'eccezione di dolo.³⁵

3. GIULIANO (D. 39.5.1.1) E PAPINIANO (FRAGM. VAT. 262): *ADFINITATIS CONTRAHENDAE CAUSA DONATIONES FACTAE*.

Se in età classica sembra affermarsi un nuovo *mos*, che valorizza la libertà matrimoniale a tal punto da determinare un cambiamento nella disciplina degli sponsali e delle stipulazioni accessorie, è altresì vero che le fonti documentano anche la sopravvivenza di un altro *mos*, il quale, al contrario, appare ancorato alla precedente idea del fidanzamento quale anticipazione del matrimonio.³⁶

Tuttavia, quest'ultimo costume, abolite la *sponsio-stipulatio* per la creazione del vincolo sponsalizio e le stipulazioni penali, avrebbe dovuto cercare l'alleanza di altri strumenti giuridici e, con ogni verosimiglianza, li avrebbe trovati nelle donazioni tra fidanzati o, per meglio dire, in un tipo di donazioni tra fidanzati.

Di queste liberalità ci informano Giuliano e Papiniano:

D. 39.5.1.1 (Iul. 17 *dig.*) *Igitur cum dicimus inter sponsum et sponsam donationem valere, propria appellatione utimur et factum demonstramus, quod ab eo proficiscitur, qui liberalitatis*

l'ingiustificato rifiuto, paralizzata dal pretore. In questo senso, già R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 42 s., che cita (43 nt. 79) Plut., *Cato minor* 7.

³⁴ D. 35.1.71.1 (Pap. 17 *quaest.*).

³⁵ D. 45.1.134 pr. (Paul. 50 *resp.*).

³⁶ Molte sono le testimonianze che documentano gli sponsali come potente strumento per realizzare alleanze politiche e famigliari. Sembrano, infatti, alludervi D. 23.1.4.1 (Ulp. 35 *ad Sab.*); D. 23.1.14 (Mod. 4 *diff.*); D. 23.1.18 (Ulp. 6 *ad edict.*). Inoltre, sempre in questa prospettiva, si veda Cic., *Brut.* 26.98; *Cluent.* 64.179; *Sest.* 3.6; *Nep., Att.* 19.4; *Plut., Cato mi.* 25.4; 25.9; 25.11-12; *Plut., Pomp.* 9; 47; *Tac., Agr.* 9.6; *Tac., Ann.* 2.43.2; *Svet., Iul.* 1; *Tib.* 7; *Tert., uxor.* 2.9 (in Migne, PL, I, 1302); *Vell.* 2.44.3; 2.100.4. Cfr., tra gli altri, L. GELZER, *Die römische Nobilität*, Leipzig 1912; F. MÜNZER, *Römische Adelsparteien und Adelsfamilien*, Stuttgart 1920; O. MONTEVECCHI, *Ricerche di sociologia nei documenti dell'Egitto greco-romano*, in *Aegyptus* 16, 1936, 32 ss.; R. SYME, *The Roman Revolution*, Oxford 1939; G. MATRINGE, *La puissance paternelle* cit., 202 e 202 nt. 46; K. HOPKINS, *Death and Renewal. Sociological studies in Roman history*, Cambridge 1983; R. SYME, *The Augustan Aristocracy*, Oxford 1986; P. VEYNE, *L'Impero romano*, in PH. ARIÈS, G. DUBY (a cura di), *La vita privata dall'Impero romano all'anno mille*, trad. it., Bari 1986, 27 ss.; R.P. SALLER, *Men's age at marriage and its consequences in the Roman family*, in *Cph* 82, 1987, 21 ss.; B.D. SCHAW, *The age of Roman girl at marriage: some reconsiderations*, in *JRS* 77, 1987, 30 ss.; J. GAUDEMET, *Le mariage en Occident*, Paris 1987, 33 ss.; R.P. SALLER, *I rapporti di parentela e l'organizzazione familiare*, in E. GABBA e A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma*, IV, Torino 1989, 527 ss.; E. CANTARELLA, *La vita delle donne*, in E. GABBA e A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia di Roma* cit., IV, 559 s.; F. DUPONT, *La vita quotidiana nella Roma repubblicana*, Bari 1990, 120 ss.; AA.VV., *Parenté et stratégies familiales dans l'antiquité romaine* (Actes de la table ronde des 2-4 octobre 1986 – Paris), Roma 1990; M. PANI, *Lotte per il potere e vicende dinastiche. Il principato tra Tiberio e Nerone*, in G. CLEMENTE, F. COARELLI, E. GABBA (a cura di), *Storia di Roma* cit., II.2, 238 ss.; S. TREGGIARI, *Roman Marriage*, Oxford 1991; G. FRANCIOSI, *Famiglia e persone* cit., 151 s.; S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, *El matrimonio como estrategia en la carrera política durante el último tramo de la República*, in *RIDROM* 7, 2011, 367 ss.; M. CASOLA, *L'età del fidanzamento secondo Modestino*, in *Diritto@storia* 10, 2011-2012; I. PIRO, *Spose bambine. Risalenza, diffusione e rilevanza giuridica del fenomeno in età romana. Dalle origini all'epoca classica*, Milano 2013; F. MILAZZO (a cura di), *Ubi tu Gaius. Modelli familiari, pratiche sociali e diritti delle persone nell'età del Principato*, Milano 2014, 1 ss.

*gratia aliquid dat, ut confestim faciat accipientis nec umquam ullo facto ad se reverti velit. cum vero dicimus, si hac mente donat sponsus sponsae, ut nuptiis non secutis res auferatur, posse repeti, non contrarium priori dicimus, sed concedimus inter eas personas fieri donationem eam, quae sub condicione solvatur;*³⁷

Fragm. Vat. 262 (Pap. 12 resp.): *Sponsae res simpliciter donatae non insecutis nuptiis non repetuntur. Sed et si adfinitatis contrahendae causa donationes factae sunt et nuntium sponsus culpa sua remiserit, aequae non repetuntur. quod ita intellegi oportet, si revocandae donationis condicio non coniuncti matrimonii comprehendatur non perficiendi contractus.*³⁸

Giuliano e Papiniano, sebbene da prospettive diverse (sistematica l'uno, casistica l'altro), ci informano dell'esistenza di due tipi di donazione: la donazione semplice e la donazione fatta a causa della promessa di matrimonio.

La donazione semplice – *res simpliciter donatae*³⁹ – è una donazione posta in essere dal fidanzato *liberalitatis gratia*,⁴⁰ ossia con l'unico fine di beneficiare la *sponsa*: si concretizza in un atto di trasmissione, i cui effetti sono definitivi ed irrevocabili fin dal primo momento, del tutto indipendenti dalle nozze future.

La donazione fatta a causa della promessa di matrimonio – *adfinitatis contrahendae causa donationes factae*⁴¹ –, invece, è una donazione i cui effetti, pur producentisi immediatamente in capo al donatario, appaiono strettamente legati alle nozze future.⁴² Da Papinia-

³⁷ D. 39.5.1 pr. (Iul. 17 dig.): *Donationes complures sunt. dat aliquis ea mente, ut statim velit accipientis fieri nec ullo casu ad se reverti, et propter nullam aliam causam facit, quam ut liberalitatem et munificentiam exerceat: haec proprie donatio appellatur. dat aliquis, ut tunc demum accipientis fiat, cum aliquid secutum fuerit: non proprie donatio appellabitur, sed totum hoc donatio sub condicione est. item cum quis ea mente dat, ut statim quidem faciat accipientis, si tamen aliquid factum fuerit aut non fuerit, velit ad se reverti, non proprie donatio dicitur, sed totum hoc donatio est, quae sub condicione solvatur. qualis est mortis causa donatio.*

³⁸ SAVIGNY, KELLER, HOLLWEG, in TH. MOMMSEN, *Collectio librorum iuris anteustiniani*, III, Berolini 1890, 83 nt. 1. Altre sono state le letture critiche proposte, come ad esempio quella di P.E. HUSCHKE, *Iurisprudentiae anteustinianae*, Lipsiae 1886⁵, 789: ... *quod ita intellegi oportet, si revocandi donationes condicio non coniuncto matrimonio comprehendatur, non perficiendi contractus*; ancora TH. MOMMSEN, *Collectio cit.*, 83: ... *quod ita intellegi oportet, si revocandis donationibus condicio non comprehendatur non coniuncto matrimonio non perficiendi contractus*. L'autorevole studioso cita alla nota 1 di pagina 83 una sua precedente lettura: ... *quod ita intellegi oportet, si revocantis donationis condicio non coniuncti matrimoni comprehendatur non perficiendi contractus*; in J. BAVIERA, FIRA, II, 519, si legge la prima versione di Mommsen riportata sopra. Tuttavia, occorre precisare che, nelle diverse ricostruzioni, il senso sostanziale del passo sembra rimanere il medesimo.

³⁹ Fragg. Vat. 262 (Pap. 12 resp.).

⁴⁰ D. 39.5.1.1 (Iul. 17 dig.).

⁴¹ Fragg. Vat. 262 (Pap. 12 resp.). Sul fatto che il termine *adfinitas* sia qui impiegato come sinonimo di matrimonio, si veda, per tutti, P. BONFANTE, *Corso cit.*, I, 637 nt. 1.

⁴² Balza agli occhi che Giuliano, illustrando le diverse tipologie di donazioni tra fidanzati, tralasci quelle sottoposte a condizione sospensiva espone nel *principium* di D. 39.5.1, ovvero le donazioni i cui effetti rimangono sospesi nell'intervallo di tempo intercorrente fra la consegna dei beni e la conclusione delle nozze. La ragione per cui il giurista tace è da ricercarsi nella circostanza che una donazione, ancorché compiuta tra fidanzati, ma produttiva di effetti soltanto a matrimonio avvenuto, sarebbe equivalsa ad una donazione tra coniugi, come si evince da C. 5.3.4. *Imp. Gordianus A. Marco. Quod sponsae ea lege donatur, ut tunc dominium eius adipiscatur, cum nuptiae fuerint secutae, sine effectu est. PP. VIII k. Dec. Gordiano A. et Aviola cons.* (a. 239). Sul punto, si veda, tra gli altri, G. CORNIL, *Die Arrha im justinianischen Recht*, in ZSS 48, 1928, 59; E. VOLTERRA, *Per la storia del reato di bigamia in diritto romano*, in *Studi in memoria*

no⁴³ ne apprendiamo la disciplina: tali donazioni sono irrevocabili nel caso in cui gli sponsali si sciolgano per colpa del donante, mentre diventano revocabili nel caso in cui gli sponsali di scioglano per colpa del donatario o per morte di uno dei nubendi.

È sufficiente questa sintetica descrizione per accorgersi che le donazioni a causa della promessa di matrimonio sono uno strumento limitativo della libertà matrimoniale, operando allo stesso modo delle stipulazioni penali. Infatti, come nelle stipulazioni penali il rifiuto del promittente viene sanzionato con l'obbligo di pagare una somma di denaro, così, nelle donazioni fatte a causa della promessa di matrimonio, il rifiuto del nubendo viene sanzionato con la perdita della liberalità effettuata e con l'obbligo di restituzione della liberalità ricevuta.

Dunque, ancora una volta ci imbattiamo nel binomio *mos atque ius*: il *mos*, che vede nel fidanzamento la prefigurazione dell'unione nuziale, trova nel *ius*, ossia nelle donazioni fatte a causa della promessa di matrimonio, lo strumento per attuarsi: i fidanzati o i loro *patres*, al momento della liberalità, concludono un accordo di restituzione⁴⁴ in caso di mancate nozze e, in questo modo, imprimono alla donazione la disciplina sopra vista.

4. COSTANTINO (CTh. 3.5.2): *CUM VETERUM SENTENTIA DISPLICEAT, QVAE DONATIONES IN SPONSAM NUBTIIS QUOQUE NON SECUTIS DECREVIT VALERE.*

Sulle donazioni tra fidanzati, di cui un tipo – *adfinitatis contrahendae causa donationes factae*⁴⁵ – continua ad essere espressione di un *mos* legato all'idea del fidanzamento quale anticipazione del matrimonio, legifera Costantino:

CTh. 3.5.2⁴⁶ *Imp. Constantinus A. ad Maximum p(raefectum) u(rbi). Cum veterum sen-*

di U. Ratti, Milano 1934, 447; L. ARU, *Le donazioni tra coniugi in diritto romano*, Padova 1938, 59 nt. 1; K. MISERA, *Der Bereicherungsgedanke bei der Schenkung unter Ehegatten*, Köln-Wien 1974, 86; H. KUPISZEWSKI, *Osservazioni sui rapporti patrimoniali tra fidanzati nel diritto romano classico: 'dos' e 'donatio'*, in IVRA 29, 1978, 134; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 140.

⁴³ Giuliano (D. 39.5.1.1), a differenza di Papiniano (Fragm. Vat. 262), tace la regola dello *sponsus* che non può revocare la donazione se è lui a fornire la causa di scioglimento degli sponsali. Ma niente di quel che il giurista dice sembra incompatibile con l'esistenza di questa regola. Alla lettera, Giuliano si limita ad affermare che in un tipo di liberalità 'il fidanzato dona con l'intenzione di poter revocare, cosicché la cosa gli ritorni se le nozze non seguono, e che questa è una donazione sotto condizione'. È l'impianto sistematico, classificatorio del discorso che, a mio avviso, avrebbe indotto il giurista a non scendere in ulteriori dettagli. Dettagli che invece fornisce Papiniano, perché lo impone il caso oggetto del responso. *Contra*, per tutti, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 141 ss.

⁴⁴ L'elemento che avrebbe permesso di distinguere i due tipi di donazione era verosimilmente un accordo di restituzione. Come documentano molti rescritti della seconda metà del III secolo e riportati in C. 5.3 [C. 5.3.2 (Alexander); C. 5.3.4 (Gordianus, a. 239); C. 5.3.7 (Carus, Carinus et Numerianus); C. 5.3.11 (Diocletianus et Maximianus); C. 5.3.12 (Diocletianus et Maximianus, a. 294)], si sarebbe trattato di un patto restituzione che, in caso di mancate nozze, avrebbe impresso alla donazione il carattere di donazione a causa della promessa di matrimonio. Di conseguenza, tutte le donazioni prive di tale accordo erano irrevocabili – donazioni semplici – e queste, per così dire, costituivano la norma sulla quale le donazioni con patto di restituzione – le donazioni a causa della promessa di matrimonio – si sono innestate. Per ulteriori informazioni sulla struttura del patto e sulla conseguente disciplina collegata al tipo di condizione, rimandiamo da ultimo a P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 51 ss., con altra bibliografia. *Contra*, per tutti, P. PINNA PARPAGLIA, *Le donazioni fra fidanzati nel mondo romano classico*, Sassari 1963, 18 s.

⁴⁵ Fragg. Vat. 262 (Pap. 12 resp.).

⁴⁶ CTh. 3.5.2 = C. 5.3.15.

tentia displiceat, quae donationes in sponsam nubtiis quoque non secutis decrevit valere, ea, quae largiendi animo inter sponsos et sponsas iure celebrantur, redigi ad huiusmodi condiciones iubemus, ut, sive in potestate patris degere sive ullo modo proprii videantur esse iuris et tamquam futuri causa matrimonii aliquid sibi ipsi vel consensu parentum mutuo largiantur, si quidem sponte vir sortiri noluerit uxorem, id quod ab eo donatum fuerit nec repetatur traditum et, si quid apud donatorem resedit, ad sponsam submotis ambagibus transferatur. [1] Quod si matrimonii non contrahendi causa ab sponsa, vel in cuius agit potestate, detegatur extitisse, tunc sponso eiusque heredibus sine aliqua deminutione redhibeantur. [2] Quae similiter observari oportet et si ex parte sponsae in sponsum donatio facta sit; nullis causis ulterius requirendis, ne forte mores aut origo dicatur, vel quidquam aliud opponatur, quod sibi quisquam non convenire existimat, cum longe ante, quam sponsalia contrahantur, haec cuncta prospici debuerint. Sola igitur indagetur voluntas et mutata animi sententia ad restitutionem seu repetitionem rerum donatarum sufficiat, cum universis causationibus pulsus nihil amplius constare debeat, nisi ut appareat, qui sibi contrahendum matrimonium dixerit displicere. [3] Et quoniam fieri potest, ut moriatur alter adhuc incolumi voluntate, priusquam nubtiae contrahantur, congruum duximus, eo, in quem fuerat facta donatio, ante matrimonium diem functo, quae sponsaliorum titulo vel data vel ullo genere donata sunt, ad eum qui donaverat revocari: eo etiam qui donaverat ante nubtias mortuo mox infirmari donationem et ad eius heredes sine aliqua difficultate retrahi res donatas. [4] Quod beneficium usque ad personam patris ac matris, filiorum etiam, si qui de priore matrimonio fuerint, stare decernimus, si quocumque modo ex his persona aliqua defuncto successerit. Quod si ex his nulla persona defuncti heres erit, sed ex reliquis gradibus quisquam succedat, donationes convenit etiam non insecutis ex causa mortis nubtiis convalescere, quoniam illis tantum personis credimus consulendum. Dat. XVII kal. novemb. p(ro)p(osita) VI kal. s(upra)s(crip)tas Rom. Constantino A. V et Licinio Caes. Cons. (a. 319).

La costituzione si apre con un esplicito richiamo alla disciplina elaborata dalla giurisprudenza classica⁴⁷ – disciplina che Costantino dichiara di non gradire –, secondo cui le donazioni tra fidanzati erano valide anche se le nozze non si fossero concluse. Queste parole, con ogni verosimiglianza, rinviano al fatto che, come si è detto, tutte le donazioni tra nubendi, in mancanza di un patto espresso, erano, al pari di ogni altra donazione non tra fidanzati, irrevocabili.

A tale regime l'imperatore si oppone, creando una netta frattura con il passato: d'ora in poi, il donante non può revocare quanto dato, se è lui a rifiutare il consenso alle nozze, mentre può chiedere la restituzione, se è il donatario a rifiutare l'assenso.⁴⁸ Pertanto, se le

⁴⁷ CTh. 3.5.2: *Cum veterum sententia displiceat* ... Per quanto riguarda le espressioni riportate, si veda, tra gli altri, J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus cum Perpetuis Commentariis*. Opus recognitum ... opera et studio A. Marvillii, ed. nova, I, Lipsiae 1736, 303, ad CTh. 3.5.2, il quale svolge il termine *veteres* in «veteres Iurisconsulti»; C. DUPONT, *Les textes constantiniens et le Préfet de la Ville*, in RHD 47, 1969, 628, che ritiene ambigua la proposizione iniziale, non essendo chiaro, a parere della studiosa, a chi fosse riferibile la contrarietà all'antica massima, «au prince ou aux sujets qui exprimèrent leur avis? Dans le premier cas, nous aurions une décision de réforme indépendante d'un action extérieure; dans le second, CTh. 3.5.2 devient une loi répondant à la demande des administrés. Il est difficile de se prononcer».

⁴⁸ Se gli sponsali si fossero sciolti per la morte di uno dei fidanzati, Costantino (CTh. 3.5.2.3) distingue: in caso di morte del donatario – non rilevando se *sponsus* o *sponsa* –, il donante superstite può chiedere la restituzione, sempre. In caso di morte del donante, invece, possono chiedere la restituzione soltanto alcuni eredi, ovvero il padre, la madre e i figli nati dal primo matrimonio del defunto; in mancanza di tali eredi, la donazione è irrevocabile. Questa disciplina sembra cambiare nel 336, allorché l'imperatore emana il provvedimento riportato in CTh. 3.5.6 (= C. 5.3.16). *Imp. Constantinus A. ad Tiberianum Vicarium*

donazioni sono reciproche, lo *sponsus* o la *sponsa* che scioglie gli sponsali perde in maniera definitiva il dono fatto e deve restituire quello ricevuto.⁴⁹

Costantino, dunque, abroga la distinzione tra i due tipi di donazione tra fidanzati⁵⁰ e sottopone tutte le loro liberalità⁵¹ ad una disciplina unitaria, che altro non è se non la disciplina delle donazione fatte a causa della promessa di matrimonio.⁵² Appare di tutta evidenza la portata dell'intervento normativo: il legislatore si sostituisce all'autonomia dei nubendi di aggiungere alla donazione un patto di restituzione in caso di mancato matrimonio e stabilisce che si perde la donazione quando si nega il consenso alle nozze. Non più un *mos* lasciato alla piena discrezionalità dei nubendi e dei loro *patres*, bensì un *mos* che, assunto dalla legge, vincola tutti per favorire la conclusione dei matrimoni.

Non solo. Mentre in età classica, secondo quanto riferisce Papiniano,⁵³ veniva dato riconoscimento alle giuste cause di ripudio ai fini della restituzione della liberalità, con Costantino esse perdono rilevanza: ai fini della revocabilità o meno della donazione, l'impe-

*Hispaniarum. Si a(b spons)o rebus sp(on)sae donatis interveniente osculo ante nuptias hunc vel illam mori contigerit, dimidiam partem rerum donatarum ad superstitem pertinere praecipimus, dimidiam ad defuncti vel defunctae heredes, cuiuslibet gradus sint et quocumque iure successerint, ut donatio stare pro parte media et solvi pro parte media videatur: osculo vero non interveniente, sive sponsus sive sponsa obierit, totam infirmari donationem et donatori sponso sive heredibus eius restitui. [1] Quod si sponsa interveniente vel non interveniente osculo sponsaliorum titulo, quod raro accidit, fuerit aliquid sponso largita et ante nuptias hunc vel illam mori contingerit, omni donatione infirmata ad donatricem sponsam sive eius successores donatarum rerum dominium transferatur. Dat. id. Ivl. Constant(ino)p(oli). Accepta XIII k. Mai. Hispali Nepotiano et Facundo cons. (a. 336). Su questa costituzione, si veda, per tutti e con altra bibliografia, H. WIELING, *Kuß, Verlobung und Geschenk*, in *Status familiae, Festschrift für A. Wacke*, München 2001, 552 ss.; P. FERRETTI, *Donazioni e sponsali nella politica costantiniana*, in *filia – Scritti per G. Franciosi*, II, Napoli 2007, 847 ss.*

⁴⁹ Su questa disciplina, oltre agli autori citati nelle note precedenti, si veda ad esempio H. KUPISZEWSKI, *Studien cit.*, 85 s.; C. DUPONT, *Peine et relations pécuniaires entre fiancés et conjoints dans les constitutions rendues de 312 à 565 Jésus-Christ*, in RIDA 23, 1976, 121 s.; P. VOCI, *Il diritto ereditario romano nell'età del tardo Impero. I. Le costituzioni del IV secolo*, in IVRA 29, 1978, ora in ID., *Studi di diritto romano cit.*, II, 146 s. (da ora citato come *Studi*); P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino e Giustiniano*, in IVRA 38, 1987, 108; E. LOZANO CORBÍ, *Las donaciones nupciales en el Derecho Romano*, in RIDA 42, 1995, 222 s.; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati cit.*, 98 ss.

⁵⁰ Fanno genericamente riferimento a tutte le donazioni tra fidanzati, senza operare alcuna distinzione: F. SCHUPFER, *La famiglia secondo il diritto romano*, I, Padova 1876, 38; A. ESMEIN, *Le testament du mari et la donatio ante nuptias*, in RHD 8, 1884, 26; F. BRANDILEONE, *Sulla storia e la natura della donatio propter nuptias*, Bologna 1892, 17; F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, XXIII, tradotto e annotato da R. D'Ancona, Milano 1898, 608 nt. 85; G. CORNIL, *Debitum et obligatio*, in *Mélanges P.F. Girard, Études de droit romain dédiées à P.F. Girard à l'occasion du 60. anniversaire de sa naissance*, I, Paris 1912, 246; G. VISMARA, *La donazione nuziale nel diritto ebraico e nelle fonti cristiane in relazione al diritto romano post-classico*, in *Cristianesimo e diritto romano*, Pubblicazioni dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, serie II, Scienze giuridiche, 43, Milano 1935, 398; P.E. CORBETT, *The Roman Law of Marriage*, Oxford 1969², 206; E. LOZANO CORBÍ, *Las donaciones nupciales cit.*, 222.

⁵¹ Alcuni autori hanno pensato, sebbene con sfumature diverse, che Costantino (CTh. 3.5.2) disciplinasse anche le arre sponsalizio: LÖHR, *Von der propter nuptias donatio*, in ACP 15, 1832, 445 ss.; ID., *Noch ein Paar Worte über die propter nuptias donatio*, in ACP 30, 1847, 323 ss.; L. MITTEIS, *Reichsrecht und Volksrecht in den östlichen Provinzen des römischen Kaiserreichs*, Leipzig 1891 (ed. an., Hildesheim 1963), 305; P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte der arrha sponsalicia*, in ZSS 33, 1912, 392 ss.; C. DUPONT, *Peine et relations pécuniaires cit.*, 121. A me sembra che questa opinione non trovi il conforto delle fonti.

⁵² Fragm. Vat. 262 (Pap. 12 resp.); D. 39.5.1.1 (Iul. 17 dig.).

⁵³ Fragm. Vat. 262 (Pap. 12 resp.).

ratore fa esclusivo riferimento alla volontà contraria al matrimonio.⁵⁴ Una normativa, pertanto, particolarmente severa nei confronti di colui il quale avesse sciolto il vincolo sponsalizio, non potendo egli invocare la diversità di costumi o di origine, poiché ‘tutte queste cose devono essere previste *cum longe ante, quam sponsalia contrahantur*’. Una normativa, come è stato detto, paragonabile ad un «regime penale, tendente a indurre gli sposi alla esecuzione della promessa».⁵⁵

Ricapitolando, anche in età costantiniana, due *mores*, tra loro antitetici, convivono: da una parte, il *mos* che valorizza la libertà matrimoniale e non vuole ostacoli al suo esplicarsi; dall'altra, il *mos* che concepisce il fidanzamento come anticipazione delle nozze. Entrambi i *mores* si ripercuotono sullo *ius*: del primo continuano ad essere espressione le modalità, prive di forma, di conclusione degli sponsali e l'illiceità delle stipulazioni penali;⁵⁶ del secondo, invece, il regime unitario delle donazioni tra fidanzati, attraverso cui l'imperatore reintroduce una forma di 'coazione' al matrimonio.

5. TEODOSIO (CTh. 3.5.11): *ARRIS SPONSALIORUM NOMINE DATIS ... IUBEMUS RESTITUI*.

Ai *mores*, che vedono nel fidanzamento una anticipazione del matrimonio, si affiancano nel tardo antico altri *mores*, in cui questa particolare concezione è ancora più forte e radicale. Si tratta di un costume proprio delle Chiese cristiane greco-orientali, nelle quali veniva praticato il fidanzamento arrale, ad imitazione forse di arcaiche consuetudini semitiche ed ebraiche.⁵⁷

⁵⁴ A questo proposito, autorevoli studiosi hanno visto, nella esclusione di dette cause, la risposta imperiale ad un costume largamente praticato, la *levitas repudiorum*. Tra questi, ad esempio, J. GOTHOFREDUS, *Codex Theodosianus* cit., I, 303, ad CTh. 3.5.2; F. GLÜCK, *Commentario* cit., XXIII, 608 nt. 85. Tuttavia, è forse più opportuno dire che la volontà dell'imperatore si iscrive in una politica volta a favorire la conclusione dei matrimoni. Non riconoscere, infatti, casi di scioglimento giustificato e sanzionare in ogni caso, con la perdita di quanto dato o ricevuto, il fidanzato che abbia negato il consenso, altro non appare se non una forma di coazione indiretta alla conclusione delle nozze.

⁵⁵ B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano*, III, Milano 1954, 110. Sul punto, è utile la lettura di *Concilium Eliberitanum*, cap. 54, in MANSI, II, Graz 1960, 14: *Si qui parentes fidem frigerint sponsaliorum, triennii tempore abstineatur (abstineant se a comunione). Si tamen iidem sponsus vel sponsa in gravi crimine fuerint deprehensi, excusati erunt parentes: si in eisdem fuerit vitium, et polluerint se, superior (superioris) sententia servetur*. Il canone del Concilio sanziona con l'esclusione per tre anni dal sacramento i *parentes* che abbiano sciolto il fidanzamento dei figli; soltanto nel caso in cui abbiano fatto ciò in seguito al grave crimine degli *sponsi*, si sarebbero salvati dalla sanzione. Infine, nella non chiara parte finale, sembrerebbe di capire che se i fidanzati *se polluerint*, la sanzione si sarebbe applicata nei loro confronti. Al di là delle diversità, immediatamente riscontrabili, tra il canone 54 del Concilio e la legge costantiniana (CTh. 3.5.2), l'intento sanzionatorio sembra essere lo stesso in entrambi. Non sono, pertanto, condivisibili le conclusioni di C. CASTELLO, *Legislazione costantiniana e conciliare in tema di scioglimento degli sponsali e di ratto*, in AAC 7, 1988, 384 ss., che ritiene «nettissima la differenza fra la norma conciliare e la costantiniana in tema di scioglimento unilaterale degli sponsali. I padri conciliari non hanno accolto il principio giuridico romano che la loro rottura, anche unilaterale, è priva di sanzione, principio conservato in vigore da Costantino nel 319». Per una valutazione complessiva del fenomeno, si veda anche R. ASTOLFI, *Aspetti del diritto matrimoniale nel tardo impero*, in SDHI 56, 1990, 327; P. FERRETTI, *Donazioni e sponsali* cit., 839 ss.

⁵⁶ In tema di riconoscimento della libertà matrimoniale, si veda C. 5.4.14. *Impp. Diocletianus et Maximianus AA. et CC. Titio. Neque ab initio matrimonium contrahere neque dissociatum reconciliare quisquam cogi potest. unde intellegis liberam facultatem contrahendi atque distrahendi matrimonii transferri ad necessitatem non oportere*.

⁵⁷ Gli antecedenti si possono rinvenire, secondo E. VOLTERRA, *Studio sull'«arrha sponsalicia»* [III], in RISG 5, 1930, ora in ID., *Scritti giuridici* cit., I, 125 ss. (da ora citato come *Scritti*), nella 'tirhâtum' babi-

Dunque, un *mos* di derivazione orientale che, anche in questo caso, si riflette ben presto sullo *ius*. Scrive Volterra sul punto: «Esso⁵⁸ compare nella legislazione del Basso Impero ed in costituzioni di imperatori cristiani, le quali sembrano trovarsi in stretto legame con i riti nuziali della Chiesa greco orientale, e sancire il riconoscimento giuridico di alcune norme ed usi cristiani». ⁵⁹ E ancora: «è noto ... che la grande opera di rinnovazione cristiana, creando un nuovo regime sociale nel mondo romano e facendo sorgere un insieme di principi e di costumi, i quali assumono ben presto la forza di tradizione e di consuetudine, ha agito potentemente sul diritto». ⁶⁰

Ebbene, verso la fine del IV secolo fa la sua comparsa nell'ordinamento giuridico il fidanzamento arrale, ⁶¹ ossia una promessa di matrimonio caratterizzata dalla dazione delle arre, che rappresentano il mezzo attraverso cui si rende cogente la conclusione delle nozze, prevedendone la perdita o la restituzione di un multiplo in caso di mancato assenso all'unione. ⁶²

lone e nel 'mohar' ebraico. La prima era il prezzo che lo sposo pagava al padre della fidanzata per acquistarla in moglie; con il tempo vennero a distinguersi due momenti: la dazione della 'tirhātum', che segnava il momento del fidanzamento, e la *traditio puellae*, che segnava invece l'inizio del matrimonio. Per quanto concerne il mohar, è noto che il primitivo matrimonio ebraico consistesse anch'esso in una compera della donna e di questo si conserva traccia nell'Antico Testamento, ad esempio nel luogo in cui è narrato il matrimonio di Rebecca (Gen. 24, e in particolare 24.53): il servo di Abramo, inviato per cercare moglie ad Isacco, trovata la fanciulla, le consegna un *anulus aureus et duae armillae pro manibus*, e ancora *vasa argentea et aurea ac vestes*, mentre alla madre e al fratello di lei *res pretiosae*. Si veda anche Gen. 34.12; Ex. 22.15-16; Dt. 22.28-29; Jos. 15.16-17; I Sam. 18.25. In argomento, cfr. gli importanti studi, tra gli altri, di L. MITTEIS, *Reichsrecht* cit., 266 ss.; E. CUQ, *Le mariage à Babylone d'après les lois d'Hammourabi*, in *Revue Biblique* 2, 1905, 350 ss.; P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte* cit., 383 ss.; ID., *Rechtsvergleichende Studien zur Gesetzgebung Hammurapis*, Leipzig 1917, 130 ss.; E. CUQ, *Études sur le droit babylonien. Les lois assyriennes et les lois hittites*, Paris 1929, 24 ss.; L. ANNE, *Les rites des fiançailles et la donation pour cause de mariage sous le Bas-Empire*, Louvain 1941, 103 ss.; J. GAUDEMET, *Droit romain et principes canoniques en matière de mariage au Bas Empire*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, II, Milano 1953, 189 ss.; L. VINCENT DOUCET-BON, *Le mariage dans les civilisations anciennes*, Paris 1975, 359 ss.; J. GAUDEMET, *L'Église dans l'Empire romain (IV^e-V^e siècles)*, Paris 1989², 521 ss.; I. GIORDANI, *Il messaggio sociale del cristianesimo*, Roma 2001⁹, 170 ss.

⁵⁸ Si tratta dell'istituto dell'*arrha sponsalicia*.

⁵⁹ E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 125.

⁶⁰ E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 152 s.

⁶¹ La consegna delle arre e la conclusione degli sponsali sono intrinsecamente uniti. Al riguardo, E. VOLTERRA, v. '*Arrha sponsalicia*', in *NNDI* 1², Torino 1968, 1003, fa notare che l'*arra sponsalicia* consiste in una dazione di beni in occasione del fidanzamento, secondo un rito impiegato presso le Chiese cristiane; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 182, precisa che «il negozio arrale faceva parte della cerimonia di fidanzamento e il fidanzamento si concludeva con la dazione delle arre».

⁶² Cfr., sulle arre sponsalizie, tra gli altri, S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia. Secondo la const. 5 cod. de sponsalibus V-I*, pubblicato nel volume per le onoranze di F. Pepere, Napoli 1900, ora in ID., *Scritti di diritto romano*, I, Palermo 1957, 179 ss.; P. KRÜGER, *Ueber die Reihenfolge der Leges in den Titeln der Digesten Justinians. IV. Zu Cod. Just. 5,1,5*, in *ZSS* 22, 1901, 52 ss.; P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte* cit., 392 ss.; E. VOLTERRA, *Studio sull'«arra sponsalicia»* [I], in *RISG* 2, 1927, ora in ID., *Scritti giuridici* cit., I, 3 ss. (da ora citato come *Scritti*); G. CORNIL, *Die Arrha* cit., 51 ss.; E. VOLTERRA, *Studio sull'«arra sponsalicia»* [II], in *RISG* 4, 1929, ora in ID., *Scritti giuridici* cit., I, 93 ss. (da ora citato come *Scritti*); ID., *Scritti* cit., I, 125 ss.; M. MASSEI, *Sulla L. 5 cod. de spons. 5,1*, in *BIDR* 47, 1940, 148 ss.; E. VOLTERRA, v. '*Arrha sponsalicia*' cit., 1003 s.; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 149 ss.; A. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale* cit., 156 ss.; C. FAYER, *La familia romana* cit., 120 ss.

Le prime costituzioni, a noi note, risalgono al 380.⁶³ Si tratta di tre provvedimenti di Teodosio I, riportati in CTh. 3.5.11, CTh. 3.6.1 e C. 5.1.3:⁶⁴

CTh. 3.5.11. *Imppp. Grat(ianus), Valentin(ianus) et Theod(osius) AAA. Eutropio p(raefecto) p(raetori)o. Patri matri tutori vel cuicumque ante decimum puellae annum datis sponsalibus quadrupli poenam remittimus, etsi nubtiae non sequantur; et si interea puella decesserit, sponsalia iubemus sponso restitui. [1] Quod si decimo anno vel ultra pater quisve alius, ad quem puellae ratio pertinet, ante duodecim annos, id est usque in undecimi metas, suscepta crediderit pignora esse retinenda, deinceps adventante tempore nubtiarum a fide absistens quadrupli fiat obnoxius. [2] Viduae autem ratio diversa est, cui auxilium non suffragatur aetatis, scilicet ut ea matrimonium non implens ad quadruplum ex vetere constitutione teneatur. [3] Duodecimo autem anno inpleto quisquis de nubtiis paciscitur, si quidem pater, semetipsum obliget sive mater curatorve aut alii parentes, puella fiat obnoxia. [4] Cui quidem contra matrem tutorem curatorem eumve parentem actio ex bono et aequo integra reservetur eorum pignorum, quae ex propriis iuxta poenam iuris reddiderit facultatibus, si ad consensum accipiendarum arrarum ab his se ostenderit fuisse compulsam. Dat. XV. Kal. Iul. Thessal(onica) Grat(iano) A. V et Theod(osio) A. I. cons. (a. 380).*

Teodosio I detta alcune regole, di non facile ricostruzione, in relazione al caso in cui, consegnate le arre da parte dello *sponsus*,⁶⁵ gli sponsali si sciolgano in seguito al recesso della *sponsa* o di altri per lei.⁶⁶

L'intera disciplina è imperniata sull'età e sullo stato familiare della *puella*: se questa non ha ancora compiuto il decimo anno, il padre, la madre, il tutore o chiunque altro abbia ricevuto le arre, non è tenuto, nel caso in cui sciolga il fidanzamento, alla pena del quadruplo, ma con ogni verosimiglianza alla semplice restituzione,⁶⁷ analogamente al caso in

⁶³ Tuttavia, è opportuno ricordare che in CTh. 3.5.11.2 (a. 380), Teodosio I richiama una *vetus constitutio*, di cui nulla conosciamo. Inoltre, nel Digesto è riportato un passo di Paolo [D. 23.2.38 pr. (Paul. 2 sent.) (= Paul. Sent. 2.19.10)], in cui si fa menzione delle arre sponsalizie, menzione generalmente ritenuta un'aggiunta compilatoria: in questo senso, si veda, tra gli altri, L. MITTEIS, *Reichsrecht* cit., 365; P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte* cit., 392 ss.; E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 27 e 107; P. BONFANTE, *Corso* cit., I, 311 nt. 4.

⁶⁴ Oltre ai provvedimenti di Teodosio I, all'interno del CTh. si rinviene, sempre a proposito di arre, anche una costituzione di Onorio del 409. Si tratta del testo riportato in CTh. 3.10.1, testo che, pur riguardando in via principale la facoltà di richiedere l'autorizzazione imperiale alle nozze, menziona incidentalmente la possibilità di rivolgersi all'imperatore per ottenere la restituzione delle arre nel valore del quadruplo del loro ammontare. Si legga CTh. 3.10.1. *Impp. Honor(ius) et Theod(osius) AA. Theodoro P(raefecto) P(raetori)o. ... exceptisque his, qui parentum sponsonem de nubtiis filiarum inpleri desiderant vel sponsalia, hoc est arrarum data nomine, reddi sibi praecepto legum cum quadrupli poena deposcunt ... Dat. X. kal. Febrvar. Rav(enna) DD. NN. Honor(io) VIII et Theod(osio) III AA. cons. (= C. 5.8.1 che non fa menzione della pena del quadruplo).*

⁶⁵ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 185, ritiene che la menzione dello *sponsus* dipenda dal fatto che di solito era lui a consegnare le arre.

⁶⁶ Su queste regole, si veda, tra gli altri, G. MATRINGE, *La puissance paternelle* cit., 212 s.; C. DUPONT, *Peine et relations pécuniaires* cit., 122 s.; P. VOCI, *La patria potestas da Costantino a Giustiniano*, in SDHI 51, 1985, ora in ID., *Studi di diritto romano* cit., II, 471 ss. (da ora citato come *Studi*); G. DE BONFILS, *CTh. 3.1.5 e la politica ebraica di Teodosio I*, in BDIR 92-93, 1989-1990, 71 nt. 69; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 185 ss.; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 151 ss.

⁶⁷ In realtà CTh. 3.5.11 pr. non dice nulla in relazione a ciò che avrebbe dovuto essere restituito.

cui gli sponsali abbiano fine per morte della *sponsa*. Se, invece, la *puella* ha dieci o undici anni, il padre o chiunque altro abbia accettato le arre è obbligato nel quadruplo.⁶⁸ Alla pena del quadruplo è altresì tenuta la vedova,⁶⁹ abbia compiuto o meno i venticinque anni. Infine, se la *puella* è pubere, se cioè ha compiuto i dodici anni, occorre distinguere il soggetto che l'ha fidanzata: se questo è il padre, costui obbliga se stesso;⁷⁰ se, invece, sono la madre, il curatore o altri parenti,⁷¹ obbligata è la *puella* medesima, alla quale tuttavia è riconosciuta un'*actio ex bono et aequo* per essere reintegrata della perdita subita, qualora riesca a dimostrare di essere stata costretta ad accettare le arre.

Il secondo provvedimento si legge in:

CTh. 3.6.1.⁷² *Imppp. Grat(ianus), Valentin(ianus) et Theod(osius) AAA. Eutropio p(raefecto) p(raetori)o. Post alia:*⁷³ *Si quis in potestate publicus positus atque honore administrandarum provinciarum, qui parentibus aut tutoribus aut curatoribus aut ipsis, quae matrimonium contrahendae sunt, potest esse terribilis, sponsalia dederit, iubemus, ut deinceps, sive parentes sive eadem mutaverint voluntatem, non modo iuris laqueis liberentur poenaeque expertes sint, quae quadruplum statuit, sed extrinsecus data pignora lucrativa habeant, si ea non putent esse reddenda. Quod ita late patere volumus, ut non solum circa administrantes, sed et circa administrantium filios nepotes propinquos participes domesticosque censeamus, quibus tamen administrator operam dederit. Inpleri autem id postea matrimonium non vetamus, quod tempore potestatis ob eas personas, de quibus locuti sumus, arris fuerat obligatum, si sponsarum consensus accedat. Dat. XV. Kal. Iul. Thessalonica DD. NN. Gratiano A. V et Theodosio A. I. cons. (a. 380).*

L'imperatore detta norma per una ipotesi particolare, quella del funzionario provinciale – la disciplina viene poi estesa ai suoi figli, nipoti, parenti, collaboratori e dipendenti, sempreché costoro si siano giovati dell'aiuto del medesimo amministratore – che abbia consegnato le arre alla fidanzata oppure ai suoi genitori, al tutore o al curatore.⁷⁴

Teodosio I, a causa del timore che il funzionario poteva incutere in forza della carica ricoperta, stabilisce che, nel caso in cui i parenti o la fidanzata abbiano mutato parere, essi possano sciogliere il vincolo sponsalizio senza essere tenuti alla pena del quadruplo del valore delle arre⁷⁵

⁶⁸ Su come intendere il quadruplo, cioè se comprensivo o meno delle arre ricevute, si veda, tra gli altri, S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia* cit., 179; E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 85 s.; P. VOCI, *Studi* cit., II, 471. Inoltre, dalle espressioni impiegate, A. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale* cit., 162 nt. 52, ritiene che la pena del quadruplo non sia il «frutto della conferma legislativa di un uso».

⁶⁹ La costituzione non dice che la vedova dovesse essere *sui iuris*, ma si può forse desumere da CTh. 3.5.11.3, in cui si fa il caso del padre che abbia accettato le arre per la figlia pubere.

⁷⁰ Dobbiamo presumere, nel silenzio della costituzione, che il padre fosse tenuto alla pena del quadruplo.

⁷¹ Dobbiamo pensare ad una *sponsa sui iuris*.

⁷² CTh. 3.6.1 = C. 5.2.1.

⁷³ CTh. 3.5.11. Cfr., per tutti, P. VOCI, *Studi* cit., II, 475.

⁷⁴ Su questa ipotesi, si veda, per tutti, M.A. DE DOMINICIS, *Satura critica sulle fonti postclassiche*, in *Studi in onore di E. Volterra*, I, Milano 1971, 541; C. DUPONT, *Peine et relations pécuniaire* cit., 123; P. VOCI, *Studi* cit., II, 475; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 84 ss. e 190; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 150 s.; S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, Perugia 2008², 113 ss.

⁷⁵ La pena del quadruplo, menzionata in CTh. 3.6.1, non figura nella versione giustiniana (C. 5.2.1) della costituzione. Ciò è dovuto all'intervento di Leone (C. 5.1.5), che nel 472 riduce la pena del quadruplo al doppio.

o anche alla semplice restituzione,⁷⁶ qualora ritengano di non doverlo fare.

Infine, il terzo provvedimento riguarda la disciplina delle arre allo scioglimento degli sponsali per morte di uno dei fidanzati:

C. 5.1.3.⁷⁷ *Imppp. Gratianus Valentinianus et Theodosius AAA. Eutropio pp. Arris sponsaliorum nomine datis, si interea sponsus vel sponsa decesserit, quae data sunt iubemus restitui, nisi causam, ut nuptiae non celebrentur, defuncta persona iam praebuit. D. XV. K. Iul. Thesalonicae Gratiano V et Theodosio AA. cons. (a. 380).*

Le arre devono essere restituite a colui che le ha date, nel caso in cui il matrimonio non si concluda per la morte dello *sponsus* o della *sponsa*. Fa eccezione il caso⁷⁸ in cui il motivo, per il quale le nozze non si sarebbero celebrate, sia imputabile al nubendo che, dopo aver consegnato le arre, sia deceduto.⁷⁹ Con ogni probabilità, Teodosio I rinvia all'ipotesi in cui la morte si sia verificata in modo talmente improvviso e inaspettato⁸⁰ da non consentire alla fidanzata superstite – fidanzata che ha ricevuto le *arrae* – di sciogliere, come avrebbe potuto, il vincolo sponsalizio. In questo caso, le arre non devono essere restituite.

È sufficiente questa sintetica ricognizione della disciplina teodosiana per rendersi conto che lo scopo della 'coartazione' alle nozze perseguito tramite vincoli di natura patrimoniale, già proprio delle donazioni tra fidanzati, si ripropone, ancor più accentuatamente, nel regime delle arre sponsalizie.⁸¹ Secondo entrambe le discipline, infatti, il fidanzato che scioglie gli sponsali è punito con la perdita di quanto dato o con l'obbligo alla restituzione di quanto ricevuto o di un suo multiplo.⁸²

⁷⁶ Cfr., sul testo, M. SCOGNAMIGLIO, *L'analogia tra tutor e qui officium in provincia gerebat: osservazioni sull'amministrazione provinciale in età classica*, in *φιλία. Scritti per G. Franciosi*, IV, Napoli 2007, 2467. Secondo D. 23.2.38 pr. (= Paul. Sent. 2.19.10) la *sponsa*, che avesse sciolto il fidanzamento contratto con il funzionario provinciale, doveva restituire le arre ricevute.

⁷⁷ TH. MOMMSEN, *Theod. cit.*, I/2, 136, inserisce il testo anche in CTh. 3.5.10. Tuttavia, P. VOCI, *Studi cit.*, II, 474 nt. 31, ne prospetta la possibile inattendibilità.

⁷⁸ Su questo caso sono stati avanzati sospetti di interpolazione. P. VOCI, *Studi cit.*, II, 474, fa notare che le giuste cause di risoluzione del vincolo sponsalizio sono state introdotte soltanto da Leone nel 472 (C. 5.1.5.4), con la conseguenza che il riferimento ad una *causa* nel testo di Teodosio I del 380 (C. 5.1.3) potrebbe essere segno dell'intervento compilatorio. Invece, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento cit.*, 185 nt. 53, osservando che C. 5.1.3 parla genericamente di recesso motivato e non di causa generale di scioglimento, ritiene genuino il contenuto di C. 5.1.3 (ma non la forma del provvedimento). Sull'interpolazione di C. 5.1.3, si veda già S. DI MARZO, *Lezioni cit.*, 29 s.

⁷⁹ Se la morte avesse colpito chi aveva ricevuto le arre, queste dovevano essere restituite (CTh. 3.5.11 *pr.*).

⁸⁰ Così R. ASTOLFI, *Il fidanzamento cit.*, 185.

⁸¹ Non passa inosservato che nel regime delle arre la limitazione alla libertà matrimoniale è più forte, almeno per la *sponsa* – o altri per lei – che riceve siffatti beni, essendo essa tenuta alla restituzione del quadruplo [fa eccezione il caso in cui ad essere fidanzata fosse stata una *puella* con meno di dieci anni (CTh. 3.5.11 *pr.*)] del loro ammontare.

⁸² Se invece il matrimonio si fosse concluso, si può presumere, nel silenzio delle fonti, che le arre sponsalizie dovessero essere restituite: così, per tutti, J. CUJACIUS, *Recitationes solemnes. Ad Titulum II. Si Rector Provinciae, vel ad eum pertinentes Sponsalitia dederint*, in ID., *Opera cit.*, IX, 650, che richiama la disciplina delle arre che accompagnavano la compravendita. Tuttavia, accanto a questa interpretazione, sono state avanzate altre: che le arre sponsalizie rimanessero nella titolarità di colui che le aveva ricevute (R. ASTOLFI, *Il fidanzamento cit.*, 183) oppure che rientrassero nella dote o nella donazione nuziale (E. VOLTERRA, *Scritti cit.*, I, 111).

6. LEONE (C. 5.1.5): *SI CAUTIO POENAM STIPULATIONIS CONTINENS FUERIT INTERPOSITA, EX UTRAQUE PARTE NULLAS VIRES HABEBIT, CUM IN CONTRAHENDIS NUPTIIS LIBERA POTESTAS ESSE DEBET.*

Sempre in materia di arre ci sono giunte due costituzioni di Leone. In una di queste⁸³ l'imperatore menziona una *iusta causa* di scioglimento degli sponsali – la diversità di religione⁸⁴ – e attribuisce al vescovo la competenza a giudicare.

L'altro provvedimento, invece, è più complesso e merita di essere riportato:

C. 5.1.5 *Impp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp. Mulier iuris sui constituta arrarum sponsalium nomine usque ad duplum teneatur, id est in id quod accepit et aliud tantum nec amplius, si post completum vicesimum quintum annum vel post impetratam veniam aetatis atque in competenti iudicio comprobata huiusmodi arras suscepit: in simplum autem, id est tantummodo quod accepit, si minoris aetatis est, sive virgo sive vidua sit, sive per se sive per tutorem vel curatorem vel aliam personam easdem arras acceperit. [1] Patrem vero vel matrem, legitimae videlicet aetatis constitutos, sive simul sive separatim arras pro filia susceperint, avum autem vel proavum pro nepte seu pronepte in duplum tantummodo convenit teneri. [2] Quae ita custodiri censemur, si non propter personam vel condicionem aut aliam causam legibus vel generalibus constitutionibus interdictam futurum matrimonium constare prohibetur: tunc enim quasi nullo facto, utpote sine causa easdem arras praestitas tantummodo reddi consequens esse praecipimus. [3] Hoc quoque his adicimus, ut etiam, si legibus prohibita non sint speratae nuptiae, post arras autem sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter turpem vel impudicam conversationem aut religionis vel sectae diversitatem recusaverit vel eo, quod quasi vir coitum, ex quo spes subolis oritur, facere non potuerit, vel ob aliam iustam excusationis causam, si quidem probatum fuerit ante datas easdem arras sponsalicias hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse sibi debeant imputare. [4] Sin vero horum ignari sponsalicias arras susceperint vel post arras datas aliqua iusta causa paenitentiae intercesserit, isdem tantummodo redditus super alterius simpli poena liberi custodiantur. [5] Quae omnia simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec ne arras praestitis custodiri censemur: quadrupli videlicet poena, quae anterioribus legibus definita erat, in qua et arrarum quantitas imputabatur, cessante, nisi specialiter aliud ex communi consensu inter contrahentes de eadem quadrupli ratione placuit. [6] Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet. D. k. Iul. Constantinopoli Marciano cons. (a. 472).*⁸⁵

⁸³ C. 1.4.16. *Impp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp. Si legibus prohibita non sint speratae nuptiae et post arras sponsalicias sponsa coniugium sponsi propter religionis diversitatem recusaverit, si quidem probatum fuerit ante datas easdem arras sponsalicias hoc idem mulierem vel parentes eius cognovisse, sibi debeant imputare. si vero horum ignari sponsalicias arras susceperint vel post arras datas talis causa paenitentiae intercesserit, isdem tantummodo redditus super alterius simpli poena liberi custodiantur. quod simili modo etiam de sponsis super recipiendis nec ne arras praestitis custodiri censemur. D. k. Iul. Constantinopoli Marciano cons. (a. 472).* Il testo è stato estrapolato con ogni verosimiglianza da C. 5.1.5, anche se S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia* cit., 181, ritiene che la disposizione originaria fosse proprio quella contenuta in C. 1.4.16.

⁸⁴ Sul punto, R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 195, pensa che il termine *religio* di C. 1.4.16 abbia un significato diverso da quello che la medesima espressione riveste in C. 5.1.5.3; in C. 1.4.16 il termine sarebbe comprensivo anche del senso della parola *secta*, menzionata in C. 5.1.5.3.

⁸⁵ Alcuni studiosi ritengono il testo interpolato. Tra questi, ad esempio, S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia* cit., 181 s., il quale ritiene che le disposizioni contenute in C. 5.1.5 siano opera dei giustiniane; E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 94 ss.; P. BONFANTE, *Corso* cit., I, 312 nt. 4; D. DALLA, *L'incapacità sessuale in diritto romano*, Milano 1978, 296 s. *Contra*, per tutti, G. CORNIL, *Die Arrha* cit., 63 nt. 2.

L'imperatore distingue la fidanzata *sui iuris* da quella *alieni iuris*. Se la fidanzata *sui iuris* è maggiore di venticinque anni o beneficia della *venia aetatis*,⁸⁶ è tenuta, nel caso in cui sciolga gli sponsali senza giusta causa,⁸⁷ nel '*duplum*', dovendo restituire le arre ricevute *et aliud tantundem nec amplius*; se poi la fidanzata *sui iuris* è minore di venticinque anni, è tenuta, nel caso in cui receda dal vincolo, nel *simplum*, cioè soltanto alla restituzione delle arre ricevute,⁸⁸ sia essa vedova o meno, abbia concluso gli sponsali di persona o lo abbia fatto tramite il tutore, il curatore o un'altra persona.

Se, invece, la fidanzata è *alieni iuris*, il padre (ma anche l'avo o il bisavolo) o la madre,⁸⁹ maggiori di venticinque anni, concludono gli sponsali per lei e ricevono le arre; pertanto, sono essi a rispondere nel *duplum*, in caso di ingiustificato recesso.

Tuttavia, le regole fin qui viste non trovano applicazione nel caso in cui il matrimonio non possa seguire, in quanto proibito. Ne deriva l'invalidità del fidanzamento, del negozio arrale e il conseguente obbligo alla restituzione delle arre.

A questo punto, Leone introduce alcune giuste cause di scioglimento degli sponsali: il genere di vita disonesto e impudico dello *sponsus*, la diversità di religione e di setta, l'impotenza, nonché *alia iusta excusationis causa*.⁹⁰

Quindi, nel prosieguo del provvedimento precisa che non è sufficiente dare prova di una giusta causa per recedere dal vincolo sponsalizio, restituendo soltanto le arre ricevute. Occorre, infatti, che la causa, se già esistente al momento della consegna delle arre, non fosse conosciuta dalla *sponsa sui iuris* o dai genitori di lei oppure che la medesima causa sia intervenuta soltanto in un secondo momento.⁹¹ Pare rimanere sottinteso che se a recedere è colui il quale ha consegnato le arre, costui non potrà ripeterle se scioglie il fidanzamento senza giusta causa, mentre potrà ripeterle in caso contrario. La medesima disciplina trova applicazione anche nei confronti dello *sponsus*.

La costituzione, infine, si chiude con un rinvio a due possibili forme di accordo: la pena del quadruplo, a cui obbligavano le leggi di Teodosio I,⁹² può trovare ancora applica-

⁸⁶ Cfr., per tutti, A. BELLODI ANSALONI, *La «venia aetatis». Emersione storica e sviluppo*, in *Labeo* 46, 2000, 67 e nt. 54.

⁸⁷ Che lo scioglimento degli sponsali fosse avvenuto senza giusta causa, si desume dalla seconda parte della costituzione.

⁸⁸ Pertanto, rispetto alla *sponsa sui iuris* minore di venticinque anni non trovavano applicazione le giuste cause di scioglimento degli sponsali: essa poteva sempre recedere con la semplice restituzione delle arre ricevute.

⁸⁹ Secondo P. VOCI, *Studi cit.*, II, 479 nt. 52, «la madre è trattata come il padre perché il suo adoperarsi per la collocazione della figlia è, di fatto, almeno eguale a quello di lui».

⁹⁰ Queste ultime espressioni non sono state interpretate in maniera univoca. Alcuni studiosi – cfr., tra gli altri, S. RICCOBONO, *Arra sponsalicia cit.*, 181 s., il quale ritiene, tuttavia, che siano stati i compilatori giustiniani ad avere introdotto una giusta causa generale di scioglimento degli sponsali; M. MASSEI, *Sulla L. 5 cit.*, 151 ss.; C. DUPONT, *Peine et relations pécuniaire cit.*, 124 – pensano che la locuzione indicasse una clausola generale di recesso e che l'elencazione precedente avesse un mero valore esemplificativo. Altri – cfr., per tutti, E. VOLTERRA, *Scritti cit.*, I, 117 ss. –, invece, sostengono che l'inciso sia stato introdotto dai compilatori con l'intenzione di riferirlo alle altre giuste cause di scioglimento degli sponsali, non ricordate nel testo, ma presenti in due costituzioni riportate nel Codice [C. 1.3.54 (56) (Iustinianus) e C. 5.2.1 (Gratianus Valentinianus et Theodosius, a. 380)].

⁹¹ In altri termini: se la giusta causa era conosciuta prima della conclusione degli sponsali e, ciononostante, le arre sono state accettate, la medesima causa non può essere invocata al momento dell'eventuale scioglimento del fidanzamento.

⁹² CTh. 3.5.11.

zione, nel caso in cui le parti l'abbiano prevista in modo espresso; inoltre, la stipulazione penale, eventualmente conclusa, continua a essere nulla, poiché *in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*.⁹³

Quest'ultimo periodo desta un certo stupore. È difficile, infatti, accordarlo con la disciplina delle arre, disciplina che senza dubbio influiva, limitandola, sulla libertà matrimoniale. Al contrario, ci saremmo aspettati, come è stato autorevolmente scritto, che «l'introduzione nel diritto romano del fidanzamento arrale avrebbe (...) dovuto portare al riconoscimento della liceità della stipulazione penale».⁹⁴ E proprio questo, secondo alcuni studiosi,⁹⁵ l'imperatore avrebbe fatto, pur con un limite. Secondo questa opinione, infatti, egli avrebbe legittimato l'inclusione nell'atto di fidanzamento di stipulazioni penali, a condizione che la pena convenuta non superasse il quadruplo dell'arra; pertanto, soltanto le stipulazioni che avessero superato tale soglia sarebbero state illecite, *cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet*.

Tuttavia, a me sembra più verosimile un'altra interpretazione⁹⁶ secondo cui Leone avrebbe concesso ai privati di aumentare la pena del doppio (del valore delle arre) fino al limite massimo del il quadruplo, mentre non sarebbe stato altrettanto favorevole ad ammettere un fidanzamento garantito esclusivamente dalla stipulazione penale.

Ma, al di là di questo, la costituzione è rilevante anche per un'altra ragione. Infatti, la riaffermazione del divieto di stipulazioni penali, fa intravedere una realtà nella quale con ogni verosimiglianza i privati concludevano stipulazioni di tale natura, stipulazioni delle quali si rendeva urgente ribadire con forza l'invalidità.

Dunque, dal divieto legislativo confermato da Leone apprenderemmo l'esistenza di un diffuso *mos* che, non pago dei risultati raggiunti attraverso il sistema delle donazioni tra fidanzati e delle arre sponsalizie, continuava a prevedere la conclusione di stipulazioni penali e, tramite queste, a coartare la libertà dei nubendi.

7. DA GIUSTINIANO A LEONE VI (NOV. LEO. 18): ΟΠΕΡ ΚΑΙ ΗΜΕΙΣ ΟΡΩΝΤΕΣ ΤΟΙΣ ΓΑΜΗΛΙΟΙΣ ΣΥΝΑΛΛΑΓΜΑΣΙ ΜΑΛΛΟΝ ΣΥΜΦΕΡΕΙΝ ΕΙΣ ΝΟΜΙΜΗΝ ΔΙΑΤΑΞΙΝ ΤΟ ΑΠΟ ΣΥΝΗΘΕΙΑΣ ΠΡΑΤΤΟΜΕΝΟΝ ΚΑΘΙΣΤΩΜΕΝ.

Se da Leone passiamo a Giustiniano, la situazione non muta. L'imperatore,⁹⁷ accogliendo

⁹³ Cfr., tra gli altri, E. VOLTERRA, *Osservazioni* cit., 506, secondo cui il diritto civile avrebbe fatto proprio il principio della libertà matrimoniale soltanto nel 472, anno in cui la stipulazione penale, fatta per propiziare la conclusione del matrimonio, sarebbe stata dichiarata nulla; R. QUADRATO, *Sulle tracce dell'annullabilità* cit., 100; P. VOCI, *Studi* cit., II, 479; J. PLESCIA, *The Development* cit., 279 s.; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 193 s.; P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 279 s.; A. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale* cit., 156 ss.

⁹⁴ R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 193 s.

⁹⁵ A. SCARCELLA, *Libertà matrimoniale* cit., 159 s.

⁹⁶ Cfr., per tutti, F. GORIA, *Tradizione romana e innovazioni bizantine nel diritto privato dell'Ecloga privata aucta. Diritto matrimoniale*, Frankfurt am Main 1980, 19 nt. 27.

⁹⁷ Anche Giustiniano legifera: C. 1.3.54 (56).2-3 *Imp. Iustinianus A. Iohanni pp.* [2] *Cognitum etenim nobis est, quod, si quis sponsus vel sponsa post datas aut acceptas arras voluisset se divino deputare servitio et a saeculari conversatione recedere ac sanctimoniale vitam vivere atque in dei timore permanere, compelleretur vir quidem ea quae arrarum nomine dederat amittere, sponsa vero duplum id quod acceperat reddere quod nostrae mansuetudini satis religioni esse contrarium visum est.* [3] *Unde per praesentem legem in perpetuum valitum iubemus, ut, si quis sponsus vel sponsa desideraverit saeculi istius vitam contemnens in sanctimona-*

do nel Codice i provvedimenti di Costantino,⁹⁸ di Teodosio⁹⁹ e di Leone,¹⁰⁰ da un lato fa propria la disciplina delle donazioni tra fidanzati e delle arre, ossia una disciplina ispirata al principio del fidanzamento quale prefigurazione delle nozze, e, dall'altro, conferma l'invalidità delle stipulazioni penali,¹⁰¹ in quanto ostacolo al principio della libertà matrimoniale.

Come sopra detto, il fatto che Leone e Giustiniano ribadiscano il divieto delle stipulazioni penali¹⁰² può forse accreditare l'esistenza di un *mos* che spingeva i privati a concludere stipulazioni di tale natura.

E proprio questo costume, ancora proibito con Giustiniano, trova ben presto riconoscimento giuridico. Nell'Ecloga,¹⁰³ infatti, vengono disciplinate due forme di fidanzamento:¹⁰⁴ al fidanzamento arrale si affianca quello per atto scritto, munito di stipulazione penale per il caso di scioglimento degli sponsali.¹⁰⁵

Si legga:

E. 1.1 Συνίσταται μνηστεία χριστιανῶν ἐπὶ τοῖς ἐν πρώτη ἡλικίᾳ ἀπὸ ἑπταετοῦς χρόνου καὶ τῇ ἄνω ἕκ τε τῆς τῶν μνηστευομένων ἀρεσκείας καὶ τῆς ἐκ γονέων καὶ συγγενῶν αὐτῶν συναινέσεως, ἐὰν οἱ συναλλάσσοντες νομίμως συναλλάσσωσι καὶ μὴ ὧσιν ἐκ τῶν κεκωλυμένων, τουτέστι δι' ἀρράβωνων ἢ γουν ὑποβόλων ἢ δι' ἐγγράφων, εἰ δὲ δόξει τὸν διδόντα τὸν ἀρράβωνα διαστρέψαι καὶ μὴ συναλλάξει, ἀπόλλειν αὐτὸν τὸν ἀρράβωνα. εἰ δὲ τὸ μέρος τῆς κόρης θελήσει διαστρέψαι, παρεχέτω διπλοῦν τὸν ἀρράβωνα, τουτέστιν αὐτὸν τὸν ἀρράβωνα καὶ ἄλλο τοσοῦτον.

lium conversatione vivere, sponsus quidem omnia, quae arrarum nomine futuri causa coniugii dedisset, sine ulla imminutione recipiat, sponsa autem non duplum, sicut hactenus, sed hoc tantum sponso restituat, quod arrarum acceperat nomine, et nihil amplius reddere compellatur, nisi quod probata fuerit accepisse.

⁹⁸ C. 5.3.15 (Constantinus, a. 319); C. 5.3.16 (Constantinus, a. 336). Sui rapporti tra queste costituzioni e D. 39.5.1.1 (Iul. 17 dig.), si veda, per tutti e con altra bibliografia, P. FERRETTI, *Le donazioni tra fidanzati* cit., 260 ss.

⁹⁹ C. 5.1.3 (Gratianus Valentinianus et Theodosius, a. 380); C. 5.2.1 (Gratianus Valentinianus et Theodosius, a. 380).

¹⁰⁰ C. 1.4.16 (Leo et Anthemius, a. 472); C. 5.1.5 (Leo et Anthemius, a. 472).

¹⁰¹ Sulle stipulazioni penali, occorre richiamare anche D. 35.1.71.1 (Pap. 17 *quaest.*); D. 45.1.97.2 (Cels. 26 dig.); D. 45.1.134 pr. (Paul. 50 *resp.*); C. 5.4.14 (Diocletianus et Maximianus).

¹⁰² C. 5.1.5.6. *Imppp. Leo et Anthemius AA. Erythrio pp. Extra definitionem autem huius legis si cautio poenam stipulationis continens fuerit interposita, ex utraque parte nullas vires habebit, cum in contrahendis nuptiis libera potestas esse debet.*

¹⁰³ Precisa E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 189: «Sino all'VIII secolo ... non ritroviamo altre fonti che parlino degli sponsali ... La prima fonte, in cui compare il fidanzamento conchiuso con ἀρράβων è l'Ecloga di Leone e Costantino ...».

¹⁰⁴ Diversa, invece, l'opinione avanzata da P. KOSCHAKER, *Zur Geschichte* cit., 401, e accolta da E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 191 ss., secondo cui nell'Ecloga sarebbe riconosciuto un unico tipo di fidanzamento, quello arrale, al quale avrebbe potuto essere aggiunto un atto scritto. *Contra*, tra gli altri, G. FERRARI, *Diritto matrimoniale secondo le Novelle di Leone il Filosofo*, in BZ 18, 1909, 160; F. GORIA, *Tradizione romana* cit., 18, con citazione di altre fonti, tra cui Epan. 14,11 e 15,7 [sempre di Goria, si consulti *Aspetti del diritto privato. L'Ecloga di Leone III in tema di famiglia e contratti*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, 557 ss.]; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 203.

¹⁰⁵ Il riferimento alla stipulazione penale risulta da E. 1.2: Εἰ δὲ ἐγγράφως στιχήσει τις καὶ δόξει διαστρέψαι κατὰ τὸ ἔγγραφον αὐτοῦ ἀπολογήσεται τῇ κόρῃ εἰ δὲ τὸ μέρος τῆς κόρης χωρὶς αἰτίας νόμῳ γνωριζομένης δοκιμάζει διαστρέψαι, τὸ αὐτὸ μέτρον, ὅπερ ἐγγράφως ἐκεῖνος ὡμολόγησε, παρεχέτω τῷ μνηστευσμένῳ μετὰ καὶ τῆς παρ' αὐτοῦ γενομένης ὁμολογίας καὶ ἀπαλλασσέτω.

Tuttavia, con l'Ecloga Privata Aucta si ritorna al passato:

EPA 1.1 Συνίσταται μνηστεία χριστιανῶν ἐπὶ τοῖς ἐν πρώτη ἡλικίᾳ ἀπὸ ἐπταετοῦς χρόνου καὶ τῇ ἄνω καὶ δευτέρᾳ καὶ τελείᾳ οὖσιν, καὶ μὴ κεκωλυμένοις πρὸς γάμου συνάφειαν, ἕκ τε τῆς τῶν μνηστευομένων ἀρεσκείας καὶ τῆς ἐκ γονέων ἰδίων τε καὶ κηδεμόνων αὐτῶν συνέσεως, δι' ἀρράβωνων μόνον ἥτοι ὑποβόλων δόσεως, καὶ οὐ δι' ἐπερωτήσεως πρὸς γάμον.

Come è stato autorevolmente messo in luce,¹⁰⁶ l'autore dell'Ecloga Privata Aucta ritorna al diritto giustiniano:¹⁰⁷ conferma il fidanzamento arrale ed elimina quello scritto con relativa stipulazione penale.

Senonché, questa sorta di ripristino della precedente disciplina difficilmente avrebbe potuto portare all'eliminazione dell'uso di continuare a concludere stipulazioni penali limitative della libertà matrimoniale. La conferma arriva dalla Novella 18 di Leone VI.¹⁰⁸

Nov. Leo. 18: ... Διὰ τοῦτο καὶ ἂ τῇ συνηθείᾳ ἤρεσεν ἐν ταῖς τῶν μνηστειῶν ἀθετήσεσιν ἐπικεῖσθαι προστιμήματα τοῖς ὁρμῶσι πρὸς τὴν ἀθέτησιν, καὶ ταῦτα εἰς νόμου καθιστῶμεν τιμὴν. οἶμαι γὰρ τοῦ ἐπὶ ταῖς τοιαύταις πράξεσι κειμένου νόμου μὴ χεῖρον ἔχειν τὸ δεδογμένον τῇ συνηθείᾳ, ἀλλὰ καὶ εἰς τὸ ἄμεινον ἀναφέρειν τὰ πράγματα. τοῦ γὰρ νόμου ἐν μόνῃ τῇ τοῦ ἀρράβωνος ἀπωλείᾳ ἢ διπλῇ ἀποδόσει κολάζοντος τὴν προπέτειαν, αὕτη ῥητὴν τινα καὶ συμπεφωνημένην βούλεται γίνεσθαι τὴν ἐπὶ τῇ ἀναρμυστίᾳ τῆς μνηστείας ζημίαν, καὶ δοκεῖ μοι, ὥσπερ εἶπον, τοῦτο πλεῖον ἔχειν ἰσχὺν εἰς τὸ μὴ ὡς ἔτυχε πεττεύεσθαι τὰ μνηστεύματα ... Ὅπερ καὶ ἡμεῖς ὁρῶντες τοῖς γαμηλίοις συναλλάγμασι μᾶλλον συμφέρειν εἰς νομίμην διάταξιν τὸ ἀπὸ συνηθείας πραττόμενον καθιστῶμεν. ἐκ μὲν γὰρ τῆς τοῦ ἀρράβωνος ἀπωλείας ραδίας ὁρῶ τῶν μνηστειῶν τὰς ἀνατροπὰς, ἐκ δὲ τῆς τοῦ προστίμου καταβολῆς οὐκέτι ...

Le parole di Leone VI sono assai significative: 'Noi eleviamo al rango di legge il costume che vuole che delle pene siano convenute per il caso in cui si verifichi la rottura del fidanzamento ... Io stimo che il costume non solo non sia peggiore di quanto previsto dalla legge, ma che addirittura sia migliore. E questo perché, mentre la legge tenta di arrestare l'inconsiderata volontà (di rottura del vincolo) attraverso la perdita delle arre o attraverso la restituzione del doppio, il costume esige che la pena, nel caso di scioglimento del fidanzamento, sia formalmente espressa in una convenzione e a me sembra che questo fatto abbia una forza maggiore per impedire che si faccia degli sponsali un gioco'. E così conclude: 'Osservando che questa regola sia più favorevole ai contratti nuziali, noi trasformiamo il costume in disposizione legale, perché io vedo che l'abbandono delle arre facilita la rottura del fidanzamento, ciò che invece non fa il pagamento di una pena ... che costringe i fidanzati a rispettare le loro anteriori convenzioni'.¹⁰⁹

¹⁰⁶ F. GORIA, *Tradizione romana* cit., 19 s.

¹⁰⁷ Tuttavia, rispetto alla compilazione giustiniana, Ecloga ed Ecloga Privata Aucta non sembrano riconoscere il fidanzamento concluso attraverso il semplice consenso: cfr. per tutti, E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 193; F. GORIA, *Tradizione romana* cit., 19.

¹⁰⁸ Sulle Novelle di Leone VI si veda, per tutti e con altra bibliografia, J. SIGNES CODONER, *Las Novelas de León VI el Sabio*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino* cit., 267 ss.

¹⁰⁹ Secondo G. FERRARI, *Diritto matrimoniale* cit., 160, nella legislazione di Leone VI il dualismo tra fidanzamento arrale e fidanzamento con atto scritto sarebbe venuto meno: «gli sponsali si corroborano

Dunque, questo testo, in cui compare il binomio dal quale siamo partiti – *mos e ius* –, ci conforta nell'idea che l'intera storia delle forme costrittive della libertà matrimoniale possa essere letta attraverso queste due categorie, nella continua dialettica tra costume e diritto: il principio degli sponsali come anticipazione del matrimonio e il principio, opposto, della libertà matrimoniale.

ormai tutti colla stipulazione di *προστιμήματα*, al cui esborso condannavasi la parte che rompeva la *μνηστεία*»; F. GORIA, *Tradizione romana* cit., 18 nt. 25, invece, ritiene che dal testo non si riesca a comprendere se il costume confermato dalla Novella prevedesse il documento con clausola penale in sostituzione oppure in aggiunta alla dazione delle arre. Cfr. anche E. VOLTERRA, *Scritti* cit., I, 193, il quale pensa che la novella rifletta «il desiderio dell'Imperatore di accordare le norme laiche ai canoni della Chiesa, la quale aveva dichiarato indissolubili i fidanzamenti stretti da vincolo religioso»; R. ASTOLFI, *Il fidanzamento* cit., 194 e 203.

RENZO LAMBERTINI
(Università di Modena e Reggio Emilia)

Se, per le costituzioni anteriori al 438,
i *tres veteres codices* siano stati
l'unica fonte del Codice giustiniano

ABSTRACT

The essay deals with the sources of the *Codex Iustinianus*, and in particular with the problem if the Justinian's compilers extracted the *constitutiones* between the years 312 and 438 A. D. only from the *Codex Theodosianus* and the two private Codes (the '*tres veteres codices*' of *constitutio 'Summa'* 1), or they also used further texts found in other archives. This last theory has recently been supported by Paola Ombretta Cuneo against the dominant opinion based on the Rotondi's classic studies, but according to the author, unambiguous textual evidences and reasonable historical-juridical considerations seem to lead in the opposite direction.

PAROLE CHIAVE

Codice giustiniano; Codice Teodosiano; codici privati; fonti; esclusività.

SE, PER LE COSTITUZIONI ANTERIORI AL 438, I *TRES VETERES CODICES* SIANO STATI L'UNICA FONTE DEL CODICE GIUSTINIANEO

1. L'autorità di Giovanni Rotondi, secondo il quale i commissari di Giustiniano nella redazione del *Codex* hanno attinto i testi legislativi anteriori al 438 unicamente dai tre Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano – le sole fonti, del resto, menzionate nelle costituzioni '*Haec*' e '*Summa*' –, ha in fondo sortito l'effetto di stornare pressoché totalmente la relativa problematica dagli studi dedicati al diritto romano tardoantico.¹

I pochi saggi che hanno toccato l'argomento si sono infatti attestati sulle conclusioni dell'insigne studioso e la manualistica si è implicitamente mossa sulla medesima falsariga: le costituzioni presenti nel *Codex Iustinianus*, per la parte cronologicamente 'coperta' dai '*tres veteres codices*', sono tratte esclusivamente dagli stessi.² Anche con riferimento ai rapporti tra Codice Teodosiano e Codice giustiniano, l'ambito per cui la soluzione del problema si presenterebbe in teoria meno scontata, non si sono registrate lungo l'arco di quasi un secolo serie perplessità, né tanto meno voci discordi.

Ciò in buona sostanza fino a poco più di quindici anni or sono, quando, prima in *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, e subito dopo (soltanto con un diverso esordio) negli *Atti della Accademia Romanistica Costantiniana in memoria di Guglielmo Nocera*, è apparso un saggio articolato e puntuale di Paola Ombretta Cuneo,³ che, pur negando *in limine* un

¹ G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del codice giustiniano*, in (BIDR 26, 1914, 175 ss.; 29, 1918, 104 ss. =) V. ARANGIO-RUIZ, E. ALBERTARIO, P. DE FRANCISCI (a cura di), *Scritti giuridici*, I, Milano 1922, 211 ss. M. BREONE, *Storia del diritto romano*, Bari 1987, 461, scrive che in tema di rapporti tra il Codice giustiniano e le tre collezioni precedenti «rimangono fondamentali» gli studi del Rotondi.

² Cfr. per esempio G.G. ARCHI, *Giustiniano uomo del suo tempo*, in *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 126: (a proposito delle fonti del *Novus Codex*) «sappiamo che si tratta di costituzioni imperiali contenute nei tre precedenti Codici, Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano e di altre emanate dopo la compilazione di quest'ultimo». Paradigmatico A. GUARINO, *Storia del diritto romano*¹², Napoli 1998, 590: «È presumibile che esso [*scil.* il primo Codice di Giustiniano] fosse un raffazzonamento del *Codex Theodosianus*, né potrebbe pensarsi diversamente, data l'estrema brevità del tempo occorso per redigerlo». Lo stesso giudizio si trova espresso in A. GUARINO, *L'esegesi delle fonti del diritto romano*, I, Napoli 1968, 500. Benché non si occupi esplicitamente dell'argomento, anche il suggestivo contributo di P. GARBARINO, *Note su C.1.14.12 e il Novus Codex*, in *Scritti Corbino*, III, Tricase 2016, 247 ss., sembra muoversi, *ad sensum*, nell'orbita dell'opinione dominante (cfr. in particolare 254 s.); mentre tale adesione appare chiaramente espressa nel successivo, recentissimo saggio *Lex de imperio o Deo auctore? Giustiniano e il fondamento del potere imperiale*, in LR 7, 2018, 241 («raggruppare i tre precedenti in un unico codice, che comprenda solo le costituzioni effettivamente in vigore, elimini le contraddizioni e le duplicazioni, e raccogliere, opportunamente accorate, anche le costituzioni emanate dopo il Teodosiano»).

³ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio, Codice di Giustiniano. Saggio di comparazione su alcune costituzioni*

tale proposito, in particolare sulla base dei dati palinogenetici di alcune costituzioni dell'epoca costantiniana presenti nel solo *Codex Iustinianus*, ha di fatto – e muovendo da diversi fronti – posto in discussione la tesi di cui al «vecchio studio del Rotondi».⁴

In uno scritto del 2012 Emilio Germino⁵ ha ripreso la tematica e, quantunque si sia discostato dall'impostazione della citata studiosa rivelandosi pertanto in linea con la teoria dominante,⁶ ha mostrato anch'egli con meditate argomentazioni come l'adesione medesima non appaia del tutto tranquillante, e ha in proposito additato quale suggestiva via da percorrere quella che postula due diverse redazioni del Codice Teodosiano, una orientale e canonica, l'altra occidentale e largamente rielaborata, auspicando al contempo «nuove edizioni dei 'nostri' codici» al fine di offrire agli studiosi basi filologiche più affidanti per una riconsiderazione critica di questo e di altri rilevanti problemi di tradizione testuale.

Infine, assai più di recente, il medesimo studioso⁷ ha prospettato un'ulteriore ipotesi che, pur muovendosi su un piano in parte diverso, potrebbe spiegare per altra via il dato che si pone all'origine della *quaestio* che ci occupa.

Il *Codex Theodosianus* del quale disponiamo, restituito soltanto da manoscritti di provenienza occidentale, non sarebbe in realtà la *collectio* ufficiale composta tra il 435 e il 437, ma il Codice delle '*cunctae constitutiones*' da Costantino in poi destinato ai *diligentiores* e parte preliminare del primo progetto teodosiano di cui a CTh. 1.1.5 del 429. L'effettivo Codice Teodosiano – recante anch'esso solo *leges generales*, ma vera fonte di luce giuridica, privo di *ambages*, di ripetizioni e di norme desuete – pubblicato con la *Novella Theodosii* 1 del 438 e oggetto del compiacimento imperiale, quanto a vigenza, sarebbe stato travolto in Occi-

di Costantino e Licinio, in (SDHI 68, 2002, 265 ss. =) AARC 14, Napoli 2003, 265 ss. L'autrice, che peraltro aveva accennato al problema anche nello studio *Codice Teodosiano, Codice Giustiniano e diritto del tardo impero*, in Labeo 42, 1996, 208 nt. 1, 237 ss., cita a sostegno due rapide, ma autorevoli, suggestioni presenti nella dottrina anteriore – TH. MOMMSEN, *Prolegomena*, CCCV s., e P. DE FRANCISCI, *Sintesi storica del diritto romano*⁴, Roma 1968, 595-596 –, alle quali è merito di E. GERMINO, *Codex Theodosianus e Codex Iustinianus: un'ipotesi di lavoro*, in L. DE GIOVANNI (a cura di), *Società e diritto nella tarda antichità*, Napoli 2012, 66 nt. 20, averne aggiunta una ulteriore: si tratta di J. GAUDEMET, *Les constitutions constantiniennes du Code Théodosien*, in AARC 5, Città di Castello 1983, 137 e nt. 6. È invece dubbio, stante la veste laconica della frase, che possa riconoscersi una suggestione di tale natura in G. GILBERTI, *Elementi di storia del diritto romano*³, Torino 2001, 308, ove, a proposito del Codice del 529, si legge: «Nella raccolta dovevano essere utilizzati soprattutto i materiali del Teodosiano, del Gregoriano e dell'Ermogeniano», perché il «soprattutto» può riferirsi al rapporto fra i tre *codices* considerati insieme e la legislazione posteriore al Teodosiano. Si veda anche *infra* nt. 9.

⁴ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 265; EAD., *Codice Teodosiano* cit., 237. In entrambi i contributi l'autrice tiene a premettere di non voler entrare in contrasto con «l'opinione di così illustri studiosi», o con «una così autorevole dottrina» – peraltro nella scienza non esiste l'*Ipse dixit* –, ma poi, in particolare nel primo saggio citato, con argomenti di varia natura nonché concatenati e univoci rilievi, prospetta esattamente la soluzione contraria; giungendo anche in più di un caso a ipotizzare che le aggiunte che si leggono nelle costituzioni del *Codex Iustinianus* rispetto al testo che le stesse presentano nel Teodosiano, non identificherebbero, come finora si è ritenuto, interpolazioni giustiniane, ma frasi originarie delle leggi postclassiche, che i commissari di Giustiniano, non fermandosi alla veste di cui al Codice del 438, avrebbero recuperato da fonti diverse (su tale aspetto ritorneremo in seguito). Né l'aver limitato l'esame a un numero abbastanza ristretto di costituzioni esclude una precisa, più generale valenza della tesi che ivi viene difesa.

⁵ E. GERMINO, *Codex* cit., 61 ss.

⁶ Sia pure, se la mia percezione è corretta, con qualche oscillazione: *infra* nt. 25.

⁷ E. GERMINO, *Il progetto codificatorio di Teodosio II. Qualche riflessione su CTh. 1.1.5 e 6*, in E. DOVERE (a cura di), *Signa amicitiae. Scritti offerti a Giovanni de Bonfils*, Bari 2018, 183 ss.

dente dalle Leggi romano-barbariche, in *primis* il *Breviarium*, e – almeno in Italia dal 554, stante la *Pragmatica sanctio pro petitione Vigili* – dal *Corpus Iuris* giustiniano, e ciò ne avrebbe determinato la scomparsa sul piano della tradizione testuale. Il Codice preparatorio previsto dalla costituzione in CTh. 1.1.5 del 429 si sarebbe invece conservato in ambiente scolastico e in tale veste ‘sommersa’, con aggiunte e – ai presenti fini, soprattutto – detrazioni, sarebbe giunto fino a noi.⁸

Ciò premesso, peraltro, circa la *quaestio* in oggetto non ritengo del tutto fuori luogo il richiamo a un dato di esperienza personale.

Coltivando ormai da lungo tempo come principale filone di indagine lo studio delle fonti del diritto romano tardoantico, anche la mia, pur abbastanza limitata, frequentazione *lato sensu* convegnoistica si è prevalentemente orientata in direzione analoga. Ebbene, proprio in tale contesto, mi è capitato più di una volta di ascoltare, pronunciata da questo o quel relatore – non sempre agli esordi o storico non giurista –, un'affermazione che, in termini minimi e soltanto per intenderci rapidamente, formulo in questa sede così: «La tale *constitutio* si trova nel Codice di Giustiniano ma non nel Teodosiano». E, almeno in taluni casi, mi è sembrato che, sia pure nella forma più timida e laconica, con tale rilievo si sia inteso comunicare una sorta di suggestione e alludere così a un percorso di indagine da coltivare.

È ovvio peraltro che l'affermazione relativa alla presenza di una legge nel Codice di Giustiniano ma non in quello di Teodosio II, può essere intesa in due modi.

Il primo, detto in breve, con riferimento alle edizioni delle due fonti tardoantiche in nostro possesso, che il giusromanista compulsa con grande frequenza. Ciò equivale a dire che la costituzione x la si può leggere nell'edizione Krüger del *Codex repetitae praelectionis*, ma non la si trova nel tomo di Mommsen-Krüger dedicato al *Codex Theodosianus* (e alle *constitutiones Sirmondianae*). In questo caso, mette appena conto rilevarlo, *nulla quaestio*: trattasi di un mero e oggettivo dato di fatto, la cui constatazione non richiede certo alcuna cautela. Tuttavia, proprio perché tale, l'osservazione in parola si pone d'altro canto come un accessorio privo di valenza euristica.

Assai diverso è invece il caso – ed è quello a cui accennavo – in cui al rilievo si ricollega, ancorché in chiave dubitativa, un riflesso che interessa direttamente la storia giuridica sul piano dei rapporti tra i due Codici ufficiali del V e del VI secolo e dei loro contenuti, investendo allora una delicata problematica che riguarda in primo luogo le fonti del *Codex Iustinianus*, ma che si snoda pure in ulteriori direzioni.⁹

⁸ Non è possibile in questa sede occuparsi *ex professo* di tale ipotesi (della quale del resto il Germino stesso non nasconde l'ardimento, giustificandolo peraltro con arguta ironia). Mi limito *prima facie* a rilevare che la presenza nel (nostro) Teodosiano di ridondanze, ripetizioni, leggi abrogate da altre successive, che non si concilierebbe con «l'operazione di 'snellimento' per un verso e di aggiornamento, per l'altro, della *moles constitutionum divalium*, così come del resto l'eshaustività della compilazione, fieramente sbandierate da Teodosio II nella novella *de auctoritate codicis Theodosiani*» (E. GERMINO, *Il progetto* cit., 202) è certamente innegabile, ma al contempo essa appare anche con tutta evidenza nell'ampia parte del Teodosiano restituita dal *Breviarium*, e sembra abbastanza improbabile – stante anche i caratteri della codificazione alaricana – che i compilatori della stessa abbiano attinto le leggi, per di più dotandole di *interpretatio*, non dal Codice Teodosiano vigente (al quale pure sarebbero stati in procinto di assestare un colpo mortale), ma da una raccolta priva di valore normativo e relegata a mero oggetto di studio. Aggiungerei che anche il *Breviarium* è dichiarato esclusivo, ma quanto alla sua rispondenza interna a tale carattere, mi permetto di rinviare a R. LAMBERTINI, *La codificazione di Alarico II*, Torino 1991, 51 ss.; impostazione che mi sembra condivisa nel paragrafo di G. LUCHETTI sulla *Lex Romana Visigothorum*, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma*, Torino 2016, 419 ss.

⁹ Mi sembra paradigmatico in tal senso quanto a proposito di C. 4.63.4 si legge in K. GÜTERBOCK, *Byzanz und Persien in ihren diplomatisch-völkerrechtlichen Beziehungen im Zeitalter Justinians. Ein Beitrag*

Il punto-chiave risiede comunque, in tal caso, nel presupposto per cui i commissari giustiniani non avrebbero tratto la legge in questione dal Teodosiano, e quindi che le costituzioni a partire da Costantino e promulgate fino al 438 presenti nel *Codex* non avrebbero avuto come unica fonte la *collectio* ufficiale teodosiana (o, eventualmente, i due Codici privati Gregoriano ed Ermogeniano):¹⁰ pur per il periodo di competenza del Codice Teodosiano, gli artefici della raccolta giustiniana avrebbero, insomma, ricavato leggi imperiali anche *aliunde*.

Quanto premesso mi ha indotto a valutare la questione, allineando quelli che ritengo gli elementi a favore e quelli contrari all'assunto di cui stiamo parlando, relativo cioè a una scelta non limitata ai tre Codici pregiustiniani: più specificamente, restringendo ora il campo al rapporto tra i due Codici ufficiali del V e VI secolo, a una provenienza delle *leges generales* presenti nella *collectio* giustiniana anche da altri contesti e altri archivi.

Si tratta ovviamente di una valutazione che prescinde da un analitico studio incentrato su ogni singola *constitutio* implicata da una tale tematica, ossia presente in entrambi i Codici o soltanto in uno di essi – in particolare nel solo *Codex Iustinianus* –, e che pertanto si pone unicamente come una sorta di premessa critica rispetto a una verifica completa e puntuale – che peraltro finora non mi risulta compiuta, se non *pro parte*¹¹ – in grado di raggiungere esiti più appaganti, nonostante – con rammarico mi sento di richiamarlo fin d'ora – il limite, difficilmente alleviabile, delle gravi lacune di tradizione testuale che infirmano la nostra conoscenza di una buona metà del Codice Teodosiano.¹²

2. A mio avviso, in chiave generale, gli elementi a favore di una provenienza diversificata si condensano sostanzialmente in un dato, che tuttavia sta anche in parte a fondamento stesso della *quaestio*, la quale altrimenti stenterebbe a trovare ragione.

Si tratta della presenza nel solo *Codex Iustinianus* di costituzioni – intendendo per tali brani autonomi di leggi, dotati di *inscriptio* e *subscriptio* – databili entro il periodo di cui si è detto (312-438 d. C.).¹³

zur Geschichte des Völkerrechts, Berlin 1906, 75 (e tale impostazione è di recente condivisa da K.H. ZIEGLER, *Regeln für den Handelsverkehr in Staatsverträgen des Altertums*, in TRG 70, 2002, 55 ss.). La costituzione, di Onorio e Teodosio del 408 o 409, a noi nota soltanto attraverso il *Codex Iustinianus*, riguarda i rapporti commerciali tra impero romano e impero persiano. Lo studioso citato afferma che la legge non si trova nel Teodosiano in quanto, riguardando soltanto l'esecuzione di un trattato internazionale, non si confaceva alla «grosse Gesetzsammlung» di Teodosio II, mentre interessava particolarmente Giustiniano in rapporto alla sua contingente politica nei confronti dell'impero sassanide. In questo caso, l'oggettiva e 'attuale' presenza della norma nel solo *Codex Iustinianus* è senz'altro ricollegata alla volontaria esclusione della stessa da parte dei commissari teodosiani, e si ritiene di poter spiegare la stessa sulla base di argomenti che prescindono del tutto da problematiche di tradizione testuale.

¹⁰ La precisazione apparirà più chiara nel prosieguo.

¹¹ Di tale programma – in cui si inserisce, per esempio la ricerca di P.O. CUNEO (a cura di), *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante (337-361)*, Milano 1997 –, va debitamente reso merito all'Accademia Romanistica Costantiniana. In argomento cfr. ora A. LOVATO, *Costantino e la 'Costantiniana'. Prospettive di ricerca nel Novecento*, in *Signa amicitiae* cit., 311 ss.; e, con menzione di una vicenda personale, F. PERGAMI, *Sulla sfera di applicazione delle costituzioni imperiali in età tardo antica*, *ibidem*, 155 ss. Ancora prima, Edoardo Volterra aveva profuso impegno e passione in un progetto teso alla realizzazione di una palinogenesi delle costituzioni imperiali avviato negli anni trenta dall'Accademia d'Italia e ripreso nel dopoguerra dall'Accademia dei Lincei: cfr. ora L. CAPOGROSSI COLOGNESI, A. MASI, *Ricordo di Edoardo Volterra*, in BIDR 109, 2015 (pubbl. 2016), 398.

¹² Per tacere delle ancor più estese carenze della nostra scienza in ordine ai due Codici dioclezianei.

¹³ Per la data iniziale cfr. F. BETANCOURT, *La legislación tardo-imperial entre el 11 de enero del [305] <306> (Cl. 5,42,5) y el 29 de agosto del 312 (FV. 32)*, in AARC 11, Napoli 1996, 619.

Il numero di queste *constitutiones*, o parti delle stesse, benché non eccessivo stante la consistente frazione del Teodosiano che ci è ignota, non può neppure dirsi esiguo, ché a una prima cernita se ne sono contate 262.¹⁴ Quest'ultimo, di natura quantitativa, è da considerarsi un elemento a favore, dal momento che se si trattasse di poche decine, con tutta evidenza il quadro mostrerebbe un volto diverso. Comunque si voglia considerarlo, è un numero che induce a riflettere e fornisce indubbia legittimità alla posizione del problema.

Vediamo ora quelli che, sempre a mio credere e ad una valutazione *in limine*, si pongo-
no come elementi contrari.

Il primo risiede nelle stesse parole di Giustiniano:

Const. 'Haec' (13 febbraio 528) pr., 2: [pr.] Haec, quae necessario corrigenda esse multis retro principibus visa sunt, interea tamen nullus eorum hoc ad effectum ducere ausus est, in presenti rebus donare communibus auxilio dei onnipotentis censuimus et prolixitatem litium amputare, multitudine quidem constitutionum, quae tribus codicibus Gregoriano et Hermogeniano atque Theodosiano continebantur, illarum etiam, quae post eosdem codices a Theodosio divinae recordationis aliisque post eum retro principibus, a nostra autem clementia posita sunt, resecanda, uno autem codice sub felici nostri nominis vocabulo componendo, in quem colligi tam memoratorum trium codicum quam novellas post eos positas constitutions oportet (...) [2] Quibus [ai commissari in precedenza nominati] specialiter permisimus resecatis iam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus quam similibus et contrariis, praeterquam si iuris aliqua divisione adiuvantur, illis etiam, quae in desuetudinem abierunt, certas et brevi sermone conscriptas ex isdem tribus codicibus, novellis etiam constitutionibus leges componere et congruis subdere titulis, adicientes quidem et detrahentes, immo et mutantes verba earum, ubi hoc rei commoditas exigebat, colligentem vero in unam sanctionem, quae in variis constitutionibus dispersa sunt, et sensum earum clariorem efficientes, ita tamen, ut ordo temporum eorundem constitutionibus non solum ex adiectis diebus et consulibus, sed etiam ex ipsa compositione earum 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, inveniuntur, ita his ponendis nullaue dubietate super generali earum robore ex hoc orienda, 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' (7 aprile 529) 1-2 [1] Sed cum sit necessarium multitudinem constitutionum tam in tribus veteribus codicibus relatarum quam post eorum confectionem posterioribus temporibus adiectarum ad breviter reducere caliginem earum rectis iudicum definitionibus insidiantem penitus extirpare, ad hoc commune praestandum beneficium deo praesule prono animo nos dedidimus et electis viris gloriosissimis tam doctrina legum quam experientia rerum studioque pro re publica indefesso et laudabili proposito pollentibus sub certis finibus magnum laborem commisimus, per quem tam trium veterum Gregoriani et Hermogeniani atque Theodosiani codicum constitutiones quam plurimas alias post eosdem codices a Theodosio divinae memoriae ceterisque post eum retro principibus, a nostra etiam clementia positas in unum codicem felici nostro vocabulo nuncupandum colligi praecepimus: (...) [2] (...) quae eis [ai commissari] mandavimus, cum sedula et pervigili industria moderataque digestionem cum dei auxilio ad prosperum tulerunt terminum et eundem novum Iustinianum codicem nobis obtulerunt ita compositum, ut et rebus profuturus esset communibus et nostro convenisset imperio;

¹⁴ Cfr. E. GERMINO, *Codex cit.*, 74 s., ove tali *constitutiones* figurano anche ripartite – in via orientativa, sulla base delle *inscripciones* – tra gli imperatori emananti. Di esse, 55 sono formalmente ascrivibili a Costantino.

Const. 'Cordi' (16 novembre 534) pr. (...) Igitur in primordio nostri imperii sacratissimas constitutiones, quae in diversa volumina fuerant dispersae et quam plurima similitudine nec non diversitate vacillabant, in unum corpus colligere omnique vitio purgare proposuimus (...).

In genere si rileva che nei passi sopra riportati delle costituzioni 'Haec' e 'Summa' non vi è alcun cenno ad altre fonti di provenienza delle costituzioni *ante Theodosianum*: ricorrono sempre e soltanto i riferimenti ai 'tres veteres codices'.

Difficile spiegare, pertanto, un silenzio in tal senso, dal momento che, proprio mentre non si lesinano lodi ai 'gloriosissimi viri' che hanno redatto il Codice, si negherebbe loro un merito di rilievo. Un imperatore, tanto più nella temperie del dominio, se mente, mente a proprio vantaggio, per eccesso in chiave positiva, di autocelebrazione, non a proprio sfavore. Anche se in questo caso il mentire, o meglio il tacere un dato giovevole, non integerebbe un mendacio grave, sarebbe singolare – si argomenta – una simile preterizione da parte di Giustiniano, per di più in costituzioni dalla marcata valenza propagandistica come quelle introduttive e conclusive delle compilazioni ufficiali, quando proprio la pura verità, e una verità per di più a portata di mano, tornerebbe soltanto a proprio vantaggio.¹⁵

Tale impostazione, a ben guardare, parte dall'implicito presupposto che nella *constitutio 'Haec'* non sia per nulla individuabile un ordine di Giustiniano che imponga ai commissari di limitarsi ai tre Codici. Soltanto su tale base infatti può ritenersi degna di lode la ricerca in altri archivi di leggi imperiali destinate ad aggiungersi a quelle che alla 'componenda collectio' ha già fornito la triade.

Non intendo negare ogni valore a tali considerazioni, tuttavia mi sembra che il problema implichi un aspetto un poco più complesso.

Occorre innanzitutto valutare con attenzione i passi di pertinenza delle due leggi di accompagnamento al Codice del 529, senza limitarsi, come non di rado accade, a generici richiami.¹⁶

Nel principio della *constitutio 'Haec'* Giustiniano si attribuisce il merito del compimento di un'opera della quale diversi suoi predecessori avevano avvertito la necessità, ma che nessuno aveva fino ad allora osato realizzare,¹⁷ e chiarisce in che cosa consista tale *opus*. Si

¹⁵ Cfr. G. ROTONDI, *Studi cit.*, 213. Sulla stessa falsariga R. BONINI, in *Lineamenti di storia del diritto romano*², con la direzione di M. Talamanca, Milano 1989, 663. E. GERMINO, *Codex cit.*, 72, il quale pure in argomento esprime il medesimo punto di vista, ammette – escludendola tuttavia nel nostro caso – che da parte di Giustiniano «una certa propensione alla menzogna possa esservi». Peraltro, detratte ovviamente la tara legata all'autocelebrazione retorica, questa concessione non mi trova pienamente d'accordo. Soltanto *per indicem*, con riferimento alla teoria del Predigesto, mi viene fatto di rilevare che a quel falso addebitato tante volte a Giustiniano – benché talora accompagnato da tentativi più o meno artificiosi di attenuarne la gravità – la dottrina non sembra più credere. E ciò si comprende, ché alle affermazioni dell'imperatore corroborate da risultanze inconfutabili si è contrapposta soltanto una variegata panoramica di ricostruzioni meramente congetturali (in argomento cfr. di recente R. LAMBERTINI, *La "compilazioncella" dell'Arangio-Ruiz e la regolarità formale delle inscriptiones nel Digesto*, in *Koinōnía* 40, 2016, 331 ss.). Pur non affrontando specificamente il problema, pressoché tutti i manuali di Storia del diritto romano indicano nei (soli) tre Codici anteriori le fonti del *Codex Iustinianus* per il periodo 312-438 d.C. (Cfr. anche *supra* nt. 3, in fine).

¹⁶ A proposito delle costituzioni 'Haec' e 'Summa' condivido una considerazione di A.M. GIOMARO, *Il Codex repetitae praelectionis*, Roma-S. Giovanni in Laterano 2001, 30 nt. 38: «Si tratta di passi di assoluta familiarità, tanto che, forse, non li si rilegge mai abbastanza».

¹⁷ In *const. 'Tanta'* pr., a proposito del Digesto realizzato, Giustiniano – forse un poco ingenerosamente nei confronti di Teodosio II – dirà che in un'opera di tale momento nessuno prima aveva addirittura sperato.

tratta di mettere mano sia alla '*multitudo constitutionum*' che si trovano nei *tres codices* – Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano –, sia all'amplessimo complesso legislativo ('*plurimas alias*') posteriore al Teodosiano, comprendente anche leggi emanate da Giustiniano stesso, per svolgere un lavoro ben preciso, espresso da un verbo altrettanto preciso: *resecare*. Nella predetta immane congerie di leggi imperiali, al fine di redigere un solo codice destinato ad *amputare* la '*prolixitas litium*', bisogna dunque *in primis* lavorare di forbici: tagliare, ridurre, sfoltire. Questo sembra al contempo l'incarico e l'ordine di Giustiniano: *rescanda* è un gerundivo che indica quello che va fatto.

Il paragrafo 2 della costituzione precisa compiti e facoltà dei dieci commissari guidati dall'*ex quaestor sacri palatii* Giovanni:¹⁸ in particolare eliminare le ripetizioni e i contrasti (se non funzionali a distinzioni sul piano giuridico, ossia consapevoli, apparenti), le *paefactiones* che non attengono alla parte dispositiva e le leggi cadute in desuetudine, interpolare – in chiave di aggiunta, detrazione e modifica –, dividere i testi e accorparli, sistemare le costituzioni nei titoli idonei nel rispetto della cronologia, la quale va, anzi, ricostruita nei casi in cui non sia rivelata dalla fonte. Tutto ciò, peraltro, sempre con riferimento ai *tres codices* e alle *novellae*, che nel citato paragrafo non a caso vengono menzionati ben due volte. E non sembra privo di significato che proprio a proposito delle leggi '*sine die et consule*', Giustiniano continui a riferirsi non a eventuali costituzioni '*extravagantes*', contenute – a mero titolo di esempio – in documenti conciliari o in raccolte non ufficiali, ma, di nuovo, '*in veteribus codicibus vel in his, in quibus novellae constitutiones receptae sunt*'.

D'altra parte ciò si coniuga perfettamente con l'intento di semplificazione normativa, sottolineato anche di recente da Paolo Garbarino, che pervade l'intera costituzione introduttiva al *Novus Codex*.¹⁹

La costituzione '*Summa*' conferma sia il lavoro che era necessario compiere – '*cum sit necessarium multitudinem constitutionum tam in tribus veteribus codicibus relatarum quam post eorum confectionem posterioribus temporibus adiectarum ad brevitatem reducendo caliginem earum rectis iudicum definitionibus insidiantes penitus extirpare*' –, sia il tenore del mandato – '*sub certis finibus magnum laborem commisimus, per quem tam trium veterum Gregoriani et Hermogeniani atque Theodosiani codicum constitutiones (...) in unum codicem (...) colligi praecepimus*' –, sia, infine, la piena corrispondenza tra l'incarico imperiale conferito e il risultato dell'opera svolta dai dieci compilatori: '*quae eis mandavimus, cum sedula et pervigili industria moderataque digestionem cum dei auxilio ad prosperum tulerunt terminum*'.²⁰

Magnus è stato il *labor* richiesto, afferma l'imperatore, ma aggiunge che lo stesso fu da lui affidato alla commissione '*sub certis finibus*', ossia entro limiti precisi. Si ribadisce, insomma, la natura e l'ambito dell'ordine imperiale.²¹ E in proposito viene quasi immediato

¹⁸ Probabilmente non identificabile, come non di rado prospettato, con Giovanni di Cappadocia: cfr. di recente G. LUCHETTI, in A. SCHIAVONE (a cura di), *Storia giuridica di Roma* cit., 425.

¹⁹ Si vedano i saggi citati *supra* alla nt. 2.

²⁰ Rileva R. BONINI, in *Lineamenti* cit., 639, che la sola novità della costituzione '*Summa*' rispetto alla '*Haec*' «consiste nella affermazione della esautività – e della autosufficienza – della nuova codificazione».

²¹ Cfr. in tale perspicua direzione: F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Padova 1999, 318: «Nel 528 l'imperatore ordinò che si facesse un codice in cui dovevano essere raccolte tutte le costituzioni ancora utili, tra quelle già inserite nei precedenti codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, e quelle successivamente pubblicate in Oriente»; A.M. GIOMARO, *Il Codex* cit., 30 nt. 39: (a proposito del § 1 della costituzione '*Summa*') «esso rappresenta in maniera chiara l'indicazione dei precedenti da cui i compilatori potevano e dovevano (*Haec*, pr.) derivare la materia»; A. CENDERELLI, *I giuristi di Giustiniano*, in RDR 4, 2004, 3 (= C. BUZZACCHI [a cura di], *Scritti romanistici*, Milano 2011, 549): «La

domandarsi se i predetti ‘*certi fines*’ includano tutto fuorché il dato che più propriamente a tale espressione si attaglia, ossia gli ambiti testuali da cui ricavare le costituzioni.

Infine, il principio della *constitutio* ‘*Cordi*’ parla di leggi che si trovavano sì sparse, cioè in luoghi diversi, ma in *volumina*, termine che – almeno per le norme anteriori al 438 e alla luce delle costituzioni ‘*Haec*’ e ‘*Summa*’ – non può che alludere ai Codici che conosciamo. E, di nuovo, appare la conferma circa un’opera di riorganizzazione in chiave quantitativamente riduttiva.

Il tenore delle due leggi del 528 e 529, di per sé, non implicherebbe un divieto di inserire nella nuova *collectio* anche altre costituzioni e l’imperatore, attestandosi sul *resecare*, avrebbe soltanto delineato un obiettivo prudenziale, implicitamente sottovalutando le forze, le competenze e lo zelo di ricerca dei suoi commissari?

Anche ammettendo che sul piano di un’interpretazione non letterale lo si possa concedere – e, per quel che può valere, ora sono di contrario avviso²² –, a questo punto, a mio credere, occorre valutare un altro profilo strettamente legato alla questione.

La *Novella Theodosii* 1, del 15 febbraio 438, nel momento in cui pubblica il Codice Teodosiano, gli imprime – quanto al *ius principale* – il sigillo dell’esclusività:

§ 3 *Quamobrem detersa nube voluminum, in quibus multorum nihil explicantium aetates adritae sunt, compendiosam divalium constitutionum scientiam ex divi Constantini temporibus roboramus, nulli post Kal. Ian. concessa licentia ad forum et cotidianas advocaciones ius principale deferre vel litis instrumenta componere, nisi ex his videlicet libris, qui in nostris nominis vocabulum transierunt et sacris habentur in scriniis.*

Le *leges generales* non ricomprese nel Codice, o in veste diversa da quella che ora presentano nella *collectio* teodosiana, sono dunque da ritenersi per ciò stesso abrogate, escono definitivamente dalla realtà giuridica.

Ne consegue che inserire, da parte dei commissari di Giustiniano, il testo di una costituzione reperita *aliunde* – qualunque sia la provenienza della stessa – significa riportarla in vigore e, per ciò stesso, operare come legislatori.

Tuttavia non riesce facile ammettere che un imperatore dell’età del dominato, ‘legge vivente’ e *legibus solutus*, come Giustiniano, abbia potuto concepire, per di più in forma implicita, una delega di questa natura. Che, infatti, le fonti non attestano: altro è la facoltà di modificare variamente i testi normativi per adeguarli alla nuova temperie, per eliminare le contraddizioni, per renderli più chiari e funzionali agli scopi – come è noto essenzialmente pratici – riconnessi al *Codex*, altro è consentire la diretta e autonoma produzione di norme giuridiche. Mentre da un lato, come si è visto, i commissari devono *resecare* le costituzioni cadute in desuetudine, possono poi, per converso, rivitalizzare in via autonoma leggi abrogate *ex professo* quasi un secolo prima?

volontà dell’imperatore è tanto categorica (*‘oportet’*) quanto chiara nell’indicare il materiale da raccogliere». E del resto, al termine del proprio saggio, anche P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 320, scrive: «Giustiniano aveva prescritto, in effetti, nel disporre la compilazione del *novus Codex*, che questo doveva essere formato sulla base dei Codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, nonché delle costituzioni emesse successivamente, fino alle sue», pur evidenziando una riserva che sarà discussa più avanti (3, in fine).

²² Non ho difficoltà ad ammettere che, in sede manualistica, a tale conclusione avevo finora aderito – tralasciamente – anch’io (cfr. da ultimo *Avviamento allo studio testuale del diritto romano*, Torino 2015, 123). Valutata *ex professo* la questione in occasione del presente studio, ho maturato una convinzione diversa.

In fondo, a ben riflettere, una delle principali cause alla base del declino della metodologia interpolazionistica, imperante per decenni, sta proprio nell'aver superato l'equivoco che risiedeva nell'identificare la facoltà di interpolare i testi con quella di emanare nuove norme giuridiche, cioè nell'aver individuato nelle interpolazioni il mezzo per dettare legge, per dare vita ad autonome riforme.²³ A me sembra che un nodo in fondo analogo si presenti circa la tematica di cui ci stiamo occupando.

Anche sulla base dei precedenti rilievi una affermazione della Cuneo²⁴ – che il Germino, in chiusura del suo saggio, dichiara di condividere²⁵ – desta a mio avviso perplessità sul piano metodologico: «Noi non sappiamo, in realtà, come i compilatori giustinianeî abbiano lavorato; e perciò sia l'affermare sia il negare che abbiano usato materiale diverso da quello già esistente nei codici precedenti costituisce una semplice congettura».

Quanto alla premessa, è ovvio che nelle ricerche antichistiche la nostra scienza circa i fatti non può che derivare integralmente da quanto è scritto nelle fonti. Esse però nel nostro caso sono tutt'altro che mute e, comunque si intenda valutarla, recano una testimonianza univoca e coeva, perché come abbiano lavorato i compilatori in realtà le fonti ce lo dicono. Accomunare le due posizioni dottrinarie nel segno di una semplice congettura si rivela pertanto una conclusione forzata: occorre prendere atto che la – pur legittima – congettura è soltanto quella proposta dalla studiosa.

Ancora in tema di considerazioni di carattere generale, sembra possibile prospettare una ulteriore, da intendersi peraltro collegata a un parametro tendenziale.

Il Codice Teodosiano consta di 16 libri e contiene *leges generales* dal 312 al 438: trattasi di un periodo lungo un secolo più un ulteriore quarto. Il *Novus Codex* ha dimensioni più ridotte: è composto da 12 libri²⁶ – pur mettendo in conto dimensioni non identiche di un libro rispetto a un altro, 12 equivale ai 3/4 di 16 –, ma, ciò nonostante, oltre a quella tipologia di fonti ricompresa nel citato periodo di tempo, contiene anche rescritti a partire da Adriano e fino a Diocleziano; e in più, di nuovo a proposito di *leges generales*, quelle emanate dopo la pubblicazione del Codice Teodosiano fino al 529: quasi un altro secolo di legislazione che si aggiunge a quello, abbondante, di cui sopra.²⁷

²³ Cfr. in proposito, abbastanza di recente, R. LAMBERTINI, *Interpolazioni nei 'Digesta'. Dichiarazioni di Giustiniano, esperienze di ricerca*, 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 14-15 dic. 2007*, Trento 2011, 3 ss.; nonché F. GORIA, *Che cosa potevano fare i Compilatori?*, *ibidem*, in part. 141 ss., il quale in proposito rileva che Giustiniano, nel momento in cui affermava l'assoluta dipendenza dei giudici non solo dalla legge, ma anche dall'interpretazione dell'imperatore (C. 1.14.12, del 529), con ciò stesso avvocava a sé ogni potere di riforma del diritto vigente (§ 3: *'si enim in praesenti leges condere soli imperatori concessum est, et leges interpretari solum dignum imperio esse oportet'*). Su C. 1.14.12, esaminata nella sua precisa contestualizzazione cronologica immediatamente posteriore all'*editio* del primo Codice, e non, come in genere è avvenuto finora, rispetto alla codificazione compiuta, cfr. P. GARBARINO, *Note cit.*, 252 ss.

²⁴ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio cit.*, 272.

²⁵ E. GERMINO, *Codex cit.*, 83 nt. 62.

²⁶ *Constt. 'Omnen' pr.; 'Tanta' 1*. Evidente la valenza simbolica del numero dei libri rispetto alle tavole del codice decemvirale. Essa si manterrà anche per il *Codex repetitae praelectionis*, ove tuttavia verrà meno quella relativa al numero dei commissari: non più 10, come i componenti dell'antico collegio, ma 5.

²⁷ Tale rapporto tra mole del Codice e complesso dei materiali contenuti è rilevato, per esempio, da G. PUGLIESE, *Spunti e precedenti romani delle moderne codificazioni*, in (Index 14, 1986, 19 ss.) = L. VACCA (a cura di), *Scritti giuridici (1985-1995)*, Napoli 2007, 34, ove tuttavia, pur nella comprensibile prudenza,

Considerando ora le proporzioni tra la mole del Codice di Teodosio e quella della *collectio* giustiniana, e rapportando tale dato ai ‘blocchi’ tipologici e cronologici di materiali contenuti nell’uno e nell’altro, si può riflettere sul grado di probabilità relativo a un lavoro compilatorio – tra l’altro compiuto da dieci uomini in poco più di un anno – che rispetto al Codice Teodosiano non si limiti, come ovvio e inevitabile, a un massiccio sfrondamento, ma si studi anche di reperire altrove costituzioni che i commissari di Teodosio II hanno escluso, e così facendo abrogato, stante il carattere di esclusività proprio della *collectio* teodosiana.

3. Consideriamo ora la problematica legata alle quattro costituzioni su cui Paola Ombretta Cuneo ha impostato la sua tesi. Esse, databili tra il 314 e il 316, figurano soltanto nel Codice giustiniano e recano nell’*inscriptio* i nomi degli imperatori Costantino e Licinio (*‘Imp. Constantinus et Licinius’*): C. 3.1.8 (a. 314); C. 6.1.3 (*‘sine die et consule’*, ma forse del 314 sulla base di CTh. 4.12.1, il Krüger la colloca genericamente tra il 317 e il 323, ossia il periodo nel quale Licinio fu *Augustus*); C. 7.22.3 (del 314, indicata nell’*inscriptio* come *‘exemplum sacrarum litterarum Constantini et Licinii AA. ad Dionysium vice praefectorum agentem’*); C. 7.16.41 (priva di *subscriptio*, ma, sulla base del destinatario (*‘Titianus praeses Cappadociae’*, che ricorre anche in CTh. 8.5.2 = C. 12.50(51).1, databile al 316).

La citata autrice afferma che non è possibile che le quattro costituzioni di cui sopra provengano dal Codice Teodosiano, «nel quale il nome di Licinio non compare mai, ed apparendo chiaramente inverosimile che i compilatori giustiniane si siano dilettrati di aggiungerlo là dove esso mancava».

D’altro canto – prosegue la Cuneo – si può parimenti escludere che le stesse siano state tratte dal Codice Ermogeniano, come pure hanno sostenuto diversi autorevoli studiosi, perché non esisterebbero prove sicure che detto Codice «contenesse materiale di oltre un decennio posteriore alla data della sua pubblicazione, concordemente indicata nei primi mesi del 295». L’attribuzione alla *collectio* di costituzioni recanti date decisamente posteriori, come quelle di Valentiniano e Valente di cui a *Cons.* 9.1-7, è «quasi certamente erronea, se non addirittura volutamente falsa».²⁸

In effetti si può escludere che le quattro citate costituzioni figurassero nel Codice Teodosiano, nel quale il nome di Licinio è presente molte volte nelle *subscriptio* in veste di console e anche con il titolo di Cesare, mai però, sia nelle *inscriptiones* sia nelle *subscriptio*nes, con il titolo di Augusto, ed è questo il dato rilevante legato alla *damnatio memoriae* inflittagli *post mortem*.²⁹

A dire il vero, nella tradizione manoscritta del Teodosiano, CTh. 13.10.2, del 1° giugno 313 e certamente di Licinio,³⁰ reca nell’*inscriptio* *‘Idem AA. ad Eusebium v(irim)’*

qualche perplessità può destare la conclusione secondo la quale il *Novus Codex*, «pur di ambito cronologico assai più ampio, aveva dimensioni equivalenti a quelle del *Codex Theodosianus* o forse minori».

²⁸ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 267-268.

²⁹ Cfr. TH. MOMMSEN, *Prolegomena*, CLX, CCXIII s. Nel senso indicato non è tuttavia esatto, come scrive A. CENDERELLI, *Ricerche sul Codex Hermogenianus*, Milano 1965, 8 nt. 16, che il nome di Licinio «venne cancellato da tutti gli atti ufficiali». Sulla *damnatio memoriae* di Licinio cfr. F. COSTABILE, *Due miliari da Decastadium (Bruttii) e la damnatio memoriae di Licinio e Liciniano*, in *Studi S. Calderone*, III, Messina 1987, 219 ss.

³⁰ Cfr. M. AMELOTTI, *Da Diocleziano a Costantino. Note in tema di costituzioni imperiali*, in (SDHI 27, 1961, 241 ss.) = L. MIGLIARDI ZINGALE (a cura di), *Scritti giuridici*, Torino 1996, 556. La legge – che

p(erfectissimum) praesidem Lyciae et Pamfyliae, dove 'AA.' indica in origine gli imperatori Costantino e Licinio (quest'ultimo effettivo emanante, il primo aggiunto), ma è indizio labile, legato probabilmente alla svista di un amanuense che ha lasciato una 'A.' di troppo.³¹ Il Mommsen, nell'edizione del Teodosiano pone infatti una sola 'A.', che allude a Costantino, e 'Imp. Constantinus A.' figura nell'*inscriptio* della stessa norma conservata in C. 11.49(48).1.

Pertanto – anche alla luce della legge costantiniana in CTh. 15.14.1, del 16 maggio 324, la quale scaglia l'anatema nei confronti di tutte le disposizioni normative di 'Licinius tyrannus' – l'assenza delle quattro costituzioni nel Codice Teodosiano non può seriamente revocarsi in dubbio. E d'altra parte sul punto la dottrina è da tempo pacifica.³²

Se su questo rilievo si può dunque concordare senza riserve, lo stesso non può dirsi – ed è anche, di recente, il parere del Germino³³ – circa l'esclusione della provenienza delle citate *constitutiones* dal *Codex Hermogenianus*, o, più precisamente, da una delle edizioni recanti *additamenta* di cui il medesimo è stato oggetto nel tempo.

In proposito, infatti, l'autrice non apporta elementi nuovi in grado di contrastare l'opinione dominante. Che il Codice Ermogeniano abbia registrato più redazioni è attestato dalle fonti:³⁴ anche ammettendo che le costituzioni di Licinio che figurano nei *Fragmenta Vaticana*³⁵ – ove pure tra l'altro la *damnatio memoriae* del tiranno non è perseguita con scrupolo³⁶ – non siano state tratte dal Codice diocleziano ampliato ma direttamente dagli archivi imperiali da parte del giurista Ermogeniano,³⁷ la c.d. *Consultatio veteris cuiusdam iurisconsulti* reca costituzioni di Valentiniano e Valente tratte dal Codice Ermogeniano che sono posteriori di settant'anni rispetto al 295. Non si tratta, certo, di testi che facevano parte del Codice originario, bensì di aggiunte successive; peraltro, sebbene ampliata, quell'opera continua a essere il '*Codex Hermogenianus*' e a venire chiamata con questo nome.

reca la *subscriptio* 'Dat. Kal. Iun. Constantino A. III et Licino III cons.' – non può essere attribuita a Costantino, infatti vi è menzionato Diocleziano come '*senior Augustus*', quindi in vita, e in tale epoca Costantino, pur dominando l'Occidente, non era in grado di impartire ordini al governatore di una provincia orientale.

³¹ Cfr. M. AMELOTI, *Da Diocleziano* cit., 554 nt. 167, 556 nt. 173.

³² Cfr. P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 267 s.

³³ *Codex* cit., 67.

³⁴ Indipendentemente dalla – a lungo discussa, ma almeno a mio sommo avviso, senza ragioni particolarmente valide – testimonianza di Sedulio, *Pasch. op. 2 epist. ad Maced.* (CSEL, X, 172, HÜMER, 10-11), secondo il quale lo stesso Ermogeniano, definito dal poeta *doctissimus iurilator*, avrebbe pubblicato tre edizioni della propria opera (*tres editiones sui operis confecisse*); sempre che per tale si intenda, come reputano i più, il *Codex* e non l'*Epitome iuris*. Sulla *vexata quaestio* cfr., con disamina ampia e argomentata, l'originale ipotesi di E. DOVERE, *De iure. L'esordio delle Epitomi di Ermogeniano*, Torino 2005, 17 ss. [nonché, nella recensione alla prima edizione (2001) del citato studio, le considerazioni di E. STOLFI, *Pensiero 'epiclassico' e problemi di metodo*, in Labeo 48, 2002, 419 e ntt. 40-42].

³⁵ In tal senso E. VOLTERRA, *Sulle 'inscriptiones' di alcune costituzioni di Diocleziano*, in BIDR 76, 1973, 269; D. LIEBS, *Die Jurisprudenz im spätantiken Italien (260-640 n. Chr.)*, Berlin 1987, 154 s.

³⁶ Il nome di Licinio non figura infatti nelle *inscriptiones*, ove tuttavia si legge a volte (soltanto) '*Augg. et Caes.*' con riferimento al medesimo e a Costantino (Fragm. Vat. 33, 34, 35, 36), però, quando non è cancellato, nelle *subscriptiones* compare anche con il titolo di Augusto (Fragm. Vat. 32, 33, 274). Ciò ha indotto a ritenere che il nome di Licinio figurasse nella redazione originale della raccolta e sia stato evaso in seguito in modo frettoloso e incompleto: cfr. M. DE FILIPPI, *Fragmenta Vaticana. Storia di un testo normativo*², Bari 1998, 20 e nt. 17.

³⁷ La cui paternità del Codice omonimo è ribadita anche di recente da E. DOVERE, *Il secolo del Theodosianus. Riflessioni su materiali e metodo di studio*, in *Interpretatio Prudentium* 1, 2016, 150.

Anche il *Breviarium*, per esempio, ha subito aggiunte a non finire e di ben altra consistenza, ma non sembra aver cambiato per questo natura e denominazione.

Quanto poi all'ipotesi che le sette costituzioni di Valentiniano e Valente in *Cons.* 9.1-7 dichiarate di provenienza dall'Ermogeniano (*ex corpore Hermogeniani*), siano frutto di un falso, non si tratta nemmeno di una posizione da tempo superata, perché, come ha precisato Edoardo Volterra, il dubbio fu soltanto accennato, mai espressamente formulato, e, come l'insigne studioso conclude nelle sue accurate indagini sul manoscritto perduto della *Consultatio*, è un dubbio destituito di fondamento.³⁸ D'altronde, come si è rilevato anche più di recente, l'autore dell'operetta erotematica si mostra sempre diligente e affidabile nelle citazioni del Codice Teodosiano: perché, allora, dovrebbe comportarsi diversamente riguardo agli altri Codici che hanno fornito materiali alla *collectio*, prendendosi in tal senso «delle vere e proprie licenze»?³⁹

Ulteriori argomenti addotti dalla Cuneo, ancorché dotati di coerenza logica, sono legati al presupposto che le citate *constitutiones* non possano provenire dall'Ermogeniano, onde la loro valenza probante appare comunque condizionata dalla tenuta del citato presupposto, di cui si sono segnalati quelli che appaiono i limiti.

Tuttavia, anche ove si conceda di prescindere da un tale presupposto, residua in genere un non lieve margine di incertezza.

Per esempio, a proposito di C. 3.1.8 e C. 7.22.3, la studiosa parte dall'opinione di Paul Krüger, secondo il quale si sarebbe trattato di due brani della medesima legge.⁴⁰ Invero – e la Cuneo stessa non manca di sottolinearlo⁴¹ – le due *inscriptiones* presentano differenze evidenti e le date non coincidono. Queste l'*inscriptio* e la *subscriptio* della prima: (C. 3.1.8) '*Imp. Constantinus et Licinius AA. ad Dionysium*' – '*D. id. Mai. Volusiano et Anniano cons.*' (15 maggio 314); le seguenti quelle della seconda: (C. 7.22.3) '*Exemplum sacrarum litterarum Constantini et Licinii AA. ad Dionysium vice praefectorum agentem*' – '*D. III k. Mai.*

³⁸ E. VOLTERRA, *Le sette costituzioni di Valentiniano e Valente nella 'Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti'*, in *Scritti Giuridici*, VI, *Le fonti*, Napoli 1994, 197 nt. 39.

³⁹ Così M.U. SPERANDIO, *Codex Gregorianus. Origini e vicende*, Napoli 2005, 143. Circa l'inattendibilità dell'attribuzione all'Ermogeniano dei sette rescritti, la Cuneo, (*Codice di Teodosio* cit., 268 nt. 19) si limita a rinviare a quanto scrive A. CENDERELLI, *Ricerche* cit., 184 ss., sulla «corretta interpretazione del passo di Sedulio, sulla natura ed i limiti delle '*tres editiones*' dell'opera di Ermogeniano e sulla sua posizione dopo il 294», il che riguarda tuttavia una questione diversa. Peraltro, quest'ultimo studioso (*Ricerche* cit., 8 nt.18) accenna sì alla tesi di una attribuzione «addirittura volutamente falsa», ma secondo la dottrina risalente. E dal canto suo – *Ricerche*, 7; 163 nt. 50; 169 nt. 63 – ritiene che le costituzioni di Valentiniano e Valente siano frutto di un'aggiunta all'originario Ermogeniano. Cfr. anche D. LIEBS, *Die Jurisprudenz* cit., 142 ss., il quale ipotizza che sia stata assorbita nel Codice una raccolta privata di costituzioni imperiali, il che spiegherebbe l'inesatta successione cronologica riscontrabile tra i sette testi; C.A. CANNATA, *La cosiddetta Consultatio veteris cuiusdam iuriconsulti*, in *Il diritto fra scoperta e creazione. Giudici e giuristi nella storia della giustizia civile* (cur. G. Di Renzo Villata), Napoli 2003, 228: «Si tratta di rescritti che effettivamente devono provenire dal C. Herm., anche se da una sua tarda edizione» (e richiama in proposito lo studio del Cenderelli); S. CORCORAN, *The Gregorianus and Hermogenianus assembled and shattered*, in *MEFRA Antiquité* 125-2, 2013 (testo consultato in rete: <http://journals.openedition.org/mefra>), 113; e, più in generale, L. DE GIOVANNI, *Istituzioni Scienza giuridica Codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 172 s.

⁴⁰ *Ad h. l.* (120 ntt. 3, 4; 305 ntt. 5, 7). In tale direzione, tra gli altri, P. SILLI, *Mito e realtà dell'aequitas Christiana. Contributo alla determinazione del concetto di aequitas negli atti degli scrinia costantiniani*, Milano 1980, 17 ss.

⁴¹ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 270: «E da rilevare, però, che i due testi differiscono sensibilmente».

Volusiano et Anniano cons.' (29 aprile 314). Elemento accomunante i due testi, peraltro molto brevi, è individuato nella menzione dell'*aequitas* presente in entrambi.

Alla fine l'autrice è propensa a concludere che i compilatori giustiniane, come non hanno in questo caso tratto la coppia di testi dal Codice Teodosiano, non si siano neppure valse di un'altra raccolta normativa «quale avrebbe potuto essere l'Ermogeniano», in quanto se il redattore di tale Codice avesse diviso la costituzione originaria in due spezzoni per collocarli in luoghi diversi della *collectio*, non avrebbe apposto ai due frammenti *inscriptiones* e *subscriptiones* diverse.

Pur non decisivo, si tratta di un rilievo sottile,⁴² ma, anche accettandone una valenza probante, muove di nuovo da un presupposto quanto meno incerto – prima dichiarato tale ma poi implicitamente accolto –, ossia che si tratti di due brani della medesima norma.

A parte quello relativo all'*aequitas*,⁴³ pressoché gli stessi elementi che paiono adombrare l'assimilazione, depongono, sotto diverso profilo, a favore di due norme distinte. Non solo la data di emanazione è diversa – e in misura non esigua: 16 giorni⁴⁴ – ma induce anche a riflettere il dato per cui il *Dionysius* di C. 3.1.8 è privo di ogni qualifica: si tratta in fondo di un nome di ascendenza greca abbastanza comune, che infatti tra i destinatari dei rescritti nell'apparato testuale ricorre altre volte, come del resto – sempre in forma non identificabile – figura nelle *inscriptiones* di leggi più tarde di Costanzo restituite dal Teodosiano.⁴⁵ Che

⁴² Da un lato esso perde un poco di forza ipotizzando che, nell'eventualità, l'inserimento non sia dovuto all'autore del Codice Ermogeniano, ma, come in effetti è più probabile, a una o più mani ulteriori. Inoltre, anche all'interno del Codice Teodosiano, ove la mano è unica, si riscontrano talora differenze sensibili (ancorché, va detto, in misura inferiore a quella qui discussa) nelle *inscriptiones* di costituzioni geminate: CTh. 10.1.11 (del 25 settembre 367) reca nell'*inscriptio* il nome di Graziano, che manca invece in CTh. 12.6.14.

⁴³ Di cui tuttavia il secondo testo reca solo un cenno alla fine. Non posso ovviamente occuparmi *ex professo* del contenuto delle due *constitutiones*, ma anche il collegamento su tale piano non mi sembra del tutto tranquillante: forse non va sottovalutata la scelta dei compilatori giustiniane che hanno sistemato C. 3.1.8 nel titolo '*De iudiciis*' e C. 7.22.3 in quello '*De longi temporis praescriptione, quae pro libertate et non adversus libertatem opponitur*'.

⁴⁴ Anche nella circostanza si ricade, in fondo, in una questione metodologica. Non potendosi invocare un eventuale (non breve) lasso di tempo intercorso tra emanazione e pubblicazione della legge, posto che in entrambe le *subscriptiones* compare la sigla '*D(ata)*', e in mancanza di problematiche di restituzione testuale segnalate dagli editori in apparato critico, a me sembra che già questo dato deponga a sfavore di una comune sede originaria. P. SILLI, *Mito* cit., 17 ss., il quale con ammirevole dottrina si è occupato dei due testi, ritiene che essi facessero parte di un unico provvedimento emanato dall'imperatore Costantino (non da Licinio, come pure si è pensato) a Treviri il 29 aprile del 314 e pubblicato (ma, come già detto, '*D.*' non equivale a '*PP.*') il 15 maggio successivo: (24 nt. 49) «le date, del resto, sarebbero perfettamente credibili; il *cursus publicus* durante la buona stagione – siamo in primavera – impiegava senza dubbio meno di 16 giorni per far giungere la posta imperiale da Treviri a Milano, o in qualsiasi altra diocesi occidentale il destinatario si trovasse». Sennonché, almeno a mio modo di vedere, in tale pur meditata ricostruzione l'unico dato certo risiede nel mutamento del testo operato dall'interprete.

⁴⁵ Cons. 1.8 ([*Cod. Greg.*] Alex., a. 222); C. 6.47.4 (Gord., a. 239); CTh. 9.34.4 (Const., a. 328); CTh. 8.18.4 (Constant., a. 339); C. 6.9.8 (Constant., a. 339: cfr. Krüger *ad h. l.* [247 nt. 29]) Ovviamente non possiamo che basarci sulla veste dei rescritti restituiti dalle *collectiones* postclassiche e giustiniane; stante tale premessa, visto che le *inscriptiones* presentate sia dalle raccolte private sia dal *Codex Iustinianus* riportano la qualifica del postulante anche quando si tratta di un soldato (e con ciò non si allude a una scarsa importanza dei *militēs*), bisogna concludere che l'autore della 'massimazione' del testo normativo in C. 3.1.8, chiunque egli fosse in origine, abbia stralciato volontariamente una titolatura tra l'altro nel nostro caso abbastanza estesa ('*vice praefectorum agentem*') e non riducibile a quelle brevi e frequenti sigle (*pp.*, *pu.*, ecc.), che nello stendere uno scritto potrebbero cadere anche per fatto accidentale. Impossibile? Certamente no; quanto al probabile, è questione di angoli visuali.

infine, da diverso profilo, l'«*exemplum sacrarum litterarum*» appartenga a una tipologia di *inscripciones* accreditabile anche al Codice Ermogeniano, lo si può indurre dall'uso della stessa attestato per quanto concerne il Gregoriano.⁴⁶

Interessante e accurata appare poi una disamina condotta dall'autrice su divergenze presenti in alcuni casi nell'*inscriptio* di una medesima costituzione nel Codice Teodosiano e nel Codice giustiniano, ove capita talora di notare integrazioni rispetto alla prima raccolta, come l'aggiunta del nome di un Cesare – per esempio, 'Constantinus' – dopo la sola 'C.' che compare nell'*inscriptio* teodosiana. La Cuneo è incline a riconoscere in tali divergenze riscontrabili nelle *inscripciones* un elemento a favore della provenienza dei testi da una fonte diversa dal Teodosiano, «non essendo possibile ipotizzare che i compilatori giustiniani le abbiano di propria iniziativa alterate con l'aggiunta, per giunta solo parziale, dei nomi dei Cesari non presenti nei testi del Codice Teodosiano».⁴⁷

In proposito peraltro trovo abbastanza singolare che mentre da un lato si prospetta, da parte dei compilatori giustiniani, una ricerca di *leges* anche al di fuori dei tre Codici, dall'altro si escluda poi recisamente e quasi *a priori* un intervento, tutto sommato banale ed estemporaneo (nonché pienamente autorizzato), che consisterebbe nell'aggiungere il nome di un Cesare, stante, per esempio, la solitaria 'C.' che figura in una *inscriptio*.

Tuttavia, credo che il discorso possa anche essere formulato in forma più generale. Senza negare – tengo a ribadirlo – il carattere suggestivo di tali rilievi, di fronte a una *constitutio* che figura in entrambi i Codici, magari nella stessa veste o con scarse varianti, pensare che i commissari di Giustiniano non l'abbiano tratta dalla fonte più a portata di mano – quella a loro indicata dall'imperatore, e, giova ripeterlo, l'unica dotata di ufficialità ed esclusività –, ma siano andati a cercarla altrove sulla base di motivazioni – stante la situazione in cui erano chiamati a operare e le direttive imperiali ricevute – quanto meno poco perspicue, si risolve, almeno a mio avviso, in un' inutile complicazione euristica.

Inoltre, a prescindere dalla valenza probatoria abbastanza labile legata all'aspetto formale delle *inscripciones*, occorre tener presente che tutti i manoscritti del Teodosiano in nostro possesso sono di provenienza occidentale. Quali erano le redazioni del Codice Teodosiano a disposizione dei compilatori che lavoravano a Costantinopoli nei primi decenni del VI secolo? A questa domanda non siamo in grado di rispondere, e ciò, in fondo, incide di nuovo sul presupposto logico.⁴⁸

⁴⁶ Coll. 1.10.1 (Diocl., Max., a. 290); Coll. 6.4.1 (Diocl., Max., a. 295), in questo caso *exemplum edicti*. Anche i rescritti dioclezianeî presenti nel *Codex Iustinianus* con la stessa tipologia di *inscriptio* sono da ritenersi di provenienza dal Gregoriano: M.U. SPERANDIO, *Codex Gregorianus* cit., 197 ss.; S. CORCORAN, *The Heading of Diocletian's Prices Edict at Stratonicea*, in ZPE 166, 2008, 297.

⁴⁷ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 275.

⁴⁸ Per esempio, CTh. 3.17.1 reca l'*inscriptio* 'Imp. Constant(inus) A. et C. (non 'Caes.': P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 274) ad Bassum P(raefectum) U(rbi)'; la stessa costituzione nel *Codex Iustinianus* (5.34.11) ha come *inscriptio* 'Imp. Constantinus A. et Constantinus C.' Ma, in primo luogo, il testo teodosiano ci è noto soltanto attraverso manoscritti del *Breviarium*, ove la veste delle *inscripciones* non coincide necessariamente con quella dell'esemplare del Teodosiano utilizzato dai compilatori alariciani; a sua volta non necessariamente coincidente con quello a disposizione dei compilatori giustiniani. Ma, poi, non sembra affatto impensabile che questi ultimi abbiano nel caso integrato l'*inscriptio* aggiungendo il nome *Constantinus*, e solo quello, perché, come rilevato nel testo, nel manoscritto di 'C.' ce n'era soltanto una e non due. Discorso in parte diverso può farsi circa il rapporto che intercorre tra l'*inscriptio* di CTh. 2.4.1, 'Imp. Constant(inus) A. ad Symmachum' e C. 5.40.2, 'Imp. Constantinus A. et Licinius C. ad Symmachum'. Anche in tal caso la legge del Teodosiano è restituita soltanto dai manoscritti del *Breviarium*, ma l'integrazione giustiniana – come prospettato dal Krüger (*ad h. l.* [225 nt. 10]), e poi dall'AMELOTTI, *Scritti* cit., 555 nt. 168 –

La Cuneo, per esempio, sofferma la propria attenzione sulla celebre legge di Costantino del 318, che ripristina la *poena cullei* per i colpevoli di parricidio.⁴⁹ La corrispondenza è tra CTh. 9.15.1 e C. 9.17.1. Nel Codice giustiniano, dopo la prima frase '*Si quis in parentis aut filii aut omnino affectione eius, qui nuncupatione parricidii continetur, fata properaverit, sive clam sive palam id fuerit enisus*', figura il sintagma '*poena parricidii punietur*'; poi, da qui in avanti, i due testi di nuovo coincidono: '*neque gladio neque ignibus neque ulla alia sollemni poena subiugetur, sed insuto culleo*', etc.

È opinione unanime che '*poena parricidii punietur*' sia un' interpolazione giustiniana, tuttavia la studiosa non è di questo avviso, in quanto l'affermazione in premessa relativa alla *poena parricidii* non sarebbe «meno essenziale della successiva specificazione del tipo di esecuzione della pena stessa»). Si formula pertanto l'ipotesi che i giustiniani, attraverso il testo originario della *constitutio* del 318, abbiano integrato quello conservato nel Teodosiano, almeno nella veste a noi nota.

Anche la citata ipotesi si rivela tuttavia alquanto malferma. Il testo teodosiano della legge è restituito da dieci manoscritti del *Breviarium* e dal *Codex Berolinensis Lat. fol. 270*, ed è in tal senso coerente che l'*Interpretatio* non menzioni la *poena parricidii*. Pertanto – seguendo l'impostazione della Cuneo – sia il testo del Codice utilizzato dai compilatori visigoti in Occidente sia quello di cui si sono valse i commissari giustiniani in Oriente sarebbero sul punto concordi. Se ne deve quindi dedurre che i compilatori teodosiani avrebbero di proposito stralciato la frase in oggetto dalla legge originaria di Costantino, il che già *prima facie* appare poco plausibile.

Ma poi, soprattutto, chi doveva avvertire la necessità più evidente di richiamare la *poena parricidii* anche a costo di inserirne il richiamo erano proprio i commissari di Giustiniano,⁵⁰ visto che mentre nel Teodosiano la legge si trova nel titolo (9.15) recante la rubrica *De parricidis*, questi ultimi – e il dato desta curiosità – la sistemano nel titolo (9.17) con rubrica '*De his qui parentes vel liberos occiderunt*', ove, significativamente, proprio il *parricidium* non viene menzionato.⁵¹

Del resto, passando ora a un altro profilo, appare abbastanza evidente anche *prima facie* che i compilatori giustiniani hanno sintetizzato il contenuto di una costituzione che nel Codice Teodosiano figurava in (almeno) due luoghi. Si tratta di stabilire se, morto uno dei litiganti in pendenza del giudizio di appello, i suoi eredi debbano proseguire la causa entro i termini già spettanti al *de cuius*, oppure abbiano diritto a una proroga; ed è proprio questa la soluzione imperiale:

deriva dalla *subscriptio*, che recita così: 'Dat. prid. non. febb. Sirmio, accepta VIII id. mart. Corintho Constantino A. V et Licinio C. cons.' Si tratta, certo, di un'aggiunta palesemente erronea, e difatti il Krüger lo specifica: «et Licinius C. om. Th. recte: *adiectum videtur ex subscriptione*»; ma, una volta che si conceda l'errore, non è straordinario, ma quasi consequenziale, il fatto che, come rimarca la CUNEO, *op. ult. cit.*, 275, l'integrazione riguardi un solo Cesare, proprio perché un solo Cesare, Licinio (il figlio dell'Augusto) è presente nella *subscriptio*. E d'altra parte l'errore dei compilatori giustiniani non si elimina comunque, anche se si esclude che il testo derivi dal Teodosiano e che quelli ci abbiano messo del loro. In tal caso infatti, prescindendo (per ben figurare?) da un testo ufficiale dove i dati sono giusti, il prefetto Giovanni e gli altri commissari si sarebbero poi affidati a una imprecisata fonte diversa dove gli stessi risultano invece inattendibili.

⁴⁹ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 278 s.

⁵⁰ Cfr. anche, in significativa analogia con il *Codex Iustinianus*, I. 4.18.6: '*poena parricidii punietur*' et *neque gladio neque ignibus neque ulla alia sollemni poena subieceretur, sed insuto culleo* (...).

⁵¹ Sulla divergenza tra le due rubriche e la loro posizione nel contesto delle rubriche di cui al libro IX dei due Codici cfr. G. BASSANELLI SOMMARIVA, *L'uso delle rubriche da parte dei commissari teodosiani*, in AARC 14, cit., 233 s.

CTh. 2.6.3 (Const. A. ad Bassum p[raefectum urbi] u[rbi]). *Altero ex litigatoribus in lite defuncto cursus temporis esse reparandum latis iam dudum legibus continetur. Dat. XIII Kal. Iun. Sirmio Crispo II et Constantino II CC. cons.*;

CTh. 11.35.1 (Const. A. ad Bassum p[raefectum] u[rbi]). Post alia: *Consulentibus iudicibus, si debeant, cum de appellatione cognoscunt, litigatoris heredibus, qui ante labsum negotium in lite defecit, nova tempora prorogare an eos cogere intra dies reliquos etiam incognitum negotium perorare, placuit, cum de appellationibus iudicatur, altero ex litigatoribus in lite defuncto menses quattuor innovare et nova tempora prorogari, ne ignorantes negotia vel etiam super adeunda hereditate dubitantes, priusquam aliquod commodum sentiant, damnis adfici compellantur. P(ro)p(osita) XIII Kal. Iun. Sirmi Crispo II et Const(ant)ino II CC. cons.*;

C. 7.66.6 Imp. Constantinus A. ad Bassum pu. *Si unus ex litigatoribus adhuc pendente appellatione defunctus sit, non residuum tantum temporis heredes eius habent, sed etiam alios quattuor menses. Sin autem ad deliberationem hereditatis certum tempus indulgetur, post elapsum eius idem tempus quattuor mensium numerabitur, ne ignorantes negotium vel etiam super adeunda hereditate dubitantes, priusquam aliquod commodum sentiant, damnis adfici compellantur. D. XIII K. Iun. Sirmi Crispo II et Constantino II cons.*

Secondo la Cuneo si può negare «con una certa sicurezza» la provenienza dal Teodosiano quale ci è noto di C. 7.66.6.

Ancora una volta l'autrice esclude «che i compilatori giustinianeî si siano dedicati a riscrivere il testo della costituzione che leggevano nel Teodosiano» onde è giocoforza «arguire che abbiano avuto sott'occhio un testo diverso, vale a dire il testo originale della costituzione, così come era stata *data*».⁵²

Sennonché – a mio parere – almeno in questa occasione⁵³ alla studiosa sembra sfuggire il vero carattere innovativo del primo Codice di Giustiniano, e proprio per tale ragione quello che a suo avviso non si può ritenere è esattamente ciò che i compilatori giustinianeî dovevano invece fare di regola: (Const. 'Haec.' 2) '*adicientes quidem et detrahentes, immo et mutant verba earum, ubi hoc rei commoditas exigebat, colligentem vero in unam sanctionem, quae in variis constitutionibus dispersa sunt, et sensum earum clariorem efficientes*'. E che in effetti hanno operato «senza risparmio».⁵⁴

⁵² P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 282.

⁵³ Si veda infatti, P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 321, ove con riferimento alle costituzioni del Teodosiano inserite nel Codice Giustiniano si parla di «mutamenti talora radicali a cui il materiale normativo è stato sottoposto con grande libertà, e si potrebbe dire, disinvoltura».

⁵⁴ Mutuo l'espressione in proposito di A. CENDERELLI, *I giuristi* cit., 4 (= *Scritti* cit., 550). Scrive in proposito P. GARBARINO, *Note* cit., 255: «il *Novus Codex* si presenta come una raccolta rinnovata e attualizzata delle costituzioni imperiali: lo si può implicitamente evincere già dalla disposizione di c. *Haec quae necessario*, 2, che autorizza i commissari non solo a eliminare i proemi superflui, le costituzioni non più in vigore, quelle simili o contraddittorie, ma anche cambiare 'perfino' (*immo*) le parole stesse delle costituzioni». Circa le profonde e incisive modifiche apportate dai commissari giustinianeî alle costituzioni di cui ai tre precedenti Codici, e in particolare al Teodosiano, riporto anche una considerazione di M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, in *Problemi e prospettive* cit., 226: «esorterei coloro i quali hanno un senso di fastidio all'idea di dover procedere all'accertamento dell'attendibilità dei testi su cui lavorare, a leggersi soprattutto il *Codex Theodosianus* stesso nell'edizione di Theodor Mommsen e di Paul Krüger, dove si evidenzia il trattamento che le costituzioni imperiali hanno subito – su autorizzazione imperiale, senza dubbio (necessaria, trattandosi di *sacrae leges*) –

D'altro canto riesce difficile ammettere che la costituzione originale fosse più breve rispetto alla somma dei frammenti che compaiono nel Codice Teodosiano, tanto più – e *a maiori* – che noi ne conosciamo due ma non si può escludere l'originaria presenza di altri.

Né convince l'illazione che i compilatori teodosiani si siano valse dell'esemplare trasmesso al prefetto Basso che si riferiva all'occasione specifica della *quaestio*, mentre i giustinianeî avrebbero avuto a disposizione il testo originale della legge dal tenore più generale e astratto. È invece, per i predetti motivi, da credersi il contrario: sono i giustinianeî ad avere reso il *ductus* della legge generale e astratto estrapolando la parte dispositiva e così abbreviandola, com'era loro specifico compito, per renderla più chiara e direttamente fruibile in sede processuale.

Infine la studiosa giustamente rileva la presenza di un errore in una delle due *subscriptiones* di cui al Teodosiano, perché non è possibile che la legge sia stata *data* il 20 maggio e *proposita* il 19, ma il dato ai nostri fini appare inconferente, e di per sé non autorizza a ritenere che i compilatori teodosiani si siano valse del testo della *constitutio proposita* e i commissari giustinianeî abbiano invece utilizzato quello della *constitutio data*. A me pare che l'ipotesi più piana e aderente alle fonti sia diversa: i teodosiani hanno estrapolato sia dalla legge *data*, sia dalla legge *proposita* – i cui testi magari coincidevano –; i giustinianeî, fondendo e rielaborando (ma solo sulla base del Teodosiano), hanno comprensibilmente optato per una sola delle *subscriptiones*, ossia quella relativa alla legge *data*.

Anche quello che in fondo può considerarsi l'unico rilievo di carattere generale apportato dalla Cuneo a sostegno della propria tesi è legato al già visto ordine giustiniano di stralciare le *praefationes* ('*Haec*' 2: '*resecatis iam supervacuis, quantum ad legum soliditatem pertinet, praefationibus*'), non appare dotato della valenza probante che intende riconoscergli l'autrice.⁵⁵

Esso, con tutta plausibilità, si riferisce alla legislazione imperiale successiva al Codice Teodosiano e non sottende un implicito avallo preventivo accordato da Giustiniano ai commissari in direzione del ricorso a costituzioni che i compilatori teodosiani volutamente esclusero dalla *collectio* ufficiale del V secolo.⁵⁶ Quella di postulare in tal caso una esplicita precisazione si rivela in realtà pretesa eccessiva e, per di più, non in linea con il *ductus* stilistico rapido ed essenziale della *constitutio* '*Haec*'.⁵⁷

4. Non si può negare che un puntuale confronto tra il Codice Teodosiano e il Codice giustiniano ponga in diversi casi l'interprete di fronte a costituzioni che, presenti soltanto nella seconda *collectio* (da intendersi nel senso già visto), o per peculiarità legate ai dati palinogenetici, o per la veste che presentano, o per il libro e il titolo in cui si trovano inserite

nella compilazione giustiniana». Cfr. inoltre G. BASSANELLI SOMMARIVA, *Il Codice Teodosiano ed il Codice giustiniano posti a confronto*, in MEFRA *Antiquité* 125.2, 2013 (tale saggio è stato da me consultato in rete: <http://journals.openedition.org/mefra>) 70. Sui rapporti tra il *Novus Codex* e l'uso delle opere giurisprudenziali cfr., sempre di recente, le ragionevoli considerazioni di C. RUSSO RUGGERI, *Ancora qualche riflessione sulla politica legislativa di Giustiniano in riguardo ai iura al tempo del Novus Codex* in AUPA 57, 2014, 153 ss.

⁵⁵ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 321: «Ma da un particolare accenno della costituzione giustiniana [*scil.* la c. '*Haec*'] si può desumere, mi sembra, anche che il disegno della redazione del nuovo Codice non prevedeva la sola utilizzazione del materiale raccolto nei Codici precedenti, senza alcun richiamo ad elementi esterni a questi: mi riferisco al precetto relativo all'eliminazione delle *supervacuae praefationes*».

⁵⁶ P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio* cit., 321: «C'è da pensare, dunque, che lo stesso Giustiniano considerasse l'eventualità della consultazione ed utilizzazione di testi esistenti al di fuori dei tre vecchi Codici».

⁵⁷ La critica a tale argomentazione è già stata mossa da E. GERMINO, *Codex* cit., 68 s., il quale, dal canto, suo esprime anche qualche riserva sulla validità della stessa per quanto concerne i rescritti presenti nei due Codici privati, che conosciamo soltanto attraverso raccolte posteriori.

– e talora detti elementi si combinano –, possono istillare *prima facie* il dubbio circa una loro originaria assenza nella codificazione di Teodosio II e, sulla base di quanto tradizionalmente sappiamo delle stesse, inducono anche a escluderne la collocazione in una delle due raccolte private. Dal predetto dato affiora dunque, ed è comprensibile, una suggestione ‘intrigante’, che induce in ogni caso a riflettere.

Occorre tuttavia tener presente, detto ora molto in breve, che del primo dei tre Codici citati, noto tra l’altro soltanto attraverso manoscritti occidentali, ampia è la parte mancante e che i due Codici diocleziane si collocano nel limbo delle fonti di cui non siamo in possesso.⁵⁸

Le parole di Giustiniano, nelle costituzioni ‘*Haec*’ e ‘*Summa*’ sono chiare, non si contraddicono, e non vanno mai oltre la triade. Si tratta – è forse il caso di ribadirlo – di un dato che sul piano esegetico, e al contempo su quello metodologico, appare di primario rilievo.

Si aggiunge poi un elemento di verosimiglianza, di ragionevole plausibilità: quei dieci commissari nominati da Giustiniano hanno di fronte a sé un Codice, il Teodosiano, in sedici libri, un altro, il Gregoriano, in almeno quindici, un’ulteriore *collectio* tutt’altro che esigua come l’Ermogeniano, le costituzioni imperiali posteriori al 438 fino all’ascesa al trono di Giustiniano; essi devono sfrondare e ridurre, perché il precetto imperiale, lo si voglia o no, è di questo tenore, e questo in effetti fanno perché comunque dai lavori di quella commissione esce, trascorso poco più di un anno, un Codice in dodici libri: ebbene, tutto questo premesso, quale probabilità si può attribuire a loro ‘incursioni’ in questo o quell’archivio per estrarvi altre leggi, tanto più, se generali – e qui si profila un ulteriore problema –, abrogate espressamente per via della valenza esclusiva del Teodosiano?

Né sembra convincente l’ipotesi – in chiave di attenuazione – che lo abbiano fatto soltanto in qualche caso, e che sempre soltanto in qualche caso, di fronte al testo di una legge presente nel Teodosiano si siano spinti a cercare l’originale ancora vergine rispetto all’intervento compilatorio spinti da una curiosità specifica o da una petizione di genuinità tanto estemporanee quanto fuori dai canoni.⁵⁹ Una commissione ufficiale riceve, e poi dal canto proprio si dà, della regole operative, solo in tal modo può programmare le fasi di lavoro in vista di risultati adeguati entro termini congrui, e mentre quella non può essere la regola perché (a tacer d’altro) non si concilierebbe con i tempi rispetto alle forze in campo, assai difficilmente può anche costituire l’eccezione.

Vorrei nondimeno concludere con un’ulteriore considerazione, da intendersi su un mero piano logico-esplicativo.

Ho scritto sopra – ma non si tratta certo di un rilievo originale – che le gravi carenze relative, per un verso o per l’altro, alla nostra scienza circa i tre Codici costituiscono un limite pressoché ineliminabile.

Tuttavia – e questo è un punto sul quale tengo a fermare qui l’attenzione soprattutto con riferimento all’indagine della Cuneo –, anche focalizzando lo specifico esame testuale di questa o quella legge restituita dal solo *Codex Iustinianus* senza invocare pur valide considerazioni generali e metodologiche, l’argomentazione che tende a escludere la sua presenza nei *tres veteres Codices* non esce in genere infirmata dall’unico rilievo – destinato altrimenti a troncarsi sul nascere il dibattito in modo arbitrario – che quei Codici non li possediamo integralmente o che degli stessi abbiamo notizie troppo scarse, ma non di rado, anche – ripeto – nella specifica disamina e nel *ductus* logico che dovrebbero condurre alla predetta conclusione, entrano

⁵⁸ Cfr. in tal senso E. GERMINO, *Codex cit.*, 67.

⁵⁹ Cfr. P.O. CUNEO, *Codice di Teodosio cit.*, 321: «Non può sorprendere, e non può essere escluso, che nel realizzare tale disegno i compilatori non si siano limitati ad eliminare ed a modificare gli elementi che lo contrastavano, ma che abbiano potuto aggiungere qualche elemento giudicato utile alla completezza dell’opera».

in gioco dati o presupposti quanto meno incerti, come – a titolo di esempio – l'appartenenza a una stessa *constitutio* di brani che recano date diverse, o una tradizione testuale non degna di fede, o l'esclusione aprioristica di un'opzione compilatoria da parte dei commissari di Giustiniano, per cui in fondo si finisce con l'implicare o l'escludere quello che in realtà non può, a seconda dei casi, essere ammesso o scartato se non in mera via congetturale.

E, in aggiunta, non si tiene sempre conto di una realtà incontestabile, ossia che i compilatori giustiniani i Codici precedenti – il Teodosiano in particolare – li hanno trattati con grande libertà, sfiorando a volte la disinvoltura.⁶⁰ si sono (anch'io credo) limitati a quelli, ma in compenso nel predetto ambito e con particolare riferimento al Teodosiano, hanno aggregato e scomposto i contenuti senza eccessivi scrupoli. Questo però – misura a parte – potevano e dovevano farlo proprio sulla base delle direttive impartite loro dall'imperatore.

È proprio in tale imponente trasformazione, in grado di produrre un forte impatto su chi si accosta in chiave comparativa a quei testi, che risiede la fonte dei dubbi a cui si accennava, e di lì emerge la suggestione relativa a percorsi di ricerca certamente attrattivi e stimolanti, ma che – allo stato della nostra scienza e almeno a mio credere – assai difficilmente appaiono destinati a raggiungere mete euristiche affidabili.⁶¹

⁶⁰ Cfr. *supra* ntt. 53, 54.

⁶¹ Come si ricorderà, ho avuto occasione di citare più di una volta il saggio di E. GERMINO, *Codex Theodosianus e Codex Iustinianus: un'ipotesi di lavoro* (per la citazione completa *supra* nt. 3), ove lo studioso – pur allineato sul nostro tema alla dottrina maggioritaria – indica come possibile proficua via da seguire quella incentrata su due diverse redazioni del Codice Teodosiano, una orientale e canonica, l'altra occidentale, variamente manipolata. Non posso ovviamente soffermarmi su tale suggestione di ricerca, che a parte altre considerazioni esula dal fine della presente indagine. Ritengo tuttavia di qualche interesse richiamare brevemente un luogo dello scritto citato perché, a mio avviso, può essere utile a chiarire un concetto espresso poco sopra nel testo con riferimento al lavoro di Paola Ombretta Cuneo, sul quale per ovvi motivi mi sono soffermato più a lungo. Il GERMINO, *op. cit.*, 79 ss., prende in esame una costituzione presente nel *Codex Iustinianus* (1.8.1), ove la stessa occupa da sola il titolo VIII del I libro *Nemini licere signum Salvatoris Christi vel in silice vel in marmore aut sculpere aut pingere*, la cui *inscriptio* è la seguente: *Imp. Theodosius et Valentinianus AA. Eudoxio pp.*, e la cui *subscriptio* recita: *D. XII k. Iun. Hierio et Ardaburio cons.* In base a tali indicazioni essa è databile al 21 maggio 427. Stante la allora giovanissima età di Valentiniano III, lo studioso è propenso ad attribuire la legge alla cancelleria orientale di Teodosio II, ma il punto-chiave non è questo. Il Germino, stante l'ambito religioso proprio della norma, che reca il severo divieto di scolpire o dipingere a livello del suolo il simbolo della Croce del Cristo in segno di spregio per il credo ufficiale, ritiene che assai difficilmente essa potesse figurare nel Codice Teodosiano in un luogo diverso dal libro XVI, dove sono sistemate le costituzioni in materia di religione e dove invece oggi non vi è traccia. Più improbabile, a suo avviso, che in origine figurasse in quel Codice per poi venirne stralciata. E d'altra parte – egli argomenta – si tratta di una legge importante, posto che il *Codex Iustinianus* le dedica addirittura un titolo *ad hoc*, e anche tale dato porta a escludere che il Teodosiano abbia potuto preterirla o collocarla al di fuori della *sedes materiae*. Stante la generale impostazione del lavoro si allude all'eventualità che tale norma si trovasse nel Teodosiano originario orientale e in quella *collectio* l'abbiano letta e fatta propria i commissari di Giustiniano, ma che sia a noi sconosciuta nelle sua veste teodosiana per la ben nota univoca tradizione testuale relativa a tale Codice. Come anticipato, non intendo entrare nel merito di tale percorso argomentativo, peraltro impostato su una logica da condividersi. Sennonché vi è un dato che l'autore non considera e che rende, anche qui, il tutto alquanto incerto, ponendosi a guisa di presupposto. In apparato critico (nt. 7 *ad h.l.*) il Krüger segnala che nella *subscriptio* *Hierio et* si trova solo nell'edizione dell'Aloandro, e aggiunge: «*om. reliqui rectius fortasse: quo casu etiam de anno 447 cogitari possit*». Nel 447 – anno in cui ancora regnano Teodosio II e Valentiniano III – è in effetti console un *Ardaburius*, anche se ovviamente non in compagnia di uno *Hierius*. Certo, nemmeno tale soluzione è sicura, ma se così fosse – e l'editore si dichiara più incline a tale avviso – la costituzione non avrebbe potuto trovare accoglienza nel Teodosiano per semplici ragioni di natura cronologica. E aggiungo che, sempre se così fosse, il tutto si spiegherebbe in modo decisamente più agevole.

ORAZIO LICANDRO
(Università di Catania)

Doppio domicilio e doppia cittadinanza.
Strumenti di governo ed egemonia politica
tra '*leges*' e '*prudentes*' nell'età repubblicana

ABSTRACT

The paper deals with the problem of the connection among dual domicile and dual citizenship. From documents it would seem that this connection appeared in legislative and administrative provisions and in jurisprudential debate of the last century of republican age.

PAROLE CHIAVE

Cittadinanza; domicilio; incolato; stranieri; città; Egitto.

DOPPIO DOMICILIO E DOPPIA CITTADINANZA. STRUMENTI DI GOVERNO ED EGEMONIA POLITICA TRA ‘*LEGES*’ E ‘*PRUDENTES*’ NELL’ETÀ REPUBBLICANA*

SOMMARIO: I. Il domicilio romano. – 1. Premessa. Le ragioni della presenza per Giorgio Luraschi. – 2. La perenne attualità di un istituto. – 3. Pluralità di domicilio. – 4. La *lex Cornelia de iniuriis* (D. 57.10.5 pr.) e la *lex censoria portus Siciliae* (D. 50.16.203): *domus* e *domicilium*. – 5. Flessibilità di criteri e slittamenti semantici. – 6. Il *se instruere* di Celso. – 7. *Domicilium* e *incolatus*. – II. La doppia cittadinanza. – 1. Il divieto civilistico del cumulo di cittadinanza secondo Cicerone. – 2. La doppia cittadinanza di Seleuco di *Rhosos* concessa da Ottaviano. – 3. Altre testimonianze di età imperiale. – 4. Il caso di Attico tra cittadinanza romana e ateniese. – 5. Cicerone a difesa del passato. – 6. Tracce di *prudentes: ius postliminii* e *animus remanendi*. – 7. Seleuco, l’Editto e il doppio domicilio. – 8. Qualche considerazione generale e conclusiva.

I. IL DOMICILIO ROMANO.

1. PREMESSA. LE RAGIONI DELLA PRESENZA PER GIORGIO LURASCHI.

Pochissimi conoscono già le ragioni di una mia presenza in questo appuntamento dedicato a Giorgio Luraschi. Le ragioni stanno in un rapporto scientifico e personale che sento ancora molto vivo e fecondo. Giorgio Luraschi, naturalmente, l’avevo già incontrato e frequentato scientificamente attraverso le sue pagine, grazie ai suoi studi a cui mi rimandavano costantemente le mie prime ricerche nel campo del diritto pubblico romano. Ma ben presto ho avuto il privilegio di conoscere direttamente il Maestro e l’uomo, l’ho incrociato in momenti scientifici e accademici per me fondamentali e decisivi, e anche nella sua Como. E ho avuto così l’opportunità di vivere momenti brevi, ma di assoluta intensità, di conversazioni fitte sulle condizioni dell’Italia e della politica, dello stato della nostra cultura, della nostra accademia; l’ho conosciuto, insomma, nella vita soprattutto come uomo e intellettuale, capace di guardare all’altro senza pregiudizi o condizionamenti di sorta. Per questo sono gratissimo a Massimo Miglietta di avermi coinvolto in questa splendida iniziativa scientifica e di affetto sui temi prediletti di un Maestro che non si dimentica.

2. LA PERENNE ATTUALITÀ DI UN ISTITUTO.

Uno dei temi più scottanti della contemporaneità è il rapporto tra la persona e lo spazio, il territorio. Il fenomeno migratorio dei nostri tempi, con le sue gigantesche implicazioni, la

* Si tratta del testo della relazione della *Prima edizione della “Cattedra Giorgio Luraschi” Centro di Ricerca per lo studio e la diffusione del Diritto pubblico romano*, tenutasi a Trento il 30 settembre 2017, che una grave vicenda familiare mi ha impedito di poter presentare. Naturalmente, è successivo l’apparato di note.

cittadinanza, la qualità dell'integrazione in rapporto con una comunità territoriale, solo per fare qualche esempio, costituiscono costanti e pressanti stimoli a indagare il passato.

In quest'ambito generale e complesso, si colloca un istituto giuridico come il *domicilium* di rilevanza apparentemente secondaria. Eppure i problemi che esso pone sono molteplici: attengono al diritto pubblico come al diritto privato, ai diritti politici del cittadino come alla sua posizione amministrativa e al suo legame con un dato territorio, al diritto processuale come appunto al tema gigantesco e perenne della cittadinanza,¹ ecc. La connessione del *domicilium* con il tema della cittadinanza sarà così il terreno di questa indagine dedicata in particolare alla nascita di un dibattito politico e giurisprudenziale nei decenni dell'ultima età tardorepubblicana e di genesi del principato, dedicato al doppio o plurimo domicilio e alla doppia cittadinanza, temi connessi con quello più generale della *civitas* che, com'è noto, è stato uno dei principali segmenti di ricerca di Giorgio Luraschi.²

3. PLURALITÀ DI DOMICILIO.

Negli ultimi decenni il domicilio ha registrato un rinnovato e crescente interesse sul domicilio su cui si è, infatti, scritto molto. Un dato accettato dalla cospicua letteratura prodottasi è la vitalità dell'istituto nel lessico giuridico latino sin dal III secolo a.C., grazie a quanto attestato da un passo del *Miles gloriosus* di Plauto;³ mentre un inquadramento tardorepubblicano del *domicilium* lo si deve ad Alfeno Varo in un frammento conservato dai commissari giustiniane, D. 50.16.203 (Alf. Var. 7 *dig.*),⁴ su cui torneremo tra poco. Il tema del domicilio doppio o persino plurimo non appartiene certo alla contemporaneità, non è riconducibile a visioni e categorie moderne e neppure alle società postindustriali e globalizzate, ma si trova ampiamente documentato nell'esperienza giuridica romana, a partire da un momento storico preciso, quello tardorepubblicano, e segnatamente dal I secolo a.C., da un insieme di testi che passo subito in rassegna:

Tab. Heracl. ll. 157-158 (CIL, I², 593; ILS, 6085; FIRA, I², n. 13): Qui pluribus in municipiis coloneis praefectureis domicilium habebit, et is Romae census erit, quo magis l in municipio colonia praefectura h(ac) l(ege) censeatur, e(ius) h(ac) l(ege) n(ibilum) r(ogatur);

¹ Per uno stimolante inquadramento G. CRIFÒ, *Civis. La cittadinanza tra antico e moderno*, Roma-Bari 2000; mentre ricca di spunti è una recente rivisitazione, anche dei diversi orientamenti storiografici in tema di *status civitatis* nella loro connessione con la sovranità, di A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana e sovranità*, in *KOINΩNIA* 38, 2014, 279 ss.

² A tal proposito, si legga il volume collettaneo AA.VV., *Incorrupta antiquitas. Studi di storia, epigrafia e diritto in memoria di G. Luraschi*. Atti dell'incontro di studio di Como 25-26 maggio 2012, Cermenate 2017, e in particolare il contributo di S. BARBATI, *Gli studi sulla cittadinanza romana prima e dopo le ricerche di Giorgio Luraschi*, 175 ss. [= in *RDR* 12, 2012 (www.ledonline.it)].

³ Plaut., *mil. glor.* 2.450: [PH.]: Mittis <me> an non mittis? [SC.]: Immo vi atque invitam, ingratiis, nisi voluntate ibis, rapiam te domum. [PH.]: Hosticum hoc mihi domicilium est: Athenis domus est atque erus. Ego istam domum neque moror, neque vos qui homines sitis novi, neque scio.

⁴ D. 50.16.203 (Alf. Var. 7 *dig.*): *In lege censoria portus Siciliae ita scriptum erat: «servos quos domum quis ducet suo usu, pro is portorium ne dato». Quaerebatur, si quis a Sicilia servos Romam mitteret fundi instruendi causa, utrum pro his hominibus portorium dare deberet nec ne. Respondit duas esse in hac scriptura quaestiones, primam quid esset «domum ducere», alteram, quid esset «suo usu ducere». Igitur quaeri soleret, utrum, ubi quisque habitaret sive in provincia sive in Italia, an dumtaxat in sua cuiusque patria domus esse recte diceretur. Sed de ea re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset.*

D. 50.1.5 (Paul. 45 *ad ed.*): *Labeo indicat eum, qui pluribus locis ex aequo negotietur nusquam domicilium habere: quosdam 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;*

D. 50.1.27.2 (Ulp. 2 *ad ed.*): *Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus sit 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 domicilio 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;*

D. 47.10.5 pr.-5 (Ulp. 56 *ad ed.*): [pr.] *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod si pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri. [1] Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore. [2] Domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domu quis habitaverit sive in conducto vel gratis sive hospitio receptus, haec lex locum habebit. [3] Quid si quis in villa habitet vel in hortis? Idem erit probandum. [4] Et si dominus fundum locaverit inque eum impetus factus sit, colonus aget, non dominus. [5] Si tamen in fundum alienum, qui domino colebatur, introitum sit, Labeo negat esse actionem domino fundi ex lege Cornelia, quia non possit ubique domicilium habere, hoc est per omnes villas suas. Ego puto ad omnem habitationem, in qua pater familias habitat, pertinere hanc legem, licet ibi quis domicilium non habeat. Ponamus enim studiorum causa Romae agere: Romae utique domicilium non habet et tamen dicendum est, si vi domus eius introita fuerit, Corneliam locum habere. Tantum igitur ad meritoria vel stabula non pertinebit: ceterum ad hos pertinebit, qui inhabitant non momenti causa, licet ibi domicilium non habeant.*

Siamo in presenza di documenti molto diversi: testi legislativi, alcuni giuntici direttamente per via epigrafica, come la *Tabula Heracleensis*, altri mediati da fonti di tradizione manoscritta come la *lex Cornelia de iniuriis*, i cui *verba legis* (alcuni) compaiono, ad esempio, nel frammento ulpiano; al contempo, disponiamo di opinioni di *prudentes* a volte indirette, cioè mediate da altri giuristi (come nel caso di Labeone e di Celso), altre volte dirette (come quelle di Paolo e di Ulpiano). Dalla semplice lettura si coglie subito la divaricazione tra testi legislativi e dibattito giurisprudenziale rispetto al quale il tema del doppio o plurimo domicilio costituiva un autentico esempio di *ius controversum*.

Ma vediamo analiticamente i termini della questione, cominciando dalla *Tabula Heracleensis*. Le linee del testo epigrafico appartengono a una sezione del provvedimento di età cesariana relativo alle modalità delle operazioni di censo per Roma e l'Italia. In particolare esse disponevano che i possessori di più domicili in municipi, colonie e prefetture, se censiti a Roma, erano dispensati dall'effettuare le dichiarazioni censuali nelle città di origine.⁵

⁵ Non aggiunge nulla di più L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione delle persone nei centri cittadini ro-*

Questa è l'interpretazione più diffusa che muove però da un dato non dimostrato o non ancora dimostrabile, e cioè che per *origo* si intendesse anche domicilio.⁶ Nonostante l'incertezza sul suo significato, sappiamo che *origo* è documentato soltanto a partire dal II secolo d.C. e in particolare dall'età adrianea, mentre è assolutamente certa l'anteriore apparizione nel lessico latino (giuridico e comune) di *domicilium*.⁷ Ad ogni modo, non è questo il problema principale, o di cui oggi dobbiamo discutere, quanto piuttosto di un dato inequivocabile dei *verba legis* e cioè la piena legittimità di un *civis* di avere due o addirittura più domicili, giacché il tenore della prescrizione legislativa lascia assolutamente aperta persino la seconda evenienza.

In virtù della *Tabula Heracleensis*, dunque, si ammetteva giuridicamente la facoltà per un cittadino di possedere più di un domicilio, ma per le operazioni censitarie finalizzate a fornire un quadro preciso e non incerto della situazione demografica, privo di duplicazioni, si vietava che si potesse scegliere liberamente in quale domicilio farsi censire, lasciando invece l'alternativa tra il luogo di *origo* ed eventualmente Roma se ci si fosse trovati lì o ritenuto più agevole rilasciare lì le dichiarazioni censuali.

Insomma, una norma di agevolazione del *civis*. L'atteggiamento degli studiosi moderni è stato in qualche misura ambivalente, perché in effetti la configurazione del *domicilium*, la cui menzione tuttavia appariva già da qualche secolo nelle commedie plautine, non mostra un particolare affinamento, o non sembra ancora giunta a quella nitidezza cesellata, come vedremo, dai giuristi classici. Ma cosa determinava il *domicilium* di un *civis*? In questa fase, come al tempo dell'emersione, continuo a credere che l'elemento materiale dell'*habitatio* costituisse il cuore essenziale dell'istituto, come del resto parrebbero dire le linee 157-158 della *Tabula Heracleensis*. Il contesto, abbiamo detto, è quello della regolamentazione delle *professiones*, rilasciate a fini diversi, dai proprietari degli immobili urbani, da cui si desumevano poi i domiciliati, in relazione ai quali poteva anche emergere che negli immobili dei dichiaranti dimorassero degli estranei. E nulla vieta di pensare che in una società particolarmente dinamica, come era ormai la Roma a cavallo degli ultimi due secoli repubblicani, si finisse per risultare domiciliati in più luoghi vuoi per mancanza di meccanismi più puntuali di aggiornamento e di connessione dei registri già invalsi, di cui forse ancora non si avvertiva neppure l'esigenza, vuoi per assenza di un'esplicita volontà contraria degli interessati. Problemi le cui dimensioni erano destinate a complicarsi ancor più in un contesto mediterraneo, ormai vivacissimo e in cui oltremodo variegata era la regolamentazione giuridica.

A questo dato formale della registrazione, si aggiungeva poi quello di carattere più so-

mani. Aspetti giuridici. I. *La classificazione degli incolae*, Milano 2006, 415 ss., nel sostenere che la legge epigrafica disponesse l'obbligo del censimento non nel domicilio ma presso il luogo di *origo*.

⁶ In questo senso L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione* cit., 417.

⁷ Sul punto rinvio a O. LICANDRO, «*Domicilium*»: *emersione di un istituto*, in RDR 3, 2003, 1 ss. [estr.]; ID., *Domicilium habere. Persona e territorio nella disciplina del domicilio romano*, Torino 2004, 80 ss. Che alla configurazione del *domicilium*, o quantomeno alla sua elaborazione concettuale, sia da assegnare un'alta cronologia lo si deve ricavare anche da elementi indiretti: uno di questi è l'*auctoritas* di XII tab. 6.4: *adversus hostem aeterna auctoritas [esto]* (Cic., *de off.* 1.12.37), la cui applicazione presuppone la residenza in Roma dello straniero (*hostis*). Sulla questione V. ARANGIO-RUIZ, *La compravendita in diritto romano*², Napoli 1954, 312 ss. Per tutti F. DE VISSCHER, *Le rôle de l'auctoritas dans la mancipatio*, in RHD 12, 1933, 603 ss.; B. ALBANESE, *Usus auctoritas fundi in XII Tab. 6.3 secondo le testimonianze di Cicerone*, in ID., *Scritti giuridici*, III, Torino 2006, 490 ss.; M. HUMBERT, *Il valore semantico e giuridico di VSVS nelle Dodici Tavole*, in M. HUMBERT (a cura di), *Le Dodici Tavole dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia 2005, 393 ss.; A. CALORE, *Hostis e il primato del diritto*, in BIDR 106, 2012, 107 ss.; si veda anche il recente volume di S. ROMEO, «*Usus auctoritas*». *Le XII Tavole e la tutela dell'apparenza della proprietà*, Napoli 2017, 8 ss.

stanziale, cioè la concreta e temporalmente significativa presenza di un soggetto in più luoghi magari per ragioni diverse e principalmente per condurre i propri affari. Non c'è da meravigliarsi che ciò si manifestasse, o venisse percepito, come un dimorare che, seppure non fisso o esclusivo, potesse configurarsi come *domicilium* del soggetto. Quel che appare certo è che tale stato di cose era il frutto dell'assenza di una precisa elaborazione teorica del *domicilium* adeguata ai tempi e alle trasformazioni in atto. Ciò non significa che giuridicamente non si fosse già enucleato il *domicilium*, ma la sua fisionomia appariva sostanzialmente rudimentale. L'*habitatio*, in un primo momento elemento esteriore e sostanziale, criterio identificativo del *domicilium*, cominciò a risultare insufficiente per inquadrare, razionalizzare e disciplinare il fenomeno della mobilità e, più in generale, quello migratorio. Non è un'impressione, ma è il dato risultante dalle coordinate principali, almeno di quelle ancora desumibili dai documenti sopravvissuti, di un dibattito giurisprudenziale in materia. Chi si soffermasse sul frammento di Paolo, prima richiamato, contenente uno squarcio dell'opinione di Labeone, potrebbe ricavare con chiarezza i termini della questione:

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

La leggibilità di questo testo viene agevolata dal suo dialogo con i due seguenti documenti ulpiani; uno tratto dai *Libri Opinionum*:

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,*

e un altro invece proveniente dal II libro del commentario editale:

D. 50.1.27.2 (Ulp. 2 *ad ed.*): *Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus sit 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 domicilio 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 sino domicilio esse.*

Si tratta di tre brani che certamente ci 'parlano' più efficacemente se proviamo appunto ad analizzarli insieme e quasi unitariamente, come fossero indissolubilmente legati quali parti di un immaginario, ideale dialogo tra giuristi, sebbene lontani di secoli, e di cui non si era però smarrito o spezzato il filo. In D. 50.1.5, Paolo citava Labeone sul caso, nient'affatto eccezionale ma assai diffuso, della determinazione del domicilio di un soggetto che svolgeva in due diversi luoghi i propri affari in maniera tanto significativa da rendere indistinguibile l'importanza di un luogo dall'altro ('*ex aequo*', si legge nel testo). Tale indeterminatezza, secondo Labeone, avrebbe dovuto condurre alla negazione del domicilio in entrambi i luoghi. Paolo, che invece accedeva a una diversa soluzione, ricordava come fosse lo stesso Labeone a riconoscere l'esistenza di un dibattito in materia e come altri (*quosdam*) fossero invece favorevoli alla pluralità di domicilio in connessione con l'incolato. Il frammento si chiude con un '*quod verius est*'⁸ che, per quanto abbia tolto il sonno agli studiosi sulla presenza

⁸ Vedi O. LICANDRO, *Domicilium habere* cit., 208 ss.

di manipolazioni tardoantiche o giustiniane, non ne intacca la genuinità e ci consegna la posizione di uno dei massimi giuristi dell'età severiana: ovvero l'ammissibilità del doppio legame, cioè la legittimità di un doppio domicilio o incolato del soggetto. Il testo paolino, dunque, a sua volta è l'indice da cui trarre una valutazione di ordine generale e cioè che la posizione restrittiva di Labeone non fosse neppure ai suoi tempi maggioritaria.

Ciò che si può ancor più precisare è che se, tra i *prudentes*, Labeone stava da una parte a contrastare la legittimità del domicilio doppio o plurimo, dall'altra parte, ad ammetterla, stavano i *quosdam*. E non è certo una coincidenza che in quei decenni, in cui possiamo cronologicamente perimetrare il dibattito giurisprudenziale sul tema, fosse in vigore un provvedimento legislativo, quello contenuto nella *Tabula Heracleensis*, che appunto fondeva sul piano legislativo la posizione dei *quosdam*, o forse viceversa (ma la sostanza non muta) che dalla dottrina di questo orientamento giurisprudenziale maggioritario la legge avesse tratto fondamento e forza. E D. 50.1.5, tanto utile a informarci dell'*opinio* labeoniana, diventa però inservibile per approfondirla, nel senso che in esso non si è conservata alcuna menzione di quali criteri, secondo l'interpretazione del giurista, andassero seguiti per determinare il domicilio di un individuo, ancor più se significativamente operativo in due o più luoghi diversi.

4. LA *LEX CORNELIA DE INIURIIS* (D. 57.10.5 PR.) E LA *LEX CENSORIA PORTUS SICILIAE* (D. 50.16.203): *DOMUS* E *DOMICILIUM*.

Purtroppo, questa lacuna difficilmente può essere colmata, sebbene qualche interessante elemento ricostruttivo possa ricavarsi dal brano di Ulpiano dedicato alla *Lex Cornelia de iniuriis*:

D. 47.10.5 pr.-5 (Ulp. 56 *ad ed.*): [pr.] *Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat. Qua lege cavetur, ut non iudicet, qui ei qui agit gener socer, vitricus privignus, sobrinusve est propiusve eorum quemquem ea cognatione adfinitateve attinget, quive eorum eius parentisve cuius eorum patronus erit. Lex itaque Cornelia ex tribus causis dedit actionem: quod si pulsatus verberatusve domusve eius vi introita sit. Apparet igitur omnem iniuriam, quae manu fiat, lege Cornelia contineri. [1] Inter pulsationem et verberationem hoc interest, ut Ofilius scribit: verberare est cum dolore caedere, pulsare sine dolore. [2] Domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domu quis habitaverit sive in conducto vel gratis sive hospitio receptus, haec lex locum habebit. [3] Quid si quis in villa habitet vel in hortis? Idem erit probandum. [4] Et si dominus fundum locaverit inque eum impetus factus sit, colonus aget, non dominus. [5] Si tamen in fundum alienum, qui domino colebatur, introitum sit, Labeo negat esse actionem domino fundi ex lege Cornelia, quia non possit ubique domicilium habere, hoc est per omnes villas suas. Ego puto ad omnem habitationem, in qua pater familias habitat, pertinere hanc legem, licet ibi quis domicilium non habeat. Ponamus enim studiorum causa Romae agere: Romae utique domicilium non habet et tamen dicendum est, si vi domus eius introita fuerit, Corneliā locum habere. Tantum igitur ad meritoria vel stabula non pertinebit: ceterum ad hos pertinebit, qui inhabitant non momenti causa, licet ibi domicilium non habeant.*

Il frammento, assai noto, e particolarmente importante, concerne l'interpretazione estensiva dei *verba legis* del provvedimento sillano, che introdusse nuove fattispecie di *iniuria* qualificata (*Lex Cornelia de iniuriis competit ei, qui iniuriarum agere volet ob eam rem, quod*

se pulsatum verberatumve domumve suam vi introitam esse dicat'), represses sul piano squisitamente criminale e con maggiore gravità.

Limitiamoci soltanto a quanto ci riguarda: innanzitutto, malgrado si fosse nel I secolo a.C., e nonostante il *domicilium* fosse istituito già da qualche secolo vigente nell'ordinamento giuridico romano, sappiamo che tra i *verba legis*, almeno stando al testo della *Cornelia*, continuava a non comparire *domicilium*, ma soltanto *domus*. Un fatto assai ambivalente, perché se da un lato potrebbe suscitare immediatamente la domanda sulle ragioni di una simile lentezza del legislatore romano a recepire e a versare in testi legislativi certi termini, da un altro lato spinge a riflettere con maggiore prudenza nel capire perché mai il legislatore sillano, in una temperie di turbolenze e violenze, abbia usato *domus* e non *domicilium*. Trovare la risposta sicura non è facile e forse, come vedremo tra breve, neppure decisivo; ciò che importa è che questa particolarità lessicale indusse il ceto dei giuristi a pronunciarsi e, presumiamo se non all'unanimità certamente con larga condivisione, nell'intendere compreso in *domus* pure il concetto di *domicilium*. Possiamo però ancora ragionarci sopra, a partire dal nesso *domus/dominus/domicilium*. Com'è noto, il termine *dominus* è relativamente tardo e, per rifarci agli studi più autorevoli, da quelli di Luigi Capogrossi Colognesi a quelli di Giovanni Nicosia, la sua natura derivativa da *domus* non è più oggetto di discussione. Secondo quest'ultimo, «il termine *dominus*, in collegamento alla sua derivazione da *domus*, venne per lungo tempo adoperato nel linguaggio corrente per indicare chi nella considerazione sociale appariva il padrone di casa, il signore della casa, e non ebbe quel significato tecnico di 'proprietario' che assunse successivamente». ⁹ Grazie alla commedie plautine è infatti possibile datare cronologicamente la sua comparsa e l'affiancamento al termine precedente *erus*: è facile constatare come nei testi di Plauto (III-II secolo a.C.) *erus* (o *era* al femminile) ricorra 368 volte ma accanto ad esso si trovino ben 41 occorrenze di *dominus*. Da qui, un fenomeno di regressione di *erus* a favore di *dominus* la cui «tecnicizzazione nel linguaggio giuridico ..., ove opportuno con la specificazione *ex iure Quiritium*, per indicare il 'proprietario', è da considerare frutto dell'elaborazione giurisprudenziale volta a configurare appunto il concetto di 'proprietario' ...». ¹⁰ Ora, se questa linea ricostruttiva è del tutto congrua e se è vero che la consapevolezza di questo processo semantico prima e poi di tecnicità giuridica non fu mai smarrito, come è dimostrato pure da un altro frammento ulpiano, ¹¹ possiamo immaginare la *ratio* dell'interpretazione di Ulpiano dei *verba* della *lex Cornelia*. In buona sostanza, il giurista severiano, proprio muovendo dall'accezione primaria di *dominus* nella sua immediata connessione con *domus*, da cui evidentemente era condizionato anche il legislatore sillano, assumeva in senso largo e non strettamente tecnico-giuridico il termine *domus*, appunto non quale proprietà ma luogo di abitazione, a prescindere dal titolo giuridico posseduto, di una persona per giungere a una tecnicizzazione giuridica stavolta ancora più larga di *domicilium*.

Dal frammento raccolto dai commissari di Giustiniano sappiamo senza alcun dubbio quanto Ulpiano fosse tassativo, come a non voler neppure prendere in considerazione altre interpretazioni: *'domum accipere debemus non proprietatem domus, sed domicilium. Quare sive in propria domu quis habitaverit sive in conducto vel gratis sive hospitio receptus, haec lex*

⁹ Così G. NICOSIA, *Brevis dominus*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *φύλιν. Scritti per G. Franciosi*, III, Napoli 2007, 1847 ss.; ancora di recente ID., *Ex iure Quiritium*, Catania 2018, 143 ss. Cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei iura praediorum nell'età repubblicana*, 1, Milano 1969, 414 ss. e ntt. 95-96.

¹⁰ G. NICOSIA, *Brevis dominus* cit., 1850.

¹¹ D. 9.2.11.6 (Ulp. 18 ad ed.): *Legis autem Aquiliae actio ero competit, hoc est domino*.

locum habebit. Eppure non abbiamo alcuna certezza se all'attribuzione a *domus* di questo significato più esteso fosse favorevole anche Labeone. Ma è un profilo non particolarmente rilevante.

Però che non si sia dovuto aspettare la stagione severiana perché insorgesse un dibattito giurisprudenziale intorno all'interpretazione di *domus* e di *domicilium*, e dei loro contorni, ma che invece esso fosse largamente in corso già in età tardorepubblicana trova un'esplicita conferma in un noto frammento dei *Digesta* di Alfeno Varo, richiamato all'inizio di queste pagine:

D. 50.16.203 (Alf. Var. 7 dig.): *In lege censoria portus Siciliae ita scriptum erat: «servos quos domum quis ducet suo usu, pro is portorium ne dato». Quaerebatur, si quis a Sicilia servos Romam mitteret fundi instruendi causa, utrum pro his hominibus portorium dare deberet nec ne. Respondit duas esse in hac scriptura quaestiones, primam quid esset «domum ducere», alteram, quid esset «suo usu ducere». Igitur quaeri soleret, utrum, ubi quisque habitaret sive in provincia sive in Italia, an dumtaxat in sua cuiusque patria domus esse recte diceretur. Sed de ea re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset.*

Anche stavolta ci troviamo dinanzi a un provvedimento pubblico, una *lex censoria portus Siciliae*, in cui si menzionava *domus* anziché *domicilium*. Il caso è notissimo e riguarda il pagamento del *portorium* per gli schiavi inviati dalla Sicilia a Roma in dotazione di un fondo. Si discute se il responso sia proprio di Alfeno o piuttosto risalga al maestro Servio;¹² comunque sia, è indubbia la provenienza dal laboratorio giuridico della scuola serviana, che non rappresenta certo l'aspetto più rilevante, conta invece molto di più restare alla sostanza del caso di evidente natura fiscale, ben raccontata da Alfeno. Ci si chiedeva in materia di disposizioni censorie per la Sicilia in ordine all'esportazione di schiavi,¹³ in particolare, se lo schiavo condotto dall'isola a Roma potesse essere soggetto all'esenzione del *portorium*. Il nodo controverso stava fondamentalmente nell'esatta fisionomia delle due condizioni che ne avrebbero legittimato l'esenzione ('*portorium ne dato*'): '*domum ducere*' e '*suo usu ducere*', vale a dire se gli schiavi fossero stati inviati in un luogo dove il proprietario «avesse casa» e «per uso proprio». E se a proposito di quest'ultima espressione il giurista si affannava senza esitare a ricordare le serie difficoltà ('*magna dubitatio*') di circoscrivere l'esatto perimetro del significato dell'espressione per estrarre una *regola iuris* applicabile al caso,¹⁴ la

¹² Rinvio al mio *Domicilium habere* cit., 58 ss. e nt. 43 con letteratura. Cfr. M. MIGLIETTA, «*Servius respondit*». Studi intorno a metodo e interpretazione nella scuola giuridica serviana. Prolegomena I, in Quad. del Dipart. Sc. giur. Univ. Trento 91, 2010, *passim*.

¹³ Norme del genere erano ricorrenti; si pensi, ad esempio, alle disposizioni in materia contenute nella *lex portus Asiae* su cui T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Contribuenti ed esattori nella lex Portus Asiae*, in IAH 1, 2009, 135 ss. [= in ID., *Imperium mixtum. Scritti scelti di diritto romano*, Napoli 2013, 455 ss.]; più in generale sul *Monumentum Ephesenum* per tutti si legga ID., «*Lex portus Asiae*». Un nuovo documento sull'appalto delle imposte, in AA.VV., *I rapporti contrattuali con la pubblica amministrazione nell'esperienza storico-giuridica*. Atti del Congresso Internazionale della Società Italiana di Storia del Diritto, Napoli 1997, 113 ss. [= in ID., *Imperium mixtum* cit., 227 ss.].

¹⁴ Molto opportunamente M. MIGLIETTA, *Giurisprudenza tardorepubblicana e formazione della «regula iuris»*, in SCDR 25, 2012, 234 ss., precisa come, a fronte dell'esistenza di elementi oggettivi per circoscrivere il significato di *domus*, assai sfuggente fosse invece il senso dell'espressione *suo usu ducere*, concetto persino «a tratti inafferrabile, poiché, al contrario dell'altro, del tutto soggettivo: ciò che può considerarsi di «uso proprio» per un individuo può non esserlo per un altro, ovvero ancora lo stesso concetto può ri-

questione appariva meno complicata in merito alla prima locuzione '*domum ducere*'. Si chiariva così, e in maniera inequivocabile, cosa bisognasse intendere per *domus*: e per *domus* non doveva affatto pensarsi soltanto al luogo dove si abitava ma anche, e direi soprattutto, a quello qualificabile come sede dei propri interessi e dei propri affari, in quanto lì conservate le scritture contabili e collocate le proprie cose ('*debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset*').¹⁵ Ripeto, non appare il termine *domicilium* ma l'*interpretatio* del giurista dei *verba* della *lex censoria* profilano chiaramente un concetto di *domus* che, verificabile sulla base di dati oggettivi, appare assai affine, per esempio, all'enucleazione moderna dell'art. 43 del nostro codice civile in tema di domicilio, e su cui tra poco ritorneremo.

* * *

E torniamo a Ulpiano (D. 47.10.5 pr.-5), il cui contenuto è davvero importante e interessante perché ci viene riferito di un altro dibattito su profili sempre controversi, in cui compariva ancora una volta, come protagonista minoritario, o comunque fautore di *opinionones* restrittive, Labeone.

Nel caso del *dominus*, proprietario di più residenze, di più *villae*, come ci si sarebbe dovuto comportare? Nel caso di un'intrusione violenta in una delle sue *villae*, il *dominus* era legittimato a esperire l'*actio iniuriarum ex lege Cornelia*. Nel caso di fondo affittato, sembrava indubbio che il *colonus* potesse agire al posto del *dominus*. Qualora l'intrusione fosse avvenuta nel fondo coltivato dal *dominus* allora la posizione di Labeone era netta e anche in questo caso negativa: '*Labeo negat esse actionem domino fundi ex lege Cornelia, quia non possit ubique domicilium habere, hoc est per omnes villas suas*'. Sebbene la questione affrontata non riguardasse strettamente il tema dei criteri per la determinazione del *domicilium* di una persona, nondimeno essa offre altri spunti per la ricostruzione della generale *opinio* labeoniana.

Il proprietario non avrebbe potuto vantare il *domicilium* in ogni sua villa, secondo il giurista. In fin dei conti, non si tratta di nient'altro che della riaffermazione della inammissibilità del doppio domicilio già constatata. Se vogliamo ipotizzare quale fosse nella fattispecie la *ratio* della risposta di Labeone nel caso di specie, possiamo immaginare che il cardine risiedesse sostanzialmente nella presenza quotidiana di un soggetto in un dato luogo quale residenza principale o sede principale dei propri affari, escludendosi ogni altra materiale, ma del tutto transitoria, *habitatio*.

Ulpiano però metteva radicalmente in discussione questo principio, per affermarne uno assai diverso, più duttile, flessibile. Il giurista severiano superava persino il concetto di *domicilium* in senso stretto contenuto nella scrittura alfeniana, per puntare sulla semplice *habitatio*, anche temporanea, sebbene non assolutamente momentanea, facendo alcuni esempi. Il primo, la presenza a Roma per ragioni di studio, caso che presupponeva la presenza temporanea, limitata nel tempo, ma certamente non brevissima, per ammettere in questo

sultare dilatato o compresso a seconda della sensibilità, o anche delle semplici abitudini, o delle esigenze pratiche, di una persona rispetto ad un'altra» (236 s.), giungendo tuttavia alla conclusione che soltanto per gli schiavi di "uso strettamente personale" il proprietario avrebbe goduto dell'esenzione dal *portorium*.

¹⁵ Sul passo vedi pure M. MIGLIETTA, «Determinare infine la regola attraverso la quale stabilire ciò che è vero e ciò che è falso». *I giuristi romani e la formazione della regola iuris*, in P. MORO (a cura di), *Il diritto come processo. Principi, regole e brocardi per la formazione critica del giurista*, Milano 2012, 60 ss.; ID., *Giurisprudenza tardorepubblicana* cit., 234 ss.; M.^a L. LÓPEZ HUGUET, *Régimen jurídico del domicilio en Derecho romano*, Madrid 2008, 86 ss.

caso l'applicabilità della *lex Cornelia*. Il secondo, la dimora in un alloggio in affitto o in una locanda, di per sé assolutamente breve, la cui intrusione violenta invece non avrebbe permesso di invocarne la tutela legislativa. Dunque, paradossalmente, la leva utilizzata da Ulpiano per fondare la soluzione estensiva era proprio l'*habitatio*, cioè quel criterio materiale e permanente da cui Labeone traeva il requisito essenziale per la costituzione del domicilio per asserirne conseguentemente l'impossibilità di una doppia o plurima domiciliazione.

Non è una contraddizione, se soltanto si tenesse conto quanto fosse diversa la preoccupazione di Ulpiano da quella di Labeone. Nella fattispecie il giurista severiano non era tanto interessato alla determinazione precisa e tecnicamente ineccepibile del *domicilium* della persona, quanto all'estensione della portata dei *verba legis* in vista della tutela della persona vittima di un'intrusione violenta nell'abitazione in cui si trovava. In questa prospettiva, viene meno il profilo tecnico-giuridico del *domicilium* per assumere una più spiccata preminenza la salvaguardia della sfera personale di un individuo. Da qui la leva di un'*habitatio* riconducibile a una dimensione più larga che al *domicilium*, non qualificata altrimenti, o persino sganciata dal titolo giuridico: proprietà, *locatio-conductio*, *hospitium*, ecc.

5. FLESSIBILITÀ DI CRITERI E SLITTAMENTI SEMANTICI.

Quanto abbiamo sinora visto apre il varco ad alcune considerazioni su questi primi aspetti. I documenti esaminati apparentemente potrebbero indurre, come in effetti è accaduto, a credere che in età tardorepubblicana non si fosse giunti a una definizione di *domicilium* e che si versasse persino in una certa confusione.

Stante la divaricazione segnata tra l'*opinio* di Labeone, il provvedimento legislativo epigrafico, e le riflessioni di Paolo e Ulpiano, la prudenza obbliga a dire che questi testi non consentono di ricavare alcun preciso indizio su criteri rigidi di determinazione del domicilio di un soggetto tale da poter ricostruire le ragioni dei due distinti orientamenti in tema di doppio domicilio. La stessa *definitio* contenuta nel responso riportato da Alfeno appare ambigua, o almeno sfuggente. Sicché il quadro complessivo della documentazione semmai confermerebbe l'impressione, poco prima accennata, che nella concezione tardorepubblicana, almeno in quella maggioritaria dei *quosdam*, il *domicilium* non richiedesse in maniera così stringente, preminente, direi assorbente, l'effettiva stabile, quasi ininterrotta, permanenza del soggetto e che la figura giuridica avesse ancora contorni incerti, un po' sfumati, e un profilo mutevole a seconda dell'angolo di visuale o del punto di interesse.

Indubbiamente è assai interessante la peculiarità terminologica della documentazione disponibile: sebbene il termine *domicilium* fosse invalso nel lessico giuridico, essendolo già nel lessico comune come dimostra il passo plautino¹⁶ della fine del III secolo a.C., ci siamo trovati a commentare testi normativi in cui compare il termine *domus* ma non *domicilium*. Allo stesso tempo, si usano espressioni come *sedes*, *habitatio*, *tabulas habere*, ecc. Questi aspetti in qualche misura contribuiscono a rafforzare l'impressione di una riflessione magmatica e ancora tecnicamente immatura. Eppure, come detto prima, considero sbagliato tale orientamento, e allora un confronto, sia pure cursorio, con la contemporaneità, ci farà accorgere sorprendentemente come seguendo un simile modo argomentativo si finirebbe per attribuire un'analogia, presunta, 'incertezza tecnico-giuridica' persino al legislatore contemporaneo.

Partiamo dall'ordinamento giuridico italiano con l'art. 43 del codice civile italiano del

¹⁶ Vedi *supra* nt. 3.

1942: *Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi. La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale.*

L'influenza della concezione del domicilio romano è evidente: la sede principale degli affari e degli interessi (ricordiamo la *definitio* alfeniana di *domus* quale *sedes* in cui sono conservate le scritture contabili, quindi un chiaro riferimento agli affari e alla loro dimensione giuridica) deve essere tenuta distinta dalla dimora abituale. Ma, passando da una dimensione privatistica a una pubblicistica, il quadro muta ed è agevole osservare come nel nostro ordinamento residui un approccio unitario tra residenza e domicilio, che sembra tendere a non distinguere tecnicamente le due figure ai fini della tutela della sfera della persona. Ciò appare evidente nelle formulazioni dell'art. 14 della Costituzione: *Il domicilio è inviolabile. Non vi si possono eseguire ispezioni o perquisizioni o sequestri se non nei casi e modi stabiliti dalla legge secondo le garanzie prescritte per la tutela della libertà personale. Gli accertamenti e le ispezioni per motivi di sanità e di incolumità pubblica o a fini economici e fiscali sono regolati da leggi speciali*, nella sua connessione con il dispositivo dell'art. 614 del codice penale: *Chiunque s'introduce nell'abitazione altrui, o in un altro luogo di privata dimora, o nelle appartenenze di essi, contro la volontà espressa o tacita di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi s'introduce clandestinamente o con l'inganno, è punito con la reclusione fino a tre anni. Alla stessa pena soggiace chi si trattiene nei detti luoghi contro l'espressa volontà di chi ha il diritto di escluderlo, ovvero vi si trattiene clandestinamente o con inganno. Il delitto è punibile a querela della persona offesa. La pena è da uno a cinque anni, e si procede d'ufficio, se il fatto è commesso con violenza sulle cose, o alle persone, ovvero se il colpevole è palesemente armato.*

La prima delle due formulazioni si riferisce più direttamente al domicilio, intendendo il luogo in cui una persona *ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi*, secondo l'art. 43 del codice civile italiano; la seconda, invece, più in generale contempla qualunque luogo riconducibile a una persona (*abitazione altrui o privata dimora*), la cui violazione ingiustificata configurerebbe un'intrusione illecita nella sfera individuale.

Cambiando latitudine, lo slittamento semantico non è molto differente nell'approccio espresso, per esempio, nei *Principi generali del codice civile della Repubblica Popolare Cinese* all'art. 15: *The domicile of a citizen shall be the place where his residence is registered; if his habitual residence is not the same as his domicile, his habitual residence shall be regarded as his domicile.*

A questa disposizione può ancora affiancarsi l'interpretazione della Suprema Corte all'art. 9: *The place where a citizen lives for over one year consecutively after leaving the domicile is the habitual residence, excluding the case when the citizen lives in the hospital for medical treatment. Before a citizen moves to another place after moving out of the place where his residence is registered and has no habitual residence, the place where his residence is registered shall still be the domicile.*

E, infine, a completamento della sinossi può aggiungersi anche l'art. 12 della *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo*: *Nessun individuo può essere sottoposto a interferenze arbitrarie nella sua vita privata, nella sua famiglia, nella sua casa, nella sua corrispondenza, né a lesioni del suo onore e della sua reputazione. Ogni individuo ha diritto a essere tutelato dalla legge contro tali interferenze o lesioni.*

Con la rivoluzione tecnologica e con il poderoso impatto sulla vita sociale degli strumenti informatici e del *web*, ci si è proiettati su dimensione diversa in cui tutto è più astratto, meno materiale, lo spazio diventa indefinibile, come si legge nella formulazione di una nuova fattispecie di "violazione del domicilio", contenuta dall'art. 615 *ter* del codice penale italiano: *Chiunque si introduce in un sistema informatico o telematico protetto da mi-*

sure di sicurezza ovvero vi si mantiene contro la volontà espressa o tacita di chi ha diritto di escluderlo è punito con la reclusione fino a tre anni.

Introdursi clandestinamente in un *server*, in un *computer*, in una *cloud*, o in cos'altro, è anche diventato, per quanto lontanamente assimilabile, oggi una violazione di domicilio? Chiunque può accorgersi che tutte queste disposizioni differenti e diversamente efficaci sono accomunate da un singolare slittamento semantico: casa, sede principale, abitazione, luogo di privata dimora, dimora abituale; mentre lascio fuori quelle informatiche o telematiche. Su queste basi, allora, può davvero parlarsi di incertezza? Erano soltanto i giuristi romani tardorepubblicani ad apparire incerti o confusi? La risposta è no. Al contrario, a proposito degli strumenti di inquadramento e di relazione tra persone e territorio, gli interessi in gioco producono effetti prismatici assorbenti e di assoluto interesse, e tali furono quelli che si determinarono man mano che si procedeva alla costruzione e razionalizzazione dello Stato municipale romano.

I contenuti dei documenti antichi nel confronto con testi normativi moderni che abbiamo scorso e messi a confronto potrebbero poi essere richiamati per discutere sull'antica questione del progressismo o del conservatorismo dei giuristi romani e di Labeone in particolare, ma qui è sufficiente rimandare alle riflessioni di Dieter Nörr¹⁷ consegnate alle pagine del *Bullettino* del 1981: piuttosto non è di Labeone che bisognerebbe discutere ma di Ulpiano. E, nel riprendere di un altro illustre studioso, Ernst Rabel,¹⁸ il giudizio sull'introduzione papiniana dell'*actio quasi institoria* come una «pagina di gloria» della storia della giurisprudenza romana, a me pare, senza alcun azzardo, che analogamente la riflessione e la conseguente elaborazione di Ulpiano sulla portata della *lex Cornelia de iniuriis* relativa all'introduzione violenta nel domicilio altrui, soprattutto, ripeto, alla luce del confronto con assetti normativi contemporanei, segni una pagina altrettanto importante di innovazione e spiccata modernità della storia della giurisprudenza romana.

6. IL SE INSTRUERE DI CELSO.

Andiamo avanti, passando a un altro frammento ulpiano contenente un escerto del *I liber digestorum* di Celso sulla questione:

D. 50.1.27.2 (Ulp. 2 ad ed.): *Celsus libro primo digestorum tractat, si quis instructus sit 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 domicilio 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 sino domicilio esse.*

Celso, utilizzato da Ulpiano, aveva studiato il caso di colui che fosse *aequaliter instructus* in due luoghi, e che dalla sua frequenza fosse impossibile distinguere quale dei due luo-

¹⁷ D. NÖRR, *I giuristi romani: tradizionalismo o progresso? Riflessioni su un problema inesattamente impostato*, in BIDR 84, 1981, 9 ss.; vedi anche ID., *Innovare*, in Index 22, 1994, 61 ss. [= in ID., *Historiae Iuris Antiqui. Gesammelte Schriften*, a cura di T. CHIUSI, W. KAISER, H.-D. SPENGLER, III, Goldbach 2003, 1965 ss.]. Al tema dedica pagine ricche di spunti A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², Torino 2017, 301 ss.

¹⁸ E. RABEL, *Ein Ruhmesblatt Papinian's. Die sogenannte actio quasi institoria*, in *Festschrift für E. Zitelmann*, München-Leipzig 1913, 1 ss.

ghi fosse più rilevante dell'altro ai fini della determinazione del *domicilium*. L'essenza del caso analizzato da Celso risiedeva, dunque, nell'essere il soggetto *aequaliter instructus*; ed è, innanzitutto, questo il profilo da indagare, provando ad afferrare pienamente il senso del verbo *instruere* su cui appunto poggia l'avverbio di modo (*aequaliter*). Abbiamo riscontrato come *instruere* compaia già nel responso alfeniano (*fundum instruendi causa*, D. 50.16.203), ma è agevole riscontrarlo pure in diversi altri testi con un senso inequivocabile e importante per queste pagine, come ad esempio in un passo proveniente ancora dal commento editale ulpiano:

D. 50.16.185 (Ulp. 28 *ad ed.*): *'Instructam' autem tabernam sic accipiemus, quae et rebus et hominibus ad negotiationem paratis constat.*

Si tratta di uno squarcio molto noto e sostanzialmente così chiaro da non suscitare particolari dubbi esegetici: il giurista severiano definiva il concetto di *'taberna instructa'* con particolare riguardo al mondo dei traffici commerciali. Mentre in un frammento precedente, aveva definito in generale una *taberna* qualsiasi edificio *utile ad habitandum*,¹⁹ ora precisava che quella *instructa* fosse la *taberna* caratterizzata non solo e non tanto dall'abitazione civile, quanto piuttosto dalla presenza di un'organizzazione materiale e di uomini (*'rebus et hominibus'*) finalizzata a un'attività d'impresa (*'ad negotiationem'*). In altri termini, il testo ulpiano contiene una precisa concezione dell'*instrumentum*, cioè della struttura imprenditoriale, su cui i *prudentes* romani in verità da tempo conducevano una riflessione costante e particolarmente avanzata.²⁰ Pietro Cerami²¹ ha colto perfettamente, ritornandovi in tempi più recenti, il nesso *taberna instructa* e *negotiatio/negotiator*: «la prima coincide, in buona sostanza, con l'odierno concetto di azienda (cfr. art. 2555 c.c.). La seconda (*negotiator*) coincide con l'attuale nozione di "imprenditore" e si risolveva in piena sintonia con la sua peculiare accezione "editale – giurisprudenziale" di gestore di beni e forze-lavoro, nell'esercizio professionale di una determinata attività economica, finalizzata alla produzione e allo scambio di beni e servizi».²² Da *taberna instructa*, allora, si ricava che l'elemento so-

¹⁹ D. 50.16.183 (Ulp. 28 *ad ed.*): *'Taberna' appellatio declarat omne utile ad habitandum aedificium, non ex eo quod tabulis cluditur.*

²⁰ Si leggano, ad esempio, le tracce giunteci di Nerazio, sia direttamente in D. 33.7.23 (Ner. 2 *resp.*) sia attraverso Paolo in D. 33.7.13 pr.-1 (Paul. 4 *ad Sab.*). Quanto all'affinità tra il concetto romano di *taberna instructa* e la nozione codicistica italiana basta leggere l'art. 2555 c.c.: «L'azienda è il complesso dei beni organizzati dall'imprenditore per l'esercizio dell'impresa».

²¹ P. CERAMI, A. PETRUCCI, *Diritto romano commerciale. Profilo storico*³, Torino 2010, 51 ss.

²² P. CERAMI, *Profili terminologici, economici e giuridici del commercio librario e dell'attività editoriale nel mondo romano*, in AUPA 58, 2015, 16 ss. Cfr. 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 (con, in appendice, un inedito di Arnaldo Biscardi), Padova 2001, 23 ss.; R. ORTU, *Schiavi e mercanti di schiavi in Roma antica*, Torino 2012, 119 ss. Cfr. A. DI PORTO, *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano 1984, 64 nt. 1; ID., *Il diritto commerciale romano. Una «zona d'ombra» nella storiografia romana e nelle riflessioni storico-comparative dei commercialisti*, in *Nozione, formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al prof. F. Gallo*, III, Napoli 1997, 442 ss.; A.D. MANFREDINI, *Costantino e la 'tabernaria' il vino*, in *Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana, VII Convegno internazionale*, Napoli 1988, 325 ss.; F. SERRAO, *Impresa e responsabilità a Roma nell'età commerciale*, Pisa 1989, 21 ss.; A. PETRUCCI, *Note sui 'marchi di produzione' e dati delle fonti giurisprudenziali. A proposito di una recente iniziativa*, in BIDR 111, 2017, 28 ss.

stanziale era l'attività commerciale del soggetto. E vale la pena ricordare come il verbo *negotiarī* implicasse di solito l'esercizio di attività imprenditoriali dalle dimensioni particolarmente significative.²³

Tornando, quindi, all'*instruere* di Celso, criterio determinante per l'individuazione del *domicilium* di una persona, possiamo dire che, sebbene non esplicitamente e/o non solo diretto a denotare un'attività imprenditoriale, certamente il suo significato indicava una precisa organizzazione del soggetto. Se l'oggetto dell'*instruere* non era una *taberna* ma il *se*, la sostanza della locuzione tendeva a esprimere un'organizzazione materiale volta agli affari ma anche più in generale di vita, idonea a individuare il *domicilium* di una persona nei casi dubbi, per la sua particolare mobilità o per altre ragioni legate alla sua presenza o attività in più territori. Se combiniamo i passi di Ulpiano con quello di Alfano in cui per *domus* bisognava intendere '*de ea re constitutum esse eam domum unicuique nostrum debere existimari, ubi quisque sedes et tabulas haberet suarumque rerum constitutionem fecisset*', il '*se instruere*'²⁴ riguardava appunto una situazione complessiva di vita, interessi e affari, della persona. Insomma, una definizione, è difficile negarlo, ancora una volta assai vicina alla determinazione del domicilio accolta dal legislatore italiano nel codice civile del 1942: *Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi. La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale*.

Ma evidentemente ben presto, da un lato, l'eccessiva iniziale flessibilità dei criteri e, dall'altro, le potenti trasformazioni economiche e sociali ne avevano sfumati, se non addirittura reso assai labili, i contorni facendo della materia, a buon diritto, un tipico tema di *ius controversum*. Basti pensare come l'istituzione di registri delle persone relativi alla cittadinanza e alla nascita (peraltro oggetto di accesi dibattiti), da cui era possibile trarre riscontri oggettivi del legame con un territorio, avvenne tardi e con gradualità.²⁵

Per quanto distanti nel tempo, allora, non sembra affatto che Labeone e Celso e altri *prudentes* affrontassero casi puramente scolastici; al contrario, è certo che sorgessero sovente, e da tempo, casi reali, in cui un individuo, per le peculiarità della sua attività d'impresa e della sua organizzazione di vita, potesse apparire *instructus* in più luoghi. Un caso esemplare lo troviamo nella *pro Flacco* di Cicerone a proposito di uno degli accusatori, tale C. Appuleio Deciano. Costui era un *civis romanus, negotiator*, attivo nella provincia d'Asia. Deciano, per quanto domiciliato ad Apollonide *libera civitas* della Lidia, era assai presente anche in altri territori. Leggiamo come era dipinto da Cicerone in uno dei suoi più corrosivi strali:

Cic., *pro Flacc.* 29.70-71: *Quid tibi tandem, Deciane, iniuriae factum est? Negotiaris in libera civitate. Primum patere me esse curiosum. Quo usque negotiabere, cum praesertim sis isto loco natus? Annos iam triginta in foro versaris, sed tamen in Pergameno. Longo intervallo, si*

²³ Vedi in tal senso E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, s.v. «negotior», III, Patavii 1940, 355: «*Negotiari est negotia maxima exercere, mercaturae amplissimae operam dare, in provinciis pecunias mutuas provincialibus dare ac fenus exercere*».

²⁴ *Vocabularium Iurisprudentiae Romanae*, s.v. «*instructus*», 783 s., e s.v. «*instruo*», 790 s., III/1, Berlin-New York 1979; cfr. E. FORCELLINI, *Lexicon totius latinitatis*, s.v. «*instruo*», II, Patavii 1940, 880.

²⁵ Sul tema e relativamente alla prassi documentale relativa all'Egitto si rinvia a O. MONTEVECCHI, *Ricerche di sociologia nei documenti dell'Egitto greco-romano*. VI. *Denunce di nascita di greco-egizi*, in *Aegyptus* 27, 1947, 3 ss.; EAD., *La Papirologia*, Milano 2008, 179 s.; C. SANCHEZ-MORENO ELLART, *Professio liberorum. Las declaraciones y los registros de nacimientos en Derecho Romano, con especial atención a las fuentes papirológicas*, Madrid 2001, *passim*, e la relativa recensione di G. PURPURA, in *IVRA* 52, 2001, 364 ss.

quando tibi peregrinari commodum est, Romanis venis, affers faciem novam, nomen vetus, purpuram Tyriam, in qua tibi invideo, quod unis vestimentis tam diu lautus es. [71] Verum esto, negotiari libet; cur non Pergami, Smyrnae, Trallibus, ubi et multi cives Romani sunt et ius a nostro magistratu dicitur?

Cicerone, naturalmente, aveva tutto l'interesse a descrivere Deciano, accusatore del proprio assistito, come un poco di buono, un uomo spregiudicato dedito esclusivamente al proprio interesse. Si era immesso nel possesso dei beni di un eminente e facoltoso cittadino, Aminta, tentando di farli registrare come propri e, non riuscendovi, chiese altrettanto vanamente alle autorità di Pergamo di iscriverli nelle relative *tabulae publicae*; aveva visto annullati da Flacco i negozi viziati da dolo, da qui la sorda ostilità verso il proconsole, e ciononostante provato a farli censire, ancora una volta senza successo, a Roma.²⁶ Insomma, un ritratto, se fondato il tratteggio ciceroniano, che faceva di Deciano un personaggio abbastanza squallido e privo di scrupoli che, pur conducendo affari nella città di Apollonia da trent'anni, era altrettanto attivo in diverse altre città; come per esempio a Pergamo, di cui frequentava assiduamente il foro, e ove sembrerebbe desumersi dal tenore ciceroniano fosse iscritto come *negotiator*.

La narrazione ciceroniana è illuminante e aiuta a comprendere la complessità del problema. Si trattasse di un *negotiator* con un'attività d'impresa organizzata e localizzata in più sedi o più semplicemente che fosse domiciliato in una città ma svolgesse in una diversa l'attività d'impresa, oppure che avesse degli immobili registrati in diverse città,²⁷ o ancora che tale soggetto fosse titolare di diverse *negotiationes* in diversi territori, e che nelle due (o più sedi) per ragioni di sovrintendenza alla produzione e al commercio egli assicurasse la sua presenza nel corso di un medesimo anno, poteva davvero apparire un rompicapo azzardare la determinazione di quale fosse di quei luoghi il reale *domicilium*. Ancor più, se il soggetto poi avesse avuto persino un'*origo* diversa dalla città in cui risiedeva o dove svolgeva abitualmente i propri affari. Le alternative erano dunque due: o accedere alla teoria del doppio (o plurimo) domicilio oppure scartarla e determinare l'unico *domicilium* possibile, soluzione appunto nient'affatto semplice, per la problematicità della definizione di criteri soddisfacenti.

E così Celso saggiamente cambiava piano e, in caso di insufficienza dell'elemento materiale/organizzativo (d'impresa o di vita, desumibile dai propri libri contabili, perché poteva accadere che il *negotiator* tenesse in ogni sede copia della sua intera contabilità generale), passava all'elemento soggettivo, immateriale, di natura psicologica, ovvero la *destinatio animi*. Siamo in presenza di un'attività d'*interpretatio* assai significativa, che vede la combinazione di criteri fondati su elementi oggettivi volti a soddisfare l'esigenza primaria di certezza del diritto con altri fondati sulla ragionevolezza della decisione.

²⁶ Cic., *pro Flacc.* 30.72: *Amyntas est genere, honore, existimatione, pecunia princeps illius civitatis. Huius socrum, mulierem imbecilli consili, satis locupletem, pellexit Decianus ad sese et, cum illa, quid ageretur, nesciret, in possessione praediorum eius familiam suam collocavit; uxorem abduxit ab Amynta praegnantem, quae peperit apud Decianum filiam, hodieque apud Decianum est et uxor Amyntae et filia; pro Flacc. 30.74: Haec Flacco non probasse te miraris? Cui, quaeso, tandem probasti? Emptiones falsas, praediorum proscriptiones cum mulierculis aperta circumscriptione fecisti. [...] Defers ad Pergamenos, ut illi reciperent in suas litteras publicas praeclaras proscriptiones et emptiones tuas. Repudiant, reiciunt.*

²⁷ Le leggi epigrafiche attestano il legame di un individuo rispetto alla città sia mediante il *domicilium* sia mediante il possesso di *aedificia*, *agri* o *praedia*: *Lex Acil. rep.* ll. 13-14, 17 (FIRA, I², n. 7); *Lex Mun. Tarent.* ll. 26-31 (FIRA, I², n. 18); *Lex Rubr.* cap. 23 (FIRA, I², n. 19); *Lex Urs.* capp. 91, 98 (FIRA, I², n. 21); *Lex Irn.* cap. 83. Cfr. *Caes. bell. civ.* 1.86.3: [...] *ei qui habeant domicilium aut possessionem.*

Per stabilirne il *domicilium*, bisognava risalire alla volontà del soggetto, qualora l'elemento materiale ne rendesse impossibile l'individuazione. Questa ricostruzione del pensiero di Celso, sebbene nel frammento non vi sia una sua diretta citazione, è possibile perché Celso parla attraverso Ulpiano. Dobbiamo, però, al commento ulpiano il margine d'incertezza su cosa Celso ne pensasse sino in fondo. Il *'se instruere'* (criterio oggettivo) in più luoghi e una *destinatio animi* (criterio soggettivo) equivalente, nel senso che il soggetto in questione magari poteva ritenersi domiciliato in entrambi o più luoghi, avrebbero dato luogo a un caso di doppio o plurimo domicilio? Quando nel testo di Ulpiano leggiamo il dubbio sull'affidabilità operativa della *destinatio animi*, negando la legittimità del doppio domicilio qualora l'indagine sull'*animus* avesse dato questo esito, è difficile stabilire chi stesse parlando, è arduo dire se fosse Celso oppure Ulpiano a spostare la riflessione sull'ambivalenza del criterio soggettivo:²⁸ separare gli strati di scrittura in questo caso non è affatto semplice.

Alcuni ritengono che Celso sorreggesse la medesima opinione di Labeone, ma così non è. Mentre per Labeone, che puntava solo su un criterio oggettivo, non poteva attribuirsi il *domicilium* in nessuno dei luoghi *'qui pluribus locis ex aequo negotietur nusquam'*, Celso, andava oltre, per professare la necessità della determinazione almeno di un luogo, facendo leva sulla combinazione di due criteri: la situazione oggettiva (il *se instruere*) e volontà del soggetto (la *destinatio animi*). In più, ma non sappiamo se attribuirlo a un diverso strato di scrittura di Ulpiano, si menzionava anche l'eguale abitare (*'neque hic quam illic minus frequenter commoretur neque hic quam illic minus frequenter commoretur'*).

Il dibattito, tuttavia, era assai vivo e ampio da tempo: se Labeone negava la legittimità del domicilio doppio o plurimo, Paolo la ammetteva (D. 50.1.5), probabilmente poggiando sulla posizione dei *viri prudentes* citati da Ulpiano (D. 50.1.6.2). Questa, tuttavia, non era affatto la soluzione condivisa da Ulpiano, che però, da parte sua, risolveva *in nuce* una potenziale antinomia: per quanto difficile, non doveva accadere che un individuo fosse privo di un domicilio, e su questo punto condiviso non era dato ammetterne il contrario. In altri termini, era generalmente inconcepibile l'assenza di domicilio, salvo un caso assai particolare, eppur sempre possibile, menzionato nella parte finale di D. 50.1.27.2, di colui che messosi in viaggio (per mare o per terra), abbandonando dunque il *domicilium*, ancora non fosse nelle condizioni concrete, materiali per fare di un luogo il suo nuovo domicilio. Oggettivamente, perché il *'se instruere'* non era ancora realizzato e, soggettivamente, perché di conseguenza nessun *animus* poteva essersi pienamente determinato. La soluzione del giurista severiano è lineare: l'uomo in viaggio non ha ancora posto in essere il *'se instruere'* e la sua *destinatio animi* è certa nell'abbandono del vecchio domicilio, ma è ancora potenziale rispetto al nuovo domicilio, restando nel novero delle cose possibili un ulteriore mutamento della volontà di fissazione della sua sede definitiva.

7. DOMICILIUM E INCOLATUS.

A rendere più complesso il quadro concorrevano la presenza di individui che si faticava a inquadrare nel loro rapporto con una determinata città o luogo. Documenti di piena età repubblicana, soprattutto frammenti delle commedie plautine, consegnano una presenza variegata di soggetti presenti a Roma o nelle *civitates* (*municipia* e *coloniae*) ancorché non domiciliati in esse. Leggiamone qualcuno:

²⁸ L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione* cit., 428 ss., fraintende la posizione di Celso e di Ulpiano, tant'è che è costretto a un *'revirement'* sull'interpretazione del pensiero dello stesso Ulpiano che avrebbe invece negato, in relazione a un caso specifico (D. 50.1.27.1), il doppio domicilio.

Plaut. *Aulul.* 3.406-407: [CO.]: *Attatae, cives, populares, incolae, accolae, advenae omnes, date viam qua fugere liceat, facite tota plateae pateant;*

Plaut. *Persa* 4.554-555: [VI.]: *Si incolae bene sunt morati, id pulchre munitum arbitror; perfidia et peculatus ex urbe et avaritia si exulant [...]*

Della varietà, descritta soprattutto dal primo brano, la figura giuridicamente pregante è l'*incola*. Dell'*incolatus*,²⁹ le antiche origini sono appunto ben documentate se Plauto, come abbiamo appena letto, ne parlava *apertis verbis*, mentre una più tarda definizione giuridica è quella formulata da Pomponio in:

D. 50.16.239.2 (Pomp. *lib. sing. ench.*): *'Incola' est qui aliqua regione domicilium suum contulit: quem Graeci πάραικον appellant. Nec tantum hi, qui in oppido morantur, incolae sunt, sed etiam qui alicuius oppidi finibus ita agrum debent, ut in se quasi in aliquam sedem recipiant.*

Rispetto alla definizione pomponiana rimango della medesima idea a suo tempo esposta e cioè che l'incolato, secondo il giurista adrianeo, esprimesse il rapporto tra un individuo e una città o un territorio (potendosi trattare anche di campagna), sganciato dalla cittadinanza e squisitamente qualificato dal domicilio.³⁰ A tal riguardo, la documentazione epigrafica è abbondante e particolarmente chiara negli statuti cittadini, di cui riporto a solo scopo esemplificativo i seguenti frammenti:

²⁹ Trad.: A Sesto Aurelio Lupiano, figlio di Lupo, principe, i decurioni suoi colleghi, il popolo e gli stranieri ivi residenti, in ragione dei suoi meriti, pongono questa statua a un cittadino eccellente. Un banchetto pubblico è offerto. Stabilito con un decreto dei decurioni; P. LE ROUX, *Peregrini incolae*, in ZPE 154, 2005, 261 ss.

³⁰ L'incolato, in effetti, è un istituto che si è trasmesso sino ai nostri giorni, dal diritto romano attraverso i secoli feudali, negli statuti di consorzi agrari, come le "Partecipanze agrarie emiliane". Val la pena di ricordare in questa sede un'interessante nota a sentenza di Edoardo Volterra (Tribunale di Bologna – sez. I^a) del 29 luglio 1942, opportunamente ristampata con il titolo *Sull'istituto dell'incolato*, in ID., *Scritti giuridici. V. Varia*, Napoli 2005, 363 ss., in cui si sottolinea come, nel corso del tempo sino ai nostri giorni, il domicilio fosse l'elemento qualificante per il riconoscimento giuridico dell'incolato a un lavoratore agricolo rispetto al consorzio. Ed è, altresì, interessante osservare come l'incolato sia tornato di estrema attualità con il 'Trattato di Maastricht' (G. CRIFÒ, *Civis cit.*, 68). Nel corso dell'età classica e a seguito dei continui assestamenti dei rapporti tra impero e città, città e campagna, la terminologia si infittisce, e così abbiamo *advenae* = stranieri di passaggio; *inquilini* = coloro che non avevano intenzione di restare nel nuovo domicilio; *incolae* = coloro che trasferivano il *domicilium* in un luogo diverso da quello dell'*origo*; *contributi* = *incolae* con particolari obblighi (per lo più militari) verso la città; su cui vedi soprattutto G. POMA, *'Incolae': alcune osservazioni*, in RSA 28, 1998, 135 ss.; O. LICANDRO, *Domicilium e incolae tra repubblica e principato*, in AA.VV., *Étrangers dans la cité romaine. «Habiter une patrie»: des incolae de la République aux peuples fédérés du Bas-Empire*. Actes du Colloque de Valenciennes (14-15 octobre 2005), Rennes 2007, 66 ss.; ID., *Pomponio e L'incola. Osservazioni su D. 50.16.239.2 (Pomp. l. sing. ench.) alla luce di Lex Urs. cap. 98 e Lex Irn. cap. 83*, in F.M. D'IPPOLITO (a cura di), *φύλια. Scritti per Gennaro Franciosi*, II, Napoli 2007, 1381 ss.; cfr. L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione cit., passim*; ID., *Osservazioni in tema di domicilio degli incolae. La distinzione tra incolae di città e incolae di campagna*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a cura di), *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, 647 ss. In generale, vedi anche il recente libro di F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli 2017, *passim*.

Lex Irr. cap. 83: *Quicumque [mu]nicipes incolaeve eius municipi erunt a[u]t intr[a fines mu]nicipi eius habitabunt agrum agrosve habebun[t, ii omn]es ea[s operas] dare facere praestareque debent;*

Lex Urs. cap. 103 (FIRA, I², n. 21): *Quicumque in coll(onia) Genet(iva) Ilvir praefectusve i(ure) d(icundo) praeit, eum colonos | incolasque contributos quocumque tempore colon(iae) fin(ium) | defendorum causa armatos educere decurion(es) cen(suerint), | quot m(aior) p(ars) qui tum aderunt decreverint, id e(i) s(ine) f(rau)de s(ua) f(acere) l(iceto);*

Lex Mun. Malac. cap. 53 (FIRA, I², n. 24): *Quicumque in eo municipio comitia Ilviris, | item aedilibus, item quaestoribus rogan[dis] habebit, ex curiis sorte ducito unam, in qua incolae, qui cives | R(omani) Latinive cives | erunt suffragium ferant, eisque in ea cu[r]ia suffragi latio esto.*

Erano, dunque, *incolae* i *cives* romani o latini domiciliati in una città diversa da quella originaria, ma avrebbero potuto esserlo addirittura anche gli stranieri, come è attestato dalla seguente iscrizione municipale che fa fede dell'esistenza di *incolae peregrini*:

AE, 2002, n. 115: *Sexto / Aur(elio) Lupilano Lupi / filio princip(i) / decuriones / collegae et populares et peregrini incolae / civi optimo ob / merita pos(uerunt) / epulo dedicata / l(oco) d(ato) d(ecreto) d(ecurionum).*

E anche per l'*incolatus* le città erano tenute a dotarsi di un sistema di registrazione:

CIL, V.1, 875 (= ILS, 1374): ... *ut incolae quibus fere censemur muneri [bus nobiscum fugantur] (Aquilaia);*

CIL, VIII.1, 1641 (= ILS, 6818): *Legi autem debebunt municipes item incolae, dumtaxat incolae, qui intra continentia coloniae nostrae aedificia morabuntur, quos, si vobis videtur, optimum erit per Ilviro cuiusque anni legi curari autem oportet, ut in locum adulti vel demortui cuiusque statim substitutur, ut semper plenus numerus alatur (Sicca Veneria).*

Tuttavia, altri due passi, uno di Ulpiano e un altro di Modestino che si integrano e si confermano reciprocamente, contribuiscono a chiarire cosa entrasse in gioco nella valutazione della relazione tra una persona e il territorio, o i territori, su cui insisteva:

D. 50.1.27.1 (Ulp. 2 *ad ed.*): *Si quis negotia sua non in colonia, sed in municipio semper agit, in illo vendit, emit contrahit, in eo foro balineo spectaculis utitur, ibi festos dies celebrat, omnibus denique municipii commodis, nullis coloniarum fruitur, ibi magis habere domicilium, quam ubi colendi causa deversatur.*

D. 50.1.35 (Modest. 1 *exc.*): Εἰδέναι χρὴ ὅτι ὁ ἐν ἀγρῷ καταμένων ἱνκόλας οὐ νομίζεται· ὁ γὰρ ἐκείνης τῆς πόλεως ἐξαίρετος μὴ χρώμενος οὕτως οὐ νομίζεται εἶναι ἱνκόλας.

Ulpiano e Modestino ci offrono un dato non sempre esplicitato, o meglio non esplicitato nei testi solitamente utilizzati a proposito del *domicilium*, che aiuta meglio a comprendere l'essenza qualificante dell'elezione di un luogo a proprio domicilio, cioè il legame con il territorio declinato mediante la sua partecipazione alla vita economica, sociale e culturale

di una città.³¹ Insomma, nei brani dei *Digesta* appena richiamati vengono in considerazione il caso di colui che sembra possedere un rapporto ambiguo tra due strutture urbane (una colonia o un municipio) – e sarebbe il caso su cui si soffermava Ulpiano – oppure quello di colui che, abitando in un fondo rustico non si avvalsesse delle prerogative, dei vantaggi, dei servizi, insomma dei *commoda*, della città – che sarebbe invece il caso richiamato da Modestino. Ora, è utile ricordare le numerose disposizioni ricorrenti negli statuti municipali in cui si contemplavano ed enumeravano proprio tali aspetti: basta scorrere, per esempio, la *lex Irnitana* in cui si menzionano *cenae* e *ludi* (cap. 77); distribuzioni di denaro (cap. 79); *spectacula* (cap. 81); *epula*, *viscerationes* (cap. 92). Mi pare che possa dirsi che i due testi confermano un preciso e univoco orientamento di continuità dei *prudentes* romani attenti non tanto, o almeno non soltanto, al luogo dove banalmente si soggiornasse, cioè dove diremmo volgarmente oggi si andasse a dormire, ma alla sostanza reale e qualificata del rapporto tra individuo e comunità. Si trattava, insomma, di un preciso cardine su cui ruotava l'essenza della romanità, cioè l'*urbanitas* quale stile di vita urbano che soltanto una struttura cittadina era in grado di offrire ai propri membri: «un tessuto urbanistico fatto di edifici privati e pubblici con strutture in grado di assicurare la vita associata nel profilo economico, culturale, politico».³² L'attenzione anche alle strutture materiali costituì sempre una delle fondamenta ideologiche della città e della cittadinanza: templi, fori, teatri, fontane, ginnasi, scuole, definivano un modello non solo e non tanto urbanistico quanto assai più profondamente culturale. Lo schema del modello era già offerto da Cicerone che nel *De officiis*, in un tentativo di inquadramento definitorio del *civis*, teneva strettamente congiunti tre aspetti:

Cic., *de off.* 1.17.53: *multa enim sunt civibus inter se communia, forum, fana, porticus, viae, leges, iura, iudicia, suffragia, consuetudines praeterea et familiaritates cum multis res rationesque contractae.*

Dunque, dagli elementi istituzionali, quali il diritto e i giudici e la politica (*leges, iura, iudicia, suffragia*), ai rapporti interpersonali e di affari (*'consuetudines praeterea et familiaritates cum multis res rationesque contractae'*), alle strutture materiali cittadine (*forum, fana, porticus, viae*), nonostante la distanza di distanza di diversi secoli, da Cicerone a Modestino, la linea non appare affatto mutata. Sempre quei medesimi tre aspetti cesellavano a tutto tondo lo *status* di un cittadino e il suo rapporto con una comunità urbana. E, a ben vedere, questo modulo di pensiero è racchiuso nel dispositivo di quelle linee della *Tabula Heracleensis* [ll. 157-158: *Qui pluribus in municipiis coloneis praefectureis domicilium habebit, et is Romae census erit, quo magis / in municipio colonia praefectura h(ac) l(ege) censeatur, e(ius) h(ac) l(ege) n(ihilum) r(ogatur)*], ove si prevedeva il *domicilium* in municipi, colonie e prefetture, cioè in comunità strutturate in città senza contemplare però la campagna.

In questa prospettiva, dunque, se il dimorante nel contado di una città non poteva considerarsi un'*incola*³³ – e quindi privo di domicilio – perché estraneo alla vita stessa della città, allo stesso modo colui che, pur dimorando in una colonia, conduceva però la propria vita di relazioni giuridiche, economiche, sociali in un vicino municipio, doveva intendersi

³¹ L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione* cit., 346 ss.; G. VIARENGO, *Studi sulla tutela dei minori*, Torino 2015, 100 nt. 140.

³² T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'impero romano*, Napoli 1996, 21 s.

³³ Vedi *supra*.

domiciliato presso quest'ultimo piuttosto che presso la colonia, nonostante avesse lì la dimora. Forse questo potrebbe essere uno dei casi su cui gravava il dubbio su quale fosse il domicilio, di cui abbiamo parlato a proposito di Celso.

La chiave sta nei *commoda* e, aggiungerei conseguentemente, nei *munera*³⁴ senza i quali, come è stato già osservato, il funzionamento delle organizzazioni cittadine avrebbe sofferto molto, fallendo l'obiettivo dell'*aequalibus compensatio* indicato da Cicerone.³⁵ In definitiva, *commoda* e *munera* assurgevano nella riflessione giurisprudenziale a criteri oggettivi per determinare attraverso un rapporto qualificato con una struttura urbana il *domicilium* di un individuo. Ma il carattere squisitamente politico delle scelte normative faceva ancora una volta della materia un campo fertile di *ius controversum*.

II. LA DOPPIA CITTADINANZA.

1. IL DIVIETO CIVILISTICO DEL CUMULO DI CITTADINANZA SECONDO CICERONE.

E veniamo al profilo relativo alla doppia cittadinanza. Ancora di recente, si è ricordato, sulla scorta di Fernand De Visscher,³⁶ come esso abbia rappresentato uno dei temi di ricerca più tormentati e appassionanti degli studi romanistici,³⁷ catalizzando l'interesse non soltanto dei giusromanisti ma più in generale degli studiosi della politica, società, dell'economia, ecc. Eppure, nonostante il vasto interesse suscitato non sempre sono stati assicurati risultati apprezzabili.³⁸ E del resto, quello della cittadinanza costituisce di per sé un tema perenne, la cui attualità tuttavia anche oggi non cessa di perdere smalto come dimostrano le dimensioni del drammatico fenomeno migratorio³⁹ che da tempo investe l'Europa post-moderna, messa in crisi nell'identità e nell'impianto dal riaffiorare di rozzi nazionalismi che oggi si amano definire sovranismi.

Le principali opinioni su cui si sono posizionati gli studiosi vedono, innanzitutto, fronteggiarsi, da un lato, la tesi della impossibilità, secondo il più rigoroso dettato di *ius civile*, del possesso della doppia cittadinanza fondata sull'autorità di Theodor Mommsen,⁴⁰ e a

³⁴ C. 10.40(39).3 (*Diocl. et Maxim. AA. Alexandro*): *Est verum eos, qui in territorio alicuius civitatis commorantur, velut incolae ad subeunda munera vel capiendos honores non adstringi*. Vedi L. GAGLIARDI, *Mobilità e integrazione* cit., 346 ss.; F. GRELLI, *I munera civilia e le finanze cittadine*, in L. FANIZZA (a cura di), *Diritto e società nel mondo romano*, Roma 2005, 443 ss. (ma vedi anche ID., *Munus publicum. Terminologia e sistematiche*, in Labeo 7, 1961, 308 ss. = in ID., *Diritto e società* cit., 39 ss.); K. JASCHKE, *Munera publica. Funzione e carattere dei curatores nelle città romane sulla base delle fonti epigrafiche*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a cura di), *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, 183 ss.

³⁵ F. GRELLI, *I munera civilia* cit., 446 s.

³⁶ F. DE VISSCHER, *La dualité de droits de cité et la «mutatio civitatis»*, in *Studi in onore di P. de Francisci*, I, Milano 1956, 39 ss.

³⁷ M. GENOVESE, *Duarum civitatum civis noster iure civili nemo potest* (*Balb. 11.28*): *versione ciceroniana e sua rispondenza al contesto storico-giuridico della tarda repubblica*, in *Studi in onore di L. Arcidiacono*, IV, Torino 2010, 1591 ss. Ma vedi anche ID., *Libertas e civitas in Roma antica*, Acireale-Roma 2012, 115 ss.

³⁸ Basti pensare agli strali, garbati, ma acuminati e inesorabili di G. LURASCHI, *Sulle leges de civitate (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria)*, in SDHI 44, 1978, 321 ss.

³⁹ Vedi A. PALMA, *Note in tema di cittadinanza romana* cit., 279 ss.; C. CORBO, *Migranti di oggi e migranti di ieri. Per una prima lettura di alcune costituzioni imperiali*, in KOINONIA 39, 2015, 33 ss.

⁴⁰ Per la verità, propenso ad ammettere, come già rilevato da G. LURASCHI, *Foedus Ius Latii Civitas. Aspetti costituzionali della romanizzazione in Transpadania*, Padova 1979, 309 nt. 31, e nuovamente riba-

cui hanno aderito con radicalità studiosi del calibro di Vincenzo Arangio-Ruiz⁴¹ e di Gianfranco Tibiletti;⁴² e, dall'altro, le ricostruzioni, in particolare, di Ernst Schönbauer⁴³ e Fernand De Visscher⁴⁴ poggiati su diversi, e nient'affatto trascurabili, documenti visti come prove evidenti della permanenza della cittadinanza originaria accanto alla nuova *civitas* romana. Accanto a questa, negli ultimi decenni, e anche grazie appunto alle rigorose ricerche di Giorgio Luraschi, si è fatta largo l'opinione altrettanto autorevole di un graduale processo di affermazione della doppia cittadinanza in un contesto di trasformazioni politiche, sociali ed economiche, e su cui ci soffermeremo tra breve.

Punto obbligato di partenza per ogni discussione in merito non può non essere il notissimo frammento della *pro Balbo* di Cicerone:

Cic., *pro Balb.* 11.28: *Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest; non esse huius civitatis qui se alii civitati dicarit, potest.*

Relativo al processo a carico di Balbo, cittadino di *Gades*, cui veniva contestata la cittadinanza romana attribuitagli da Pompeo nel corso della guerra contro Sertorio, si tratta del testo fondamentale su cui, in maniera pressoché unanime, hanno fatto leva i sostenitori della più rigorosa vigenza del divieto della doppia cittadinanza. E per certi versi non v'è da dar torto, posto che a simile enunciazione di principio poi fanno da corollario altri due brani dell'orazione ciceroniana, il primo:

Cic., *pro Balb.* 12.29-30: [29] *Sed nos non possumus et huius esse civitatis et cuiusvis praeterea, ceteris concessum est.* [30] *Itaque in Graecis civitatibus videmus Athenis Rhodios, Lacedaemonios, ceteros undique adscribi multarumque esse eosdem homines civitatum. Quo errore ductos vidi egomet nonnullos imperitos homines nostros civis Athenis in numero iudicum atque Areopagitarum certa tribu, certo numero, cum ignorarent si illam civitatem essent adepti, hanc se perdidisse nisi postliminio reciperassent. Peritus vero nostri moris ac iuris nemo umquam, qui hanc civitatem retinere vellet, in aliam se civitatem dicavit.*

Qui Cicerone manifestava tutto il proprio sconcerto per il fatto che cittadini romani sedessero come giudici presso l'Areopago, avendo assunto la cittadinanza di Atene, ignorando però di aver così perduto la cittadinanza romana a seguito dell'ottenimento di quella ateniese. Nel secondo:

dito da S. BARBATI, *Gli studi sulla cittadinanza romana* cit., 40 nt. 264, a proposito di eccezioni e deroghe nel I secolo a.C., e in particolare tra il *bellum sociale* e l'affermazione di Augusto.

⁴¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Sul problema della doppia cittadinanza nella Repubblica e nell'Impero Romano*, in *Scritti giuridici in onore di F. Carnelutti*, IV, Padova 1950, 55 ss. [= in ID., *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1977, 159 ss.].

⁴² G. TIBILETTI, *Problemi della romanizzazione nella Lombardia pedemontana occidentale*, in ID., *Storie locali dell'Italia romana*, Pavia 1978, 70 nt. 3, del tutto assertorio.

⁴³ E. SCHÖNBAUER, *Die Inschrift von Rhosos und die Constitutio Antoniniana*, in *Archiv für Papyrusforschung* 13, 1939, 177 ss.

⁴⁴ F. DE VISSCHER, *La condition juridique des nouveaux citoyens romains d'Orient*, in CRAI, 1938, 24 ss.; ID., *Les édits d'Auguste découverts à Cyrène*, Louvain 1940, 108 ss.; ID., *Le statut juridique des nouveaux citoyens romains et l'inscription de Rhosos*, in ID., *Nouvelles études de droit romain public et privé*, Milano 1949, 51 ss.; ID., *La dualité des droits de cité et la «mutatio civitatis»*, in *Bull. de la Classe des Lettr. de l'Académ. Royale de Belgique* 40, 1954, 707 ss.; ID., *La dualité de droits de cité* cit., 39 ss.

Cic., *pro Balb.* 13.31: *O iura praeclara atque divinitus iam inde a principio Romani nominis a maioribus nostris comparata, ne quis nostrum plus quam unius civitatis esse possit, dissimilitudo enim civitatum varietatem iuris habeat necesse est, ne quis invitatus civitate mutetur neve in civitate maneat invitatus,*

dal tenore accentuatamente retorico, tornava a ribadire il principio esclusivo *iure civili* della cittadinanza romana, asserendone l'alto e quasi sacro fondamento (*o iura praeclara atque divinitus iam inde a principio Romani nominis a maioribus nostris comparata, nequis nostrum plus quam unius civitatis esse possit*). A questi documenti va, infine, aggiunto quello tratto dalla *pro Caecina*:

Cic., *pro Caec.* 34.100: *Nam, cum ex nostro iure duarum civitatum nemo esse possit [...],*

che fa il paio con il '*duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest*' di *Balb.* 11.28. Su queste basi, la questione non dovrebbe neppure continuare a porsi, non solo per la qualificatissima testimonianza di Cicerone, ma soprattutto perché '*iure civili nemo potest*' e '*cum ex nostro iure duarum civitatum nemo esse possit*' sono affermazioni così secche e precise da non lasciare margini a dubbi o a esegesi alternative, sebbene sia al contempo opportuno ricordare che l'oratore è l'unico ad aver lasciato documenti con affermazioni tanto perentorie sulla questione.

2. LA DOPPIA CITTADINANZA DI SELEUCO DI RHOSOS CONCESSA DA OTTAVIANO.

In effetti, il tenore secco, preciso dei *verba* ciceroniani sembrerebbe deporre inequivocabilmente a favore dell'esistenza di un principio rigido e inderogabile, addirittura quasi sacrale. Allora, perché continuare a parlarne? Il fatto è che potrebbe anche domarsi ogni perplessità se tutto ciò non entrasse in stridente contrasto con un noto documento epigrafico di particolare rilievo, oggi descritto come *dossier* di Seleuco, il navarca di *Rhosos*, ricompensato da Ottaviano Augusto tra il 36 e il 35 a.C. con una *donatio civitatis*, ovvero con la concessione della cittadinanza romana a lui e ai suoi familiari e discendenti, senza la perdita di quella di origine, per i servizi prestati nel corso delle operazioni militari contro Sesto Pompeo.⁴⁵ Ora, i diversi tentativi di attenuarne la portata, per quanto ben condotti, non superano il dato testuale.

Mettiamo, pertanto, meglio a fuoco le prescrizioni epigrafiche, avvalendoci pure di un recente e attento studio di Andrea Raggi sul *dossier*. Composto di quattro documenti emanati in un arco cronologico compreso tra il 36/35 a.C. e il 30 a.C. – tre *epistulae* (I, III e IV documento) e un atto forse di natura editale più che decretale (II documento) contenente un estratto in greco dell'originaria concessione della cittadinanza scritta in latino, sulla cui base poi è stata condotta la revisione dell'edizione FIRA⁴⁶ –, il *dossier* di Seleuco di *Rhosos* contiene molteplici profili giuridici controversi, ma possiamo isolarne e discuterne qualcuno utile per gli spunti di riflessione sull'intricatissimo che offre sull'intricatissimo profilo della doppia cittadinanza nell'ultimo secolo repubblicano.

Il punto direttamente pertinente è contenuto sia nelle linee 9-11 e 19-23 del II docu-

⁴⁵ A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos. Cittadinanza e privilegi nell'Oriente greco in età tardo-repubblicana*, Pisa 2006, 94 ss. Cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi tra II e III secolo*, in AA.VV., *Storia di Roma*. III. *L'età tardoantica*. I. *Crisi e trasformazioni* (dir. A. SCHIAVONE), Torino 1993, 15 s.

⁴⁶ G. PURPURA, *Epistulae Octaviani Caesaris de Seleuco navarcha*, in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA)*. *Studi perparatori*. I. *Leges*, Torino 2012, 393 ss.

mento in cui si concede al navarca, ai suoi genitori, ai figli e ai discendenti e alla moglie la cittadinanza romana, sia nelle linee 87-88 del IV documento, in cui Seleuco viene chiamato ancora 'vostro cittadino', cioè πολεῖτης di *Rhosos*:

Epist. Oct. Caes. de Seleuco navarcha II.1, ll. 9-11: [Καῖσαρ] ἀντοκράτωρ, τριῶν ἀνδρῶν ἐπὶ τῆς καταστάσεως τῶν δημοσίων πραγμά[των, κατὰ νόμον Μουνάτιον καὶ Αἰμίλιον πολειτεῖαν καὶ ἀνείσφορίαν πάντων τῶν | [ὑπαρχόντων] ἔδωκεν (!) εἰς τούτους τοὺς λόγους· *vac.*;⁴⁷

Epist. Oct. Caes. de Seleuco navarcha II.3, ll. 19-23: [καὶ (?) αὐτῶι καὶ] γονεῦσι, τέκνοις ἐκγόνοις τε αὐτοῦ γυναικί τε τούτου ἥτις με [τ' αὐτοῦ ἐστι ἢ] ἐσται (?) + + + + [- - - ± II - - -] πολειτεῖαν καὶ ἀνείσφορίαν τῶν ὑπαρχόντων πάντων (?) διδομεν, οὕτω[ς ὥς οἵτινες τῶι] ἀρίστῳ νόμῳ ἀρίστῳι τε δικαίῳ πολεῖται | [Ῥωμαῖοι ἀνείσφοροι] εἰσιν, ἀ[ὐτοῖς] τε στρατείας λειτουργί[ας] τε δημοσίας ἀπάσης πάρε[σις] ἔστωι.] *vac.*;⁴⁸

Epist. Oct. Caes. de Seleuco navarcha IV, ll. 87-88: Σέλευκος ὁ καὶ ὑμέτερος πολεῖ[της καὶ ἐμ]ὸς ναύαρχος ...⁴⁹

Una questione su cui non grava alcun dubbio è che il provvedimento di concessione della cittadinanza avesse una base legislativa, nel senso che la fonte di legittimità del provvedimento varato dai *triumviri rei publicae constituendae* fosse la *lex Munatia Aemilia* del 42 a.C.,⁵⁰ provvedimento legislativo con cui si conferì unicamente a loro la facoltà di *civitate[m] dare ex lege* e che, non a caso, è citato nell'iscrizione stessa.⁵¹

Altrettanto indubbio, nonostante il dibattito acceso, è il fatto che la cittadinanza romana fosse concessa a Seleuco, ai suoi familiari e discendenti, nella sua pienezza, come attesta l'espressione greca alle linee 21-22 e 31 corrispondente a '*optima lege optimoque iure cives Romani immunes*', formula identica a quella utilizzata in un diverso editto di Ottaviano, adottato anch'esso sulla base della *lex Munatia Aemilia*,⁵² di concessione di privilegi ai

⁴⁷ Trad.: Cesare *imperator, triumvir rei publicae constituendae*, in virtù della *lex Munatia Aemilia* conferirono (!) la cittadinanza e l'esenzione da imposte su tutti i beni in questi termini [...].

⁴⁸ Trad.: sia (?) a lui sia ai suoi genitori, ai figli e ai discendenti e alla moglie che con lui è o sarà noi conferiamo il diritto di cittadinanza e l'esenzione da imposte su tutti (?) i beni, allo stesso modo di coloro che sono cittadini romani di pieno diritto esenti da imposte e gli stessi siano dispensati dal servizio militare e da ogni pubblico ufficio.

⁴⁹ Trad.: Seleuco, vostro cittadino e mio navarco.

⁵⁰ Rogata dai consoli *L. Munatius Plancus* e *M. Aemilius Lepidus*, su cui vedi T.R.S. BROUGHTON, *The Magistrates of the Roman Republic*, New York 1951, 357.

⁵¹ Anzi, è l'unico documento attestante questa legge a sua volta da mettere in connessione con gli altri provvedimenti legislativi in materia: G. LURASCHI, *Sulle 'leges de civitate'* cit., 326 ss. Una conferma che tali concessioni – riguardassero immunità fiscali o *status civitatis* – dovessero trovare fondamento di legittimità in un atto legislativo o senatorio si trova anche nel III *Edictum Augusti ad Cyrenenses* (ll. 55-62), su cui vedi *infra*.

⁵² L'opinione convincente è di K.M.T. ATKINSON, *The Third Cyrene Edict of Augustus*, in *Ancient Society and Institutions. Studies presented to Victor Ehrenberg on his 75th Birthday*, Oxford 1966, 21 ss.; aderisce A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 80 nt. 14. Di diverso avviso invece J.-M. RODDAZ, *Les triumvirs et les provinces*, in AA.VV., *Pouvoir et «Imperium» (III^e av. J.-C. – I^{re} ap. J.-C.)*. Actes du colloque tenu dans le cadre du Congrès de la Fédération internationale des études classiques (FIEC) du 24 au 26 août 1994, à l'Université Laval (édité par E. HERMON), Napoli 1996, 77 ss., 89, che ha erroneamente individuato la fonte di legittimità dell'editto in questione nei poteri straordinari triumvirali.

veterani.⁵³ Ora, superata la dicotomia avanzata da De Visscher⁵⁴ tra cittadini romani originari, rispetto ai quali vigeva il principio del divieto del cumulo di cittadinanza, e neocittadini, per i quali invece la doppia cittadinanza era tollerata, dicotomia senza alcun appiglio testuale e perciò agevolmente demolita da Arangio-Ruiz⁵⁵ e Sherwin-White,⁵⁶ anche in questo caso, e in maniera simmetrica rispetto a Cicerone, non ci sarebbe molto da discutere: il provvedimento triumvirale concedeva, oltre a una serie di benefici e immunità, la *civitas romana optimo iure* e permetteva ai beneficiari del provvedimento di continuare a possedere quella originaria.

L'evidente contrasto che affiora subito dal confronto tra i testi ciceroniani e l'iscrizione solleva allora interrogativi notevoli e molteplici, e nel formularli è utile non perdere di vista un dato oggettivo, cioè la distanza cronologica tra i frammenti delle orazioni di Cicerone e le prescrizioni edittali. Com'è noto, la più antica era la *pro Caecina* risalente al 69-68 a.C., mentre la *pro Balbo* si ritiene pronunciata nel 56 a.C. Escludendo la prima, e restringendo il campo alla seconda non particolarmente lontana dal provvedimento normativo triumvirale, è possibile immaginare che qualche riforma legislativa sia intervenuta in quell'intervallo di tempo, sostanzialmente un quindicennio, tra la *pro Balbo* (56 a.C.) e l'Editto di *Rhosos* (41-40 a.C.) tale da travolgere l'antico divieto di doppia cittadinanza, ribadito senza tentennamenti da Cicerone, oppure fu già con la *lex Munatia Aemilia* del 42 a.C. che cominciò a modificarsi il quadro normativo? E, se si escludesse la *lex Munatia Aemilia* posto che allo stato della documentazione nulla autorizzerebbe ad attribuirle questa portata, è possibile che sia intervenuta un'altra riforma, tutt'altro che marginale, di cui però non si sia conservata alcuna traccia nei documenti dell'epoca giunti sino a noi? Oppure, dobbiamo intendere quella concessione di cittadinanza, con un suo discrezionale 'surplus' di *beneficium*, come prima ed eccezionale deroga al divieto di cumulo di cittadinanza in ragione del particolare momento storico e politico frutto del 'dissesto' sociale, economico, politico e giuridico dell'ultimo ventennio di guerre civili? Ancora, è possibile che quel divieto piuttosto che principio di salda vigenza si fosse già attenuto o che, addirittura, sia soltanto una distorsione dei moderni dovuta a un'insoddisfacente interpretazione dei documenti disponibili?

Come accennavo prima, dinanzi all'Editto di *Rhosos* e alle questioni sollevate, la tendenza della storiografia moderna si è divisa nettamente e con interessanti e articolate posizioni di cautela. Così, a coloro che affermavano la rigorosa inderogabilità del divieto di cumulo di cittadinanza, hanno cominciato a contrapporsi le forti riserve di altri studiosi, a cominciare appunto da Giorgio Luraschi che, nel suo *Foedus Ius Latii Civitas*, così scriveva:

⁵³ BGU, II.608 G. PURPURA, *Edictum Octaviani triumviri de privilegiis veteranorum*, in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges*, Torino 2012, 383 ss., condivide l'ipotesi avanzata da H. WOLFF, *Die Entwicklung der Veteranenprivilegien vom Beginn des 1. Jahrhunderts v. Chr. Bis auf Konstantin d. Gr.*, in W. ECK, H. WOLFF (a cura di), *Heer und Integrationpolitik. Die römischen Militärdiplome als historische Quelle*, Köln-Wien 1986, 78 nt. 100; e da A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 80, 113, secondo cui il provvedimento triumvirale non concesse ai veterani la cittadinanza romana come nel caso del navarca, ma semplicemente l'*immunitas* da imposte dirette e indirette e da altri *munera*. Contra B. KÜBLER, s.v. «*Optima leges*», in PWRE XVIII.1, Stuttgart 1939, col. 801; R.E. SMITH, *Service in the post-marian Roman Army*, Manchester 1958, 57; P.A. BRUNT, *Italian Manpower*, Oxford 1971, 248; A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, Oxford 1973, 298.

⁵⁴ F. DE VISSCHER, *Les édits d'Auguste* cit., 108 ss.; ID., *Le statut juridique des nouveaux citoyens romains* cit., 51 ss.; ID., *La dualité des droits de cité et la «mutatio civitatis»* cit., 707 ss.; ID., *La dualité de droits de cité* cit., 39 ss., con variazioni, aggiustamenti.

⁵⁵ V. ARANGIO-RUIZ, *Sul problema della doppia cittadinanza* cit., 55 ss.

⁵⁶ A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship* cit., 297 ss.

«la mia preferenza va, comunque, alla tesi che nega, almeno per l'epoca che più ci interessa (II sec. a.C.), la possibilità di una doppia cittadinanza, senza per questo escludere che la regola in questione avesse subito, già sul finire del II sec. a.C., attenuazioni e deroghe sempre più frequenti e gravi, dapprima per effetto dell'introduzione dello *ius adipiscendae civitatis per magistratum* ed il diffondersi della colonizzazione latina fittizia, e poi per la evoluzione stessa del concetto di cittadinanza, in relazione con l'affermarsi del cosmopolitismo e dell'assolutismo imperiale». ⁵⁷ Luraschi, dunque, scorgeva con grande lucidità le contraddizioni affioranti da un quadro documentale gravemente frammentario e già arretrava di circa un secolo rispetto ai testi esaminati in queste pagine i casi di doppia cittadinanza, ipotizzando, sia pure con la cautela necessaria, «attenuazioni e deroghe sempre più frequenti e gravi». Nel dibattito giusromanistico la strada, in effetti, era ormai così aperta che Mario Talamanca nel 1991, in un contributo denso e importante, tornava a smuovere le acque e, accentuando il senso di marcia indicato già da Luraschi e senza smentire del tutto il fondamento della tesi tradizionale, cioè la vigenza del divieto di doppia cittadinanza, preferiva prefigurare piuttosto un'introduzione strisciante (dunque sul piano fattuale e della tolleranza) del cumulo di cittadinanze diverse. ⁵⁸

3. ALTRE TESTIMONIANZE DI ETÀ IMPERIALE.

Come si ricordava prima, i sostenitori dell'assoluta vigenza del principio esclusivistico della cittadinanza romana per tutta l'età repubblicana hanno fatto leva su di un punto di analisi effettivamente oggettivo: da un lato, la perentorietà dei testi ciceroniani; dall'altro, il congruo numero di notizie distoniche, ancorché frammentarie, di un processo di sgretolamento di quel principio a seguito di ripetute deroghe, a partire dai primi decenni del principato sino alla *constitutio Antoniniana*. Sono diversi, infatti, i documenti che dimostrano, al di là di ogni ragionevole dubbio, la marcata linea di politica normativa condotta dai governi imperiali a favore della doppia cittadinanza. ⁵⁹

Un primo testo, di poco posteriore al provvedimento a favore di Seleuco, è il terzo degli Editti augustei di Cirene, che disponeva inalterata, salva diversa disposizione di legge o senatoconsulto, la posizione dei nuovi cittadini rispetto alle liturgie da prestarsi alla propria comunità:

⁵⁷ G. LURASCHI, *Foedus cit.*, 41 s. e nt. 50 ove rinvenire i riferimenti della principale letteratura in materia. Ma si legga anche ID., *Sulle magistrature nelle colonie fittizie (a proposito di Frag. Arest. linn. 10-12)*, in SDHI 49, 1983, 261 ss.; ID., *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della Repubblica*, in AA.VV., *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 (a cura di F. Milazzo), Napoli 1996, 48 ss.; M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella repubblica e nel principato*, Napoli 1996, 27 ss.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio. Consolidamento e trasformazioni nella 'civitas Romana'*, Roma 2000, 178 ss.; D. KREMER, *Ius Latinum. Le concept de droit latin sous la République et l'Empire*, Paris 2006, *passim* (su cui vedi le recensioni di G. LURASCHI, in IVRA 57, 2008-2009, 324; e di P. BUONGIORNO, in ZSS 127, 2010, 449 ss.); S. BARBATI, *Asc.*, in *Pis. 3 Clark: sulle cosiddette «colonie fittizie» transpadane*, in RGDR 18, 2012, 1 ss. (on line in www.iustel.com); ID., *Ancora sulle cosiddette 'colonie latine fittizie' transpadane (Asc. In Pis. 3 Clark)*, in QLS D 3, 2013, 59 ss.

⁵⁸ M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza*, in MEFRA 103, 1991, 714.

⁵⁹ Sebbene connessi sotto diversi aspetti per analoghe previsioni normative ai documenti epigrafici che saranno considerati più avanti, non tengo in considerazione il *senatusconsultum de Asclepiade sociisque* e l'*Edictum Octavianum triumviri de privilegiis veteranorum* perché in essi non entra in gioco il profilo della concessione della cittadinanza romana.

III *Ed. Aug. ad Cyren.* Il. 55-62 (FIRA, I², n. 68 – revisione a cura di G. Purpura):⁶⁰ Αὐτοκράτωρ Καίσαρ Σεβαστὸς ἀρχιερεὺς δημαρχικῆς ἐξουσίας | τὸ ἑπτακαίδεκατον [[τ]] λέγει· Εἴ τις ἐκ τῆς Κυρηναϊκῆς ἐπαρχίης πολειτῆται τετείμηνται, τούτους λειτουργεῖν οὐδὲν ἔλασον ἐμὲ μέρει τῶ τῶν | Ἑλλήνων σώματι κελεύω ἐκτὸς τ[ο]ύτ[ι]ων, οἷς κατὰ νόμον ἢ δόγμα συνκλή<του> | τῶι τοῦ πατρός μου ἐπικρίματι ἢ τῶι ἐμῶι ἀνεισφορία ὁμοῦ σὺν τῇ πολειτῆται | δέδοται, καὶ τούτους αὐτούς, οἷς ἢ ἀνεισφορία δέδοται, τούτων τῶν πραγμάτων εἶναι ἀτελεῖς, ὧν τότε εἶχον, ἀρέσκει μοι· ὑπὲρ δὲ τῶν ἐπικτήτων πάντων τελεῖν τὰ γεινόμενα.⁶¹

Il documento concerneva i vincoli verso la propria comunità a carico di quei Cirenei beneficiari della cittadinanza romana. In particolare, Augusto ribadì l'obbligo di prestare le liturgie, salvo il caso che immunità fossero sancite per decreto (di Giulio Cesare o dello stesso Augusto) in virtù di *lex publica* o di *senatusconsultum*. In ogni caso, disponeva il *princeps*, quell'immunità non avrebbe avuto vigore per il futuro, o meglio non si sarebbe estesa ai beni acquistati successivamente all'atto di concessione dell'immunità stessa, restando così i beneficiari obbligati alle imposte corrispondenti.⁶² Augusto mostrava ancora una volta la tendenza a concedere la *civitas romana* senza pregiudicare i rapporti del nuovo *civis* con la comunità d'origine ove continuava a vivere, tanto da far dire a Sherwin-White che fu quella prescrizione augustea a far cadere l'antico divieto di cumulo di cittadinanza.

Un secondo, altrettanto illustre esempio della politica imperiale in materia, è condensato nella nota *Epistula ad Athenienses* di Marco Aurelio.⁶³ Il valore del documento è davvero notevole, ma qui ci limitiamo a constatare il riconoscimento imperiale del principio della doppia cittadinanza rispetto a individui nello stesso tempo *cives Romani* e Ateniesi, cui si applicava il diritto ateniese, seppur non nella sua pienezza come a volte si sostiene.⁶⁴ Ciò che utile osservare è quanto si ricava dal sistema onomastico: i *nomina* gentilizi dei soggetti menzionati ci dicono che si trattava di un fenomeno inverso rispetto a quello discusso da Cicerone, e cioè non di Romani divenuti anche cittadini di Atene, ma di Ateniesi poi romanizzati.

Non consideriamo poi il fatto che addirittura diversi imperatori accettarono di cumulare con quella romana la cittadinanza ateniese.⁶⁵

Particolarmente significativo è un altro documento epigrafico, cioè la *Tabula Banasi-*

⁶⁰ G. PURPURA, *Edicta Augusti ad Cyrenenses*, in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusiniani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges*, Torino 2012, 444 ss., 465.

⁶¹ Trad.: L'Imperatore Cesare Augusto, pontefice massimo, rivestito della potestà tribunizia per la diciassettesima volta dice: «Se degli abitanti della provincia Cirenaica hanno avuto l'onore della cittadinanza, ordino che questi siano tenuti nondimeno, in base a turni prestabiliti, a contribuire alle liturgie all'interno della comunità dei Greci, eccetto quelli ai quali, in virtù di una legge o di un senatoconsulto, con un decreto di mio padre o con uno mio, è stata concessa l'immunità insieme con la cittadinanza; sono inoltre dell'opinione che quegli stessi, ai quali è stata concessa l'immunità, siano esenti dalle liturgie sui beni che allora possedevano, mentre su tutti i beni acquistati in seguito paghino le imposte corrispondenti».

⁶² Accurato apparato bibliografico in G. PURPURA, *Edicta Augusti ad Cyrenenses* cit., 483 ss.

⁶³ J.H. OLIVER, *Marcus Aurelius. Aspects of Civic and Cultural Policy in the East*, Princeton 1970.

⁶⁴ Vedi da ultimo V. MAROTTA, *Doppia cittadinanza e pluralità degli ordinamenti cittadini. La Tabula Banasitana e le linee 7-9 del Papiro di Giessen 40 col. I*, in AG 236, 2016, 474 ss., che ritiene riservati al diritto romano taluni settori del diritto privato come successioni, matrimonio e filiazione legittima. Cfr. M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 721 ss.

⁶⁵ J.H. OLIVER, *Athenian Citizenship of Roman Emperors*, in *Hesperia* 20, 1951, 347 ss.

tana, iscrizione, pubblicata nel 1961 e oggi conservata nel Museo delle Antichità di Rabat (Marocco),⁶⁶ relativa a una *donatio civitatis* ad alcuni esponenti, e ai loro stretti familiari, di una tribù locale, la *gens Zegrensi*, della *Mauretania Tingitana* durante il principato di Marco Aurelio.⁶⁷ Ritorniamo su questo documento, per adesso è sufficiente ricordare che, come nel caso di Seleuco, i beneficiari del provvedimento erano uomini che distintisi per i servizi resi alle autorità romane furono considerati particolarmente meritevoli della concessione della *civitas*. Rispetto ai casi precedenti, però, qui vi era una particolarità, in quanto assai probabilmente non si era dinanzi a un caso di doppia cittadinanza. L'organizzazione tribale priva di città degli *Zegrenses* induce a pensare che debba parlarsi più esattamente di *ethnos*. Eppure, a tali *Zegrenses*, nonostante diventassero *cives Romani*, si riconosceva il diritto di avvalersi del loro diritto, mantenendo altresì i loro obblighi verso la comunità locale di appartenenza secondo la clausola '*salvo iure gentis*'; come immutati restavano quelli verso l'impero: '*sine diminutione tributorum et vectigalium populi et fisci*' (Il. 36-38). Si è discusso sul significato di questa espressione e l'opinione più convincente è che il governo imperiale, dinanzi a una comunità con struttura tribale, si sia riferito al complesso normativo, riteniamo consuetudinario e orale, che regolava la vita della *tribus Zegrensis*, il tutto finalizzato a non rendere i beneficiari degli 'stranieri in patria'.

Ai casi sin qui menzionati, potrebbero poi aggiungersi quello abbastanza evidente di Paolo di Tarso e del cumulo della sua cittadinanza d'origine con quella romana (*Act. Apost.* 21.37-39:

Et cum coepisset induci in casta Paulus, dicit tribuno: Si licet mihi loqui aliquid ad te? Qui dixit: Graece nosti? [38] Nonne tu es Aegyptius, qui ante hos dies tumultum concitasti et eduxisti in desertum quattuor milia virorum sicariorum? [39] Et dixit ad eum Paulus: Ego homo

⁶⁶ AÉ 1961, n. 142. W. SESTON, M. EUZENAT, *La citoyenneté romaine au temps de Marc Aurèle et de Commode d'après la Tabula Banasitana*, in CRAI, 1961, 317 ss., degli stessi editori *Un dossier de la chancellerie romaine: La Tabula Banasitana. Étude de diplomatique*, in CRAI, 1971, 468 ss.; J.H. OLIVER, *Text of the Tabula Banasitana, A.D. 177*, in AJPh 93, 1972, 336 ss.; A.N. SHERWIN-WHITE, *The Tabula of Banasa and the Constitutio Antoniniana*, in JRS 63, 1973, 89 ss.; E. VOLTERRA, *La Tabula Banasitana. A proposito di una recente pubblicazione*, in BIDR 77, 1974, 407 ss.; E. MIGLIARIO, *Gentes foederatae. Per una riconsiderazione dei rapporti romano-berberi in Mauretania Tingitana*, in RAL 10, 1999, 427 ss.; C. GIACHI, *La Tabula Banasitana: cittadini e cittadinanza ai confini dell'Impero*, in C. TRISTANO, S. ALLEGRIA (a cura di), *Civis/Civitas, Cittadinanza politico-istituzionale e identità socio-culturale da Roma alla prima età moderna*. Atti del Seminario internazionale di Siena-Montepulciano, 10-13 luglio 2008, Montepulciano (SI) 2009, 17 ss.; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d.C.). Una sintesi*, Torino 2009, 72 ss.; ID., *Egizi e cittadinanza romana*, in *Cultura giuridica e diritto vivente* 1, 2014, 1 ss.; ID., *Doppia cittadinanza cit.*, 461 ss. (si legga anche ID., *Tre riflessioni sulla cittadinanza: da Roma antica al mondo attuale*, in IAH 5, 2013, 53 ss.); A. TORRENT, *La Constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el Papiro Giessen 40 I*, Madrid 2012, 65 ss.; G. PURPURA, *Tabula Banasitana de viritana civitate*, in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiusinianiani (FIRA). Studi preparatori. I. Leges*, Torino 2012, 625 ss., ove ulteriore letteratura; ID., *Il P. Giss. 40, I*, in IAH 5, 2013, 73 ss.

⁶⁷ In realtà, si tratta di un *dossier* composto di tre documenti: 1) l'*epistula* inviata a *Coiedius Maximus*, procuratore della *Mauretania Tingitana*, in risposta alla richiesta dello *Zegrensis*, con cui Marco Aurelio e Lucio Vero concedevano nel 168-169 d.C. la cittadinanza a *Julianus* e ai suoi familiari; 2) l'*epistula* inviata da Marco Aurelio e Commodo al procuratore *Vallius Maximus* nel 177 d.C., contenente una nuova concessione di cittadinanza ad *Aurelius Julianus* (probabilmente figlio del precedente *Julianus*); 3) il *commentarius civitate Romana donatorum*.

sum quidem Iudaeus a Tarso Ciliciae, non ignotae civitatis, municeps. Rogo autem te, permitte mihi loqui ad populum);⁶⁸

oppure ancora la vicenda del sofista Erode Attico.⁶⁹

* * *

Come abbiamo avuto modo già di accennare anche a proposito dell'*Epistula* di Marco Aurelio agli Ateniesi, la questione della cittadinanza finiva poi per intrecciarsi inevitabilmente con il problema dell'ordinamento giuridico vigente, cioè del diritto sostanziale da applicare e a quali tribunali rivolgersi, in un quadro assai variegato di relazioni diplomatiche e di autonomia degli statuti cittadini locali.⁷⁰

Anche in questo caso osserviamo una duttilità impressionante delle classi dirigenti romane. Se c'è un tratto da evidenziare, è proprio l'assoluta assenza di rigidità. Nei casi che abbiamo citato l'orientamento sostanzialmente costante del governo imperiale era il riconoscimento di ambiti di applicazione del diritto locale anche ai *cives romani* ivi stanziati, in assoluta coerenza con uno *status* di doppia cittadinanza. I documenti epigrafici e papirologici devono essere costantemente sottoposti a verifica e revisione soprattutto nel momento in cui altri tornano alla luce, perché il quadro delle nostre conoscenze è destinato a mutare rapidamente. Non vi è dubbio che la lettera del proconsole d'Asia indirizzata a *Chios*⁷¹ dimostra la prevalenza del diritto locale. Il proconsole a ricompensa dei meriti dei Chioti nella guerra contro Mitridate, sulla base di un senatoconsulto dell'80 a.C., non solo ne ribadiva, in età augustea, l'autonomia dalle autorità romane, ma riconosceva pure l'obbligo di osservanza delle leggi della città per tutti, compresi i romani ivi residenti (RDGE, 70, ll. 17-18: οἱ τε παρ' αυτοῖς ὄντες Ῥωμαῖοι τοῖς Χεῖων ὑπακούουσιν νόμοις), sebbene vi sia da ricordare come le indagini più recenti, con l'opportuna cautela, abbiano delimitato tale autonomia alla giurisdizione civile mentre sul piano sostanziale probabilmente limitata ai trasferimenti immobiliari e ai contratti in generale.⁷²

⁶⁸ Cfr. *Act. Apost.* 16.37-39 e 22.25-29. Sostanzialmente A.N. SHERWIN-WHITE, *Roman Society and Roman Law in the New Testament*, Oxford 1965, *praecipue* 55 ss., 144 ss.; H.J. TAJRA, *The Trial of St. Paul. A Juridical Exegesis of the Second Half of the Acts of the Apostles*, Tübingen 1989, 62 ss.; H. OMERZU, *Der Prozess des Paulus. Eine exegetische und rechtshistorische Untersuchung der Apostelgeschichte*, Berlin-New York 2002, 309 ss.; S. MAZZARINO, *L'impero romano*, I, Roma-Bari 2004, 168 ss.; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana* cit., 38, 58 s.; M. RAVIZZA, «καίσαρα ἐπικαλοῦμαι». *L'appello di Paolo di Tarso all'imperatore*, in D. MANTOVANI, L. PELLECCHI (a cura di), *Eparcheia, autonomia e civitas Romana. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C.-II sec. a.C.)*, Pavia 2010, 113 ss.; F. TAMBURI, *Paolo di Tarso e le comunità locali delle province romane*, in D. MANTOVANI, L. PELLECCHI (a cura di), *Eparcheia, autonomia e civitas Romana. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C.-II sec. a.C.)*, Pavia 2010, 133 ss. Recente il riesame dei diversi profili in A.M. MANDAS, *Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli Atti degli Apostoli (21.27 – 28.31)*, Napoli 2017, 37 ss.

⁶⁹ P. GRAINDOR, *Athènes sous l'Empire*, II, Cairo 1931, 19 ss., 140 ss.; III, Cairo 1934, 177 ss.

⁷⁰ Credo che abbia chiuso il problema della maggiore o minore, o dell'addirittura inesistente, autonomia M. TALAMANCA, *Aulo Gellio ed i 'municipes'. Per un'esegesi di 'noctes Atticae' 16.3*, in L. CAPOGROSSI COLOGNESI, E. GABBA (a cura di), *Gli Statuti Municipali*, Pavia 2006, 443 ss., a proposito di Gell., *N.A.* 16.3.1 ss. relativo alla formula *suis moribus legibusque, legibus suis et suo iure* del discorso di Adriano tenuto tra il 118 e il 121 d.C.

⁷¹ R.K. SHERK, *Roman Documents from the Greek East. Senatus Consulta and Epistulae to the Age of Augustus*, Baltimore 1969, n. 70.

⁷² V. ARANGIO-RUIZ, *Sul problema della doppia cittadinanza* cit., 66; A.J. MARSHALL, *Romans under*

Diverso è il caso dei decreti del santuario di *Claros*⁷³ che onoravano *Menippos* e *Polemaios* per aver difeso presso il senato romano l'autonomia della città di Colofone, città libera, da ogni ingerenza. Se sino a poco tempo fa si pensava che da quel testo, apparentemente contenente la notizia di una pena capitale inflitta a un cittadino romano dal tribunale di Colofone (*Claros*, I, ll. 40-48), si potesse ricavare un preciso regime giuridico in base al quale i *cives Romani* fossero sottoposti al diritto locale, oggi una serrata analisi di Umberto Laffi smonta quella ricostruzione e dimostra che il merito di *Menippos* fu l'aver ribadito una riserva di competenza giurisdizionale per ogni tipo di accusa promossa nei confronti nei confronti dei cittadini di Colofone anche da Romani che, in tal caso, nelle vesti di attori avrebbero dovuto *iudicio certare* non a Roma ma presso i tribunali della città.⁷⁴

Ormai da un secolo le potenti trasformazioni in atto contribuivano spingevano verso un sistema misto in cui si riconosceva la prevalenza della cittadinanza romana ma si dava conto anche dell'elemento territoriale, ovvero del luogo ove dimorasse il soggetto in questione. Il quadro che ne vien fuori è quello complesso e articolato, attestato dai documenti sopravvissuti, e costruito con sagacia dal duttilissimo pragmatismo romano. In un impero ormai davvero cosmopolita, come lo era al tempo di Marco Aurelio, e soprattutto in Oriente, il fenomeno delle *donationes civitates*, al di là della documentazione giuntaci, era tutt'altro che eccezionale, e anzi era divenuto talmente ricorrente da aver indotto alla costituzione di relativi registri ufficiali, come è recitato le dalle ll. 22-53 della *Tabula Banasitana*: '*descriptum et recognitum ex commentario civitate Romana donatorum*'.

4. IL CASO DI ATTICO TRA CITTADINANZA ROMANA E ATENIESE.

L'insieme di questi documenti, come avvertivamo prima, tutti cronologicamente riferibili al primo principato, ha consolidato l'idea che la cogenza assoluta del divieto della doppia cittadinanza corrispondesse effettivamente a quanto professato da Cicerone. Eppure, nonostante il quadro documentato e argomentativo appaia solido, in realtà, mostra una sua intrinseca debolezza. Se uno dei perni più forti sta proprio nel dato quantitativo dei documenti epigrafici più numerosi in età imperiale, è evidente che, per quanto oggettivo, non costituisce un argomento decisivo, potendosene in futuro acquisire di nuovi per epoche

Chian Law, in GRBS 10, 1969, 255 ss.; J. THORNTON, *Una città e due regine. Eleutheria e lotta politica a Cizico fra gli Attalidi e i Giulio Claudii*, in MedAnt 2, 1999, 519 ss.; U. LAFFI, *Cittadini romani di fronte ai tribunali di comunità alleate o libere dell'Oriente greco in età repubblicana (testo aggiornato)*, in D. MANTOVANI, L. PELLECCHI (a cura di), *Eparcheia, autonomia e civitas Romana. Studi sulla giurisdizione criminale dei governatori di provincia (II sec. a.C. – II sec. d.C.)*, Pavia 2010, 40 ss.; cfr. A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 159 ss.

⁷³ L. ET J. ROBERT, *Claros I. Décrets hellénistiques*, fasc. I, Paris 1989, tavv. VIII-XXXVI.

⁷⁴ Sulla questione particolarmente complessa U. LAFFI, *Cittadini romani di fronte ai tribunali di comunità alleate o libere* cit., 3 ss.; cfr. J.-L. FERRARY, *Le statut des cités libres dans l'Empire romain à la lumière des inscriptions de Claros*, in CRAI 1991, 557 ss.; G.A. LEHMANN, "Römischer Tod". In *Kolophon/Klaros. Neue Quellen zum Status der "freien" Polisstaaten an der Westküste Kleinasiens im späten zweiten Jahrhundert v. Chr.*, in NAWG 3, 1998, 162 ss.; A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 160 s. Per un quadro dell'epoca ciceroniana, si legga L. PEPPE, *Sulla giurisdizione in populos liberos. Del governatore provinciale al tempo di Cicerone*, Milano 1988. Spunti anche nel *senatus consultum de Asclepiade Clazomenio sociisque* del 78 a.C., documento bilingue in cui si accordava, tra l'altro, ai tre navarchi Asclepiade di Clazomene, Polistrato di Caristo e Menisco di Mileto la facoltà di scegliere, in qualità di attori o di convenuti, il tribunale a cui rimettere la questione (su cui vedi i recenti lavori di A. RAGGI, *Senatus consultum de Asclepiade Clazomenio sociisque*, in ZPE 135, 2001, 73 ss.; e di U. LAFFI, *In greco per i Greci. Ricerche sul lessico greco del processo civile e criminale romano nelle attestazioni di fonti documentarie romane*, Pavia 2013, 5 ss.).

precedenti. Inoltre, il solo testo epigrafico di *Rhosos* costringe a riportare in età repubblicana l'inizio di quello sgretolamento del divieto di cumulo di cittadinanza, intuito da Luraschi e Talamanca.

Ai documenti sinora richiamati possiamo affiancarne un altro per lo più lasciato in ombra (o relegato in nota), e che invece mostrerebbe qualche spunto d'interesse. Si tratta del caso di Attico che sembrerebbe aver rifiutato la cittadinanza ateniese per non perdere quella romana. Ne parla Cornelio Nepote nella biografia dedicata al raffinato amico di Cicerone, e detto così, dunque, quello di Pomponio Attico viene presentato, continuando a sembrar tale, ancora come un testo sintomatico e illustre del principio del divieto di cumulo di cittadinanza.⁷⁵ Difficile infatti immaginare che Attico potesse essere disinformato sulla questione che lo riguardava direttamente. Eppure, a leggere con maggior attenzione Cornelio Nepote, ci accorgiamo che quel brano potrebbe dire altro, e quelle brevi frasi potrebbero esprimere un sorprendente effetto prismatico capace di cambiare tutto:

Nep., *Att.* 3.1 *Hic autem sic se gerebat, ut communis infimis, par principibus videretur. Quo factum est, ut huic omnes honores, quos possent, publice haberent civemque facere studerent; quo beneficio ille uti noluit, quod nonnulli ita interpretantur amitti civitatem Romanam alia ascita.*

Non siamo dinanzi a una prova assoluta, per ragioni evidenti, ma il testo lascia spazio a interpretazioni diverse da quelle sinora affermatesi. Cornelio Nepote potrebbe non aver detto che, in virtù di quel divieto, Attico preferì non chiedere la cittadinanza ateniese perché automaticamente, secondo il meccanismo di *ius civile* asserito da Cicerone, non sarebbe più stato un *civis romanus*. In quel passo si potrebbe leggere altro a far leva diversamente sulla frase '*quod nonnulli ita interpretantur*', dalla quale, se riferita alla seguente '*amitti civitatem Romanam alia nascita*', discenderebbe un diverso significato. I *nonnulli* interpreterebbero il rifiuto di Attico o la loro interpretazione del principio giuridico starebbe alla base del rifiuto di Attico? In questo secondo caso, le cose cambierebbero non di poco: non un principio rigido, secondo quanto sostenuto da Cicerone, mai messo in discussione, ma '*quod nonnulli ita interpretantur amitti civitatem Romanam alia nascita*', cioè l'interpretazione di alcuni. Nepote giustificerebbe il rifiuto della cittadinanza ateniese con il timore di Attico dell'interpretazione di alcuni (*nonnulli*) secondo la quale egli avrebbe in tal modo perduto quella romana.

Se questa lettura è almeno plausibile, non è un azzardo immaginare che tra i *nonnulli* ci fosse anche l'amico di sempre, Cicerone. In questo senso ha perfettamente ragione Andrea Raggi a scorgere un ruolo di Cicerone nella vicenda del suo amico tanto da pensare che, proprio «su consiglio di Cicerone, Attico rifiutò la cittadinanza ateniese per non dover rinunciare a quella romana».⁷⁶ È ragionevole pensare che la scelta di Attico probabilmente fu di estrema prudenza, cioè dare seguito al consiglio di amici, certo non dei passanti, non degli sprovveduti, che aderivano all'opinione di quei *nonnulli*, strenui sostenitori della rigidità del principio dell'incompatibilità della doppia cittadinanza, come Cicerone. Una prudenza quella di Attico stridente con il comportamento di quei Romani membri dell'Areopago (che tanto scandalo suscitavano in Cicerone), che trova una sua spiegazione nella tempeste di quei decenni perché volta a scansare quel *caos* incandescente anche sul piano giuridico con conseguenze che per lui (Attico) sarebbero potute essere assai gravi, come appunto l'eventuale perdita della cittadinanza romana.

Insomma, dalla biografia di Cornelio Nepote, mi pare che possa provenire la luce più

⁷⁵ A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 149 nt. 135; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana* cit., 96.

⁷⁶ A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 149 nt. 135.

adeguata per leggere, e magari riequilibrare, il senso delle affermazioni perentorie di Cicerone. L'oratore non riportava allora un principio tassativo e mai messo in discussione ma un orientamento interpretativo a cui egli convintamente aderiva. Certo, una tendenza di interpretazione robusta, solida, fondata sulla linea di politica legislativa di esclusività della cittadinanza romana lunga secoli, dai tratti parsimoniosi e scarsamente inclusivi.⁷⁷ Ma nell'ultimo secolo repubblicano su quel principio consuetudinario di *ius civile* una volta di natura inderogabile si discuteva, ci si divideva, si adottavano strumenti e testi normativi che su di esso incidevano, ricordiamo ancora una volta la portata dello *ius adipiscendae civitatis Romanae per magistratum* sottolineato dalle ricerche di Giorgio Luraschi,⁷⁸ o se ne tollerava una disapplicazione fattuale. Comunque sia, gli effetti di attenuazione del principio stesso erano evidenti. Diversi fattori, insomma, giocavano a ridurre quella condizione d'intangibilità professata da Cicerone, come abbiamo già detto, a una delle opzioni possibili; certo probabilmente ancora quella più avvertita, probabilmente più seguita, ma ormai anche sul piano teorico e fattuale non l'unica possibile. Ricostruire esattamente i termini di quel dibattito è cosa assai difficile alla luce dello stato frammentario della documentazione esistente, eppure è possibile scovarne tracce da cui trarre altre indicazioni di ordine generale. Allora, l'intuizione di Mario Talamanca è del tutto congrua: «questo funzionamento (*scil.* la doppia cittadinanza) di fatto può essersi verificato, ma non sappiamo in quali termini, già in epoca repubblicana, prima dell'inizio della crisi definitiva che avrebbe portato al principato».⁷⁹ Senza abbandonare la prudenza di Talamanca, sembra del tutto plausibile pensare che prima ancora che con l'Editto di *Rhosos* la questione fosse divenuta almeno controversa tra i circoli politici più prestigiosi a cui partecipavano i migliori *prudentes*, assurdo a punto di dibattito pubblico su cui si misuravano visioni contrapposte.

Le parole di Mario Talamanca possiedono, in effetti, una precisione chirurgica nel sottolineare «come il motivo del cambiamento che si viene attuando a partire dagli anni convulsi della fine della repubblica fino alla documentazione che ne abbiamo nella *epistula ad Athenienses* sia essenzialmente politico e trovi fondamento nel diverso assetto generale dello stato»; e ancora «che il funzionamento della doppia cittadinanza può, nei reciproci rapporti fra Roma e le πόλεις greche, aver cominciato a funzionare di fatto prima che la classe dirigente romana e, anzitutto, l'imperatore stesso abbiano consapevolmente sfruttato questo funzionamento di fatto, perverendo, infine, ad un pieno riconoscimento sul piano del diritto. Questo operare di fatto aveva rilevanza soprattutto nel caso che un *peregrinus* fosse insignito della cittadinanza romana: nell'ambito della propria città d'origine il *novus civis* continuava ad esser considerato come un πόλιτες il quale era stato insignito della cittadinanza romana, di cui avrebbe potuto fare uso all'interno dell'ordinamento romano stesso. Ove non sussistessero particolari momenti di tensione e di conflitto, che imponessero al governo romano di far valere, anche all'interno della πόλις di cui era originario il *novus civis*, la sua esclusiva appartenenza alla *civitas Romana*, non v'era alcuna ragione perché Roma intervenisse negli affari interni di quella città – federata, libera, autonoma di fatto che fosse – per far valere il principio in vigore nell'ordinamento romano, per il quale quel πόλιτες aveva perso, acquistando quella romana, la cittadinanza d'origine».⁸⁰

⁷⁷ Sul fenomeno la letteratura è sterminata, ma resta importante un saggio di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, 'Ius commercii', 'conubium', 'civitas sine suffragio'. *Le origini del diritto internazionale privato e la romanizzazione delle comunità latino-campane*, in AA.VV., *Le strade del potere. Maiestas populi Romani, Imperium, Coercitio, commercium* (saggi raccolti da A. CORBINO), Catania 1994, 3 ss.

⁷⁸ Vedi *supra* II § 2 nt. 57.

⁷⁹ M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 721. Cfr. E. RAWSON, *Cicero and the Areopagus*, in *Roman Culture and Society. Collected Papers*, Oxford 1991, 444 ss.

⁸⁰ M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 720 s.

Aggiunge ulteriori condivisibili considerazioni Raggi, come l'intrecciarsi in età ciceroniana di tre fattori determinanti, cioè l'uso politico della concessione della cittadinanza, l'incremento significativo delle *donationes singillatim*, l'immissione nel corpo sociale di elementi di origine orientale. «Si comprendono, pertanto, i richiami ad antichi principi di chiusura ed esclusività, il proliferare di processi *de civitate* a Roma e le titubanze mostrate di fronte a certi atteggiamenti considerati ancora illeciti». ⁸¹

5. CICERONE IN DIFESA DEL PASSATO.

La visione di Cicerone è di assoluta conservazione di un principio, ovvero del divieto di doppia cittadinanza, consuetudinario, antico di secoli e fondato sul carattere esclusivo dello *ius civitatis*: un *romanus* poteva essere soltanto e orgogliosamente tale, e non altro. Non solo. In Cic., *pro Balb.* 12.29-30 e 13.31 prorompe la superba rivendicazione della diversità romana rispetto ad altri ordinamenti, in particolare quello ateniese: ⁸² laddove quest'ultimo concedeva la possibilità a stranieri di conseguire la cittadinanza ateniese senza perdere quella d'origine, Cicerone affermava invece l'inderogabilità del principio di *ius civile* romano '*duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest*'.

Eppure, nulla obbliga a vedere nella testimonianza, direi meglio nella visione di Cicerone relativa alla presunta rigida incompatibilità tra due diversi stati di cittadinanza un testo insuperabile. Non possediamo nessun altro elemento in tal senso, a parte le sue reiterate affermazioni. Più che una sensazione, mi sembra che se un errore è stato commesso è stato quello di leggere nelle parole di Cicerone un dogma privo di profondità temporale. Naturalmente quel principio giuridico consuetudinario, e mai scritto perché insito nella natura delle cose secondo la plurisecolare concezione romana in tema di *status civitatis* e un assetto politico e istituzionale ideologicamente coerente con un impianto di città-stato, non era mai stato oggetto di discussione, o almeno così sembrerebbe dalla documentazione superstite. Ma quando Roma negli ultimi due secoli repubblicani aveva già assunto la fisionomia di un'imponente potenza imperialistica dai tratti multietnici e multireligiosi, caratterizzata da una sorta di costellazione puntiforme di *poleis*, fu inevitabile lo scossone sul piano teorico, ideologico e giuridico. Il problema non si riduceva più soltanto a casi contenuti di opportunità di concessione della cittadinanza romana, ma diventava una delle questioni principali del nuovo governo di un impero fatto di realtà istituzionali diverse: *municipia*, *coloniae*, *civitates liberae foederatae*, *sine foedere liberae*, città autonome di fatto, ⁸³ *regna* amici, ⁸⁴ in cui la presenza di cittadini romani, la pretesa di diventare tali, l'esigenza di legare classi dirigenti locali o comunità tribali al governo di Roma, richiesero un *surplus* del rodatissimo pragmatismo romano. Legislatori e *prudentes*, dunque, si trovarono impegnati a escogitare nuovi sistemi, criteri, definizioni, estensioni, deroghe, per superare barriere e logiche esclusivistiche ormai del tutto anacronistiche.

⁸¹ A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 149.

⁸² Sul tema della cittadinanza greca si legga A. BISCARDI, *Diritto greco antico*, Milano 1982, 79 ss.; R. MARTINI, *Diritti greci*, Bologna 2005, 35 ss. Cfr. A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*², Oxford 1973, 135 s.; M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 704 ss.; F. LAMBERTI, *Percorsi della cittadinanza romana dalle origini alla tarda repubblica*, in B. PERINÁN GOMEZ (a cura di), *Derecho, Persona y Ciudadanía. Una experiencia jurídica comparada*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires 2010, 51 ss.

⁸³ Per tutti vedi M. TALAMANCA, in AA.VV., *Lineamenti di storia del diritto romano* ² (sotto la dir. di M. TALAMANCA), Milano 1989, 500 ss.

⁸⁴ A cui si aggiungeva la presenza, ai *peregrini alicuius civitatis*, dei *peregrini nullius civitatis*, come ad esempio i λαοί della χώρα egiziana (su cui vedi *infra*).

E, così, i sostenitori di quell'antico principio diventavano espressione di una posizione interna a un dibattito serio, serrato, un dibattito in cui si scontravano due visioni entrambe dettate dalle potenti trasformazioni e dalla crisi politico-istituzionale, però assai lontane. Una (quella di chiusura) dettata dalle incertezze, dalla paura, l'altra (di maggiore duttilità) mossa dalla visione di un orizzonte vasto, ormai di carattere imperiale, multietnico, che esigeva sempre meno barriere e rigidità. E se è meglio evitare di essere più 'ciceroniani' di Cicerone e attribuire alle sue parole in tema di cittadinanza il valore di un insuperabile dogma civilistico, proprio perché «il guardare a questa complessa problematica dell'angolo di visuale rigoroso del giurista, del "principio di diritto"» si finirebbe per cercare «un'astratta e inderogabile vigenza»,⁸⁵ non bisogna incorrere nel simmetrico errore di demolirlo. Sarebbe errato, oltre che del tutto infondato, considerare inattendibile la sua orgogliosa e rigida affermazione del divieto di cumulo di cittadinanza, mentre assai più conducente è non rinunciare mai a contestualizzare i documenti ciceroniani ancor più di quanto sinora si sia tentato di fare, a cominciare dal noto passo del *De legibus*:

Cic., *de leg.* 2.2.5: ATTICUS – *Equidem me cognosce admodum gaudeo. Sed illud tamen quale est, quod paulo ante dixisti, hunc locum, id enim ego te accipio dicere Arpinum, germanam patriam esse vestram? Numquid duas habetis patrias? An est una illa patria communis? Nisi forte sapienti illi Catoni fuit patria non Roma sed Tusculum.* MARCUS – *Ego mehercule et illi et omnibus municipibus duas esse censeo patrias, unam naturae, alteram civitatis; ut ille Cato, quom esset Tusculi natus, in populi Romani civitatem susceptus est, ita, quom ortu Tusculanus esset, civitate Romanus, habuit alteram loci patriam, alteram iuris; ut vestri Attici, prius quam Theseus eos demigrare ex agris et in astu, quod appellatur, omnis se conferre se iussit, et sui erant idem et Attici, sic nos et eam patriam ducimus, ubi nati, et illam a qua excepti sumus. Sed necesse est caritate eam praestare, qua rei publicae nomen universae civitatis est; pro qua mori et cui nos totos dedere et in qua nostra omnia ponere et quasi consecrare debemus; dulcis autem non multo secus est ea, quae genuit, quam illa, quae exceptit. Itaque ego hanc meam esse patriam prorsus numquam negabo, dum illa sit maior, haec in ea contineatur ex qua quisque municeps ius alterius habet civitatis et unam illam civitatem putat.*

È un passo così studiato su cui verte tanta letteratura che non serve riprenderne l'esame in tutte le sue implicazioni,⁸⁶ mentre vale la pena fare qualche rapidissima notazione. Concordo con Francesca Lamberti nel cogliere nel tono ciceroniano l'intento propagandistico di una Roma «assurta a "protettorato" comune dell'intera Italia, a punto di riferimento politico, giuridico e culturale, a *patria* quanto al profilo dell'"appartenenza"».⁸⁷ Ma bisogna pure ammettere che, sia pure con riferimento ai *municipia* e all'Italia, l'impianto di Cicerone cominciava a fare i conti con il nuovo fenomeno diffuso di un *civis* dall'*origo* diversa da quella squisitamente romana. È vero, non si tratta di doppia cittadinanza e ci troviamo in ambito occidentale e con particolare riguardo al rapporto tra Roma e *municipia*, in cui questi esprimevano comunità di *cives* aggregati al *populus Romanus*.⁸⁸ Eppure, siamo dinanzi a un cambio di

⁸⁵ M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 733.

⁸⁶ Sul tema resta fondamentale il libro di Y. THOMAS, «*Origine*» et commune patrie». *Étude de droit public romain* (89 av. J.-C. – 212 ap. J.-C.), Rome 1996, *passim*.

⁸⁷ F. LAMBERTI, *Percorsi della cittadinanza romana* cit., 52 s.

⁸⁸ Gell., *N.A.* 16.13.6: *Municipes ergo sunt cives Romani ex municipiis legibus suis et suo iure utentes, muneris tantum cum populo Romano honorari participes, a quo munere capessendo appellati videntur, nullis aliis necessitatibus neque ulla populi Romani lege adstricti, nisi in quam populus eorum fundus factus est.* M.

passo notevole. Il varco teorico era aperto e Cicerone del *De legibus* è ben diverso dal perentorio e tuonante oratore della *pro Caecina* e della *pro Balbo*.⁸⁹ E non è neppure un dettaglio l'elemento cronologico, cioè il fatto che il trattato sia successivo di almeno un quinquennio alla *pro Balbo*,⁹⁰ cioè in una spirale vorticosissima di trasformazioni politiche e istituzionali. Quel frammento del *De legibus*, infatti, svela l'ormai piena consapevolezza di un anziano statista che osserva con sgomento il 'tramonto' della sua repubblica,⁹¹ dei suoi orizzonti politici, culturali e giuridici, mentre spazio si dava alla ricerca di forme nuove di dominio mondiale.⁹² Cicerone osservava con lucidità i mutamenti cagionati dalla costruzione dello Stato municipale romano, per usare il convincente canone interpretativo di Emilio Gabba,⁹³ e che Augusto, erede della sua teorica, avrebbe portato a termine con sistematica determinazione a cominciare dall'Italia, ormai un complesso di *municipia* e *coloniae*, come si evince da RGDA, 21.3.⁹⁴ Nella città che diveniva il «luogo preferenziale per lo svolgimento dei diritti e dei doveri della nuova vita associata»,⁹⁵ si affinavano forme e strumenti di inquadramento e di amministrazione: catastazioni, censimenti, collocazione dei cittadini nelle classi di censo, registri di cittadini e non, o di particolari categorie.⁹⁶ Con la

TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 711; ID., *Aulo Gellio ed i municipes* cit., 443 ss.; cfr. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Cittadini e territorio* cit., 140 ss.

⁸⁹ Di opinione diversa M. GENOVESE, *Libertas e civitas* cit., 53 ss., 128.

⁹⁰ Per il dibattito sulla data di stesura del *De legibus*, rinvio sostanzialmente a P.L. SCHMIDT, *Die Abfassungszeit von Ciceros Schrift über die Gesetz*, Roma 1969, *passim*; E. HECK, *Zum Blutschluss von Cicero, De Legibus III*, in *Hermes* 107, 1979, 496 ss.; E. RAWSON, *The Interpretation of Cicero's 'De Legibus'*, in *ANRW* I.4, Berlin-New York 1973, 334 ss.; L. TROIANI, *Per un'interpretazione delle 'Leggi' ciceroniane*, in *Athenaeum* 60, 1982, 315 ss.; A. GRILLI, *Data e senso del De legibus di Cicerone*, in *PP* 45, 1990, 175 ss.; F. FONTANELLA, *Introduzione al De legibus di Cicerone. I*, in *Athenaeum* 85, 1997, 487 ss.; cfr. E. ROMANO, *Senso del passato e paradigma dell'antico: per una rilettura del De legibus di Cicerone*, in *Incontri triestini di filologia classica* 9, 2009-2010, 1 ss.

⁹¹ Cic., *ad fam.* 4.1.1: *Utinam, Servi, salvis rebus (sic enim est dicendum) colloqui potuissemus inter nos. Profecto aliquid opis occidenti rei publicae tulissemus.*

⁹² A. SCHIAVONE, *Astrarre, distinguere, regolare. Forme giuridiche e ordine teologico*, in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI (a cura di), *QVINTVS MCVIS SCAEVOLA, Opera [SCRIPTORES IVRIS ROMANI, I, dir. A. SCHIAVONE]*, Roma 2018, 31.

⁹³ E. GABBA, *Dallo stato-città allo stato municipale*, in AA.VV., *Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. I. La repubblica imperiale* (dir. A. SCHIAVONE), Torino 1990, 697 ss. Ma si vedano anche i seguenti studi, contenuti in due raccolte, di U. LAFFI, *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001; ID., *Colonie e municipi nello Stato romano*, Roma 2007.

⁹⁴ E. GABBA, *L'impero di Augusto*, in AA.VV., *Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. II. I principi e il mondo* (dir. A. SCHIAVONE), Torino 1991, 26 s.; vedi anche ID., *La rifondazione di Salapia*, in *Athenaeum* 71, 1983, 514 ss.; ID., *Le città italiche del I sec. a.C. e la politica*, in *RSI* 98, 1986, 653 ss.; ID., *Municipium Augustum Veiens*, in *Athenaeum* 86, 1988, 203 s.; ID., *I municipi e l'Italia augustea*, in AA.VV., *Continuità e trasformazioni fra repubblica e impero. Istituzioni, politica, società*, Bari 1991, 69-82; poi in *Italia romana*, Como 1994, 133-143.

⁹⁵ E. GABBA, *Dallo stato-città allo stato municipale* cit., 709.

⁹⁶ Interessante la notizia del *commentarius civitate Romana donatorum* contenuta nel *diploma* AÉ, 1999, n. 1250, ll. 3-10: *Descriptum et recognitum ex petitione rescripta diplomati id quod infra scriptum est: Descriptum et recognitum ex commentario civitate donatorum divi Augusti et Tiberii Caesaris Augusti et C. Caesaris et divi Claudii et Neronis et Galba et divorum Augustorum Vespasiani et Titi et Caesaris Domitiani et divorum Augustorum Nervae et Traiani Parthici et Traiani Hadriani Antonini Pii* - - - - (su cui vedi R. FREI-STOLBA, H. LIEB, *Un diplôme civil: le fragment de Carnuntum*, in *ZPE* 143, 2003, 243 ss.; da ultimo

concessione generale della cittadinanza universale, naturalmente le cose cambiarono ancor più, si affermò, in profondità, una diversa visione. Senza riaprire quello che rappresenta ancora oggi un *rebus* intrigante, croce e delizia della romanistica, cioè l'esatto perimetro della concessione, il concetto di cittadinanza ormai si declinava in due modi: come appartenenza a una *communis patria*, uno stesso popolo, quello romano, e come appartenenza a una determinata città (cittadino di una colonia o di un municipio). Quella doppia patria che Cicerone, in omaggio al divieto di cumulo di cittadinanze, era giunto ad articolare in patria naturale e patria politica secondo la forte impronta municipale del suo tempo, riceveva appunto una diversa declinazione.

In questo nuovo assetto sempre più definito, un cittadino poteva acquistare una condizione segnata da un doppio legame: uno con il suo municipio (o altra città) d'origine e l'altro assai più assorbente e qualificante di cittadino di Roma, *patria communis*. E, se vogliamo dirla tutta, è in quella straordinaria pagina del trattato ciceroniano che, quasi come un incubatore ideologico, si trova racchiuso e *in nuce* il perno della dicotomia di patria naturale e di patria giuridica su cui il modello imperiale si andò via via configurando, e assestando, quale autentica 'costellazione di *poleis*'.⁹⁷ Nel nuovo assetto la cittadinanza si declinava a due livelli:⁹⁸ quella di partecipazione quale *civis* all'impero romano e quella di membro di una città, una comunità locale, reso manifesto dall'*urbanitas* ovvero dalla partecipazione ai servizi della città (*commoda*) e dall'adempimento dei doveri locali (*munera*, imposte, obblighi militari).⁹⁹ Erano ormai maturi i tempi, perché intorno al 143 d.C. Elio Aristide nel suo *Encomio a Roma* sottolineasse la suggestiva ideologia racchiusa in ἄστυ κοινόν (59 ss.),¹⁰⁰ in un continuo ritornare sul fattore determinante delle politiche di urbanizzazione e di valorizzazione delle strutture urbane esistenti, che rifletteva una visione generale interpretata appunto dalle *élites* cittadine.¹⁰¹

V. MAROTTA, *Doppia cittadinanza* cit., 471 s.). Cfr. *IL Maroc* 94, ll. 22. In generale, vedi O. BEHREND, *Die Rechtsregeln der Militärdiplome und das die Soldaten des Prinzipats betreffende Eheverbot*, in AA.VV., *Heer und Integrationspolitik* (hrsg. W. Eck, H. Wolff), Köln-Wien 1986, 123 ss.

⁹⁷ L'efficace espressione è di T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero* cit., 97.

⁹⁸ Vedi CL. NICOLET, *Citoyenneté française et citoyenneté romaine: essai de mise en perspective*, in AA.VV., *La nozione di "romano" tra cittadinanza ed universalità. Studi storici II. Da Roma alla Terza Roma 1982*, Napoli 1984, 145 ss.

⁹⁹ Vedi *supra* I § 7.

¹⁰⁰ P. DESIDERI, *La romanizzazione dell'impero*, in AA.VV., *Storia di Roma. 2. L'impero mediterraneo. II. I principi e il mondo* (dir. A. Schiavone), Torino 1991, 587 ss.; F.P. CASAVOLA, *Il concetto di "Urbs Roma": giuristi e imperatori romani*, in *Labeo* 38, 1992, 20 ss. [= in ID., *Sententia legum tra mondo antico e moderno. I. Diritto romano*, Napoli 2000, 355 ss.]. Sull'opera di Elio Aristide, vedi R. KLEINE, *Die Romrede des Aelius Aristides. Einführung*, Darmstadt 1981; C. CORBO, *Constitutio Antoniniana. Ius Philosophia Religio*, Napoli 2013, 91 ss.

¹⁰¹ Così A. SCHIAVONE, *La storia spezzata. Roma antica e Occidente moderno*, Roma-Bari 2002, 10: «Attraverso la sua voce noi possiamo supporre che si esprimesse – sia pure in maniera colta e soggettivamente filtrata – una visione dell'impero largamente condivisa da una parte importante dei contemporanei, e dunque radicata nella realtà di quegli anni ben più solidamente di uno stereotipo di corte. Con lui prendevano la parola tutte quelle piccole (e in qualche caso, anche meno piccole) élites cittadine che, dalla Spagna all'Asia, la presenza romana aveva contribuito a creare o a promuovere, integrandole progressivamente in un sistema di potere mondiale, e affidando loro compiti di organizzazione e di direzione sempre più significativi: gruppi e strati sociali valorizzati dal modello costituzionale adrianeo, che hanno lasciato una traccia imponente delle proprie vocazioni civili e della propria laboriosità pubblica attraverso migliaia di iscrizioni e di edifici disseminati da una sponda all'altra del Mediterraneo».

Questa visione trova una straordinaria conferma, anche sotto il profilo cronologico, nella *Tabula Banasitana*, in cui all'atto della *donatio civitatis* a uomini della *gens Zegrensis*, gli imperatori Marco Aurelio e Lucio Vero, per enfatizzare ancora di più i meriti del beneficiario e il senso del riconoscimento, ricordavano come l'impero fosse riluttante a concedere la cittadinanza a uomini di comunità tribali e non cittadine:¹⁰²

*Tab. Banas. ll. 1-13: Exemplum epistulae Imperatorum nostrorum An[toni]ni et Veri Augustorum ad Coi<i>edium Maximum: | li((i))bellum Iuliani Zegrensis litteris tuis iunctum legimus, et | quamquam civitas romana non nisi maximis meritis pro|vocata in<dul>gentia principali gentilibus istis dari solita sit, | tamen cum eum adfirmes et de primoribus esse popu-
larium | suorum, et nostris rebus prom[p]to obsequio fidissimum, nec | multas familias arbitra-
remus apud Zegrenses patria pos[s]((i))[e] de officiis suis praedicare quamquam plurimos cupi-
amus ho|nore a nobis in istam domum conlato ad emulationem Iuli|ani excitari, non cuncta-
mur et ipsi Ziddinae uxori, item | liberis Iuliano, Maximo, Maximino, Diogeniano, civita-
tem | romanam salvo iure gentis dare.*¹⁰³

‘*Et quamquam civitas romana non nisi maximis meritis provocata indulgentia principali gentilibus istis dari solita sit*’ è una precisazione inequivocabile, con cui gli imperatori concedenti, abbandonando il piano burocratico, evidenziavano il segno particolare della concessione tutt'altro che ordinaria: l'impero non era solito *donare* la *civitas romana* a stranieri esponenti di genti (*‘principali gentilibus’*), espressione che voleva indubbiamente alludere a organizzazioni tribali seminomadi, come nel caso in questione, lontane dallo *standard* di romanizzazione espresso, in particolare, dal modello di vita associata in città.

Abbiamo ricordato, del resto, come nelle province orientali, non aduse all'applicazione del rodato istituto del *municipium*, il problema fosse più complesso, e al di là di enunciazioni di principio e di interventi normativi, sul piano fattuale l'attenuazione, la disapplicazione o la deroga tacita del divieto di cumulo della doppia cittadinanza fossero praticate. La chiave di lettura, per quanto possa apparire paradossale, la troviamo proprio in quei frammenti di Cicerone, colmi del suo sconcerto verso quei cittadini romani che sedevano nell'Areopago ateniese, inconsapevoli della perdita automatica della cittadinanza: è evidente che si trattava di un argomento retorico e propagandistico sganciato dalla realtà, e strumentale a impressionare gli *iudices iurati* del processo a carico di Flacco. Altrimenti non resterebbe che interpretare Cic., *pro Balb.* 12.30¹⁰⁴ come una dimostrazione dell'incapacità

¹⁰² Vedi *infra* II § 8.

¹⁰³ Trad.: Copia della lettera dei nostri imperatori, gli Augusti Antonino e Vero, a *Coiedius Maximus*: abbiamo letto la petizione dello *Zegrensis Iulianus* allegata alla tua lettera e, benché non rientri nel costume abituale donare la cittadinanza a tali uomini delle tribù, a meno che dei meriti eccezionali non suscitino la benevolenza imperiale, tuttavia, dal momento che tu attesti che il richiedente è uno dei più eminenti della sua gente, e che, uomo di assoluta fedeltà, aderisce alla nostra causa senza esitazioni, e giacché siamo del parere che non molti gruppi famigliari degli *Zegrenses* possono vantare meriti comparabili con i suoi – per quanto noi desideriamo che, visto l'onore concesso alla casata di *Iulianus*, parecchi siano incitati a imitarlo – non esitiamo a donare a lui, a sua moglie *Ziddina*, nonché ai loro figli *Iulianus*, *Maximus*, *Maximinus*, *Diogenianus*, la cittadinanza romana, senza che ciò pregiudichi il diritto vigente per la sua gente.

¹⁰⁴ Cic., *pro Balb.* 12.30: *Itaque in Graecis civitatibus videmus Athenis Rhodios, Lacedaemonios, ceteros undique adscribi multarumque esse eosdem homines civitatum. Quo errore ductos vidi egomet nonnullos imperitos homines nostros civis Athenis in numero iudicum atque Areopagitarum certa tribu, certo numero, cum ignorarent si illam civitatem essent adepti, hanc se perdidisse nisi postliminio reciperassent. Peritus vero nostri moris ac iuris nemo umquam, qui hanc civitatem retinere vellet, in aliam se civitatem dicavit.*

di Cicerone di leggere neppure con il metro del buon senso e del consueto pragmatismo romano cosa accadesse in Grecia e in Atene. Persino assumendo il suo punto di vista e così ammettendo la leggerezza di quei *cives* romani tanto incauti da sedere nell'Areopago da perdere automaticamente la cittadinanza, sarebbe impensabile che nessuno della classe dirigente locale e tanto più nessuna autorità romana, a cominciare dal governatore provinciale, sollevasse in maniera eclatante un caso del genere. D'altro canto, non bisogna neppure escludere che, in un contesto assai fluido, fatto anche di ombre e contraddizioni, in merito al diritto da applicare e al modello di giurisdizione da plasmare, fosse interesse degli stessi governatori provinciali romani tollerare o favorire forme di integrazione, per dir così, non ortodosse *iure civili*. In altri termini, pur volendo dar credito a Cicerone, le testimonianze in maniera univoca spingono verso un quadro di innovazione soprattutto negli ultimi decenni della *res publica*, segnati da uno sgretolamento del principio d'incompatibilità di *status civitatis* diversi e al contrario punteggiato da forme di tolleranza delle autorità romane, come nelle circostanze ateniesi ricordate da Cicerone, o assai più concretamente attraverso deroghe fondate su provvedimenti normativi.

Purtroppo non abbiamo la documentazione di altri casi, ma è legittimo credere che il caso di Seleuco non sia stato né l'unico né il primo ad aprire la breccia nel 'muro civilistico' del divieto della doppia cittadinanza. Anzi alla luce di quanto detto nelle pagine precedenti, possiamo credere che, quando il navarca di *Rhosos* riceveva nelle proprie mani il provvedimento di concessione della cittadinanza romana che permetteva però a lui e ai suoi familiari di cumularla con quella originaria, quell'inderogabile principio *iure civili* a lungo incontestato non fosse più tale, e che il suo affievolimento, sotto ripetute deroghe e tolleranze, fosse già in corso ben prima della nascita e dell'asestamento del regime imperiale.

Non si tratta pertanto di mettere in discussione il principio, che per secoli non fu mai oggetto di discussione, ma di tenere presente due questioni: a) grazie a una visione d'insieme, una diversa declinazione del tema avrebbe spinto verso un doppio assetto: in Occidente (soprattutto in Italia),¹⁰⁵ sostanzialmente per città romane (*municipia* o *coloniae*), andò radicandosi la dicotomia schematizzata da Cicerone tra *civitas/patria* d'origine e *civitas/patria iuris*; mentre, in Oriente, di ben diverse civiltà e tradizioni giuridiche, il principio esclusivista della cittadinanza romana, sottoposto a un robusto fenomeno di deroghe (normative o amministrative) o tolleranze di fatto da parte delle autorità romane, avrebbe visto viepiù affievolita la sua originaria forza, per ammettere sempre più deroghe;¹⁰⁶ b) senza circoscrivere cronologicamente tale fenomeno di affievolimento al principato e al I-II secolo d.C., è più fondato riconoscere quanto esso fosse già in corso sin dai primi decenni dell'ultimo secolo repubblicano.

6. TRACCE DI *PRUDENTES*: *IUS POSTILIMINII* E *ANIMUS REMANENDI*.

Sebbene quella di Cicerone fosse l'unica testimonianza relativa al rigido carattere cogente del divieto di doppia cittadinanza, abbiamo visto come il contesto generale, insom-

¹⁰⁵ Per altri aspetti, si rinvia al volume di A. GIARDINA, *L'Italia romana. Storie di un'identità incompiuta*, Roma-Bari 1997.

¹⁰⁶ Secondo M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 720, non bisognerebbe trascurare la «circostanza che il funzionamento della doppia cittadinanza può, nei reciproci rapporti fra Roma e le πόλεις greche, aver cominciato a funzionare di fatto prima che la classe dirigente romana e, anzitutto, l'imperatore stesso abbiano consapevolmente sfruttato questo funzionamento di fatto, pervenendo, infine ad un pieno riconoscimento sul piano del diritto». Vedi pure V. MAROTTA, *La cittadinanza romana* cit., 92 s.

ma, giocasse a ridurre quella percezione d'intangibilità a una delle opzioni possibili. E, a tal proposito, sembra del tutto plausibile pensare che prima ancora che con l'Editto di *Rhosos* la questione fosse divenuta almeno controversa tra i *prudentes*. Individuare l'esistenza di quel dibattito e ricostruire i termini è cosa assai difficile alla luce della documentazione esistente, eppure è possibile raccogliere altri elementi.

Se è indubbio che lo *ius adipiscendae civitatis Romanae per magistratum* abbia esplicato la funzione di strumento, non di elusione, ma di attenuazione del principio '*duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest*', qualche riflessione merita anche il funzionamento dello *ius postliminii*. Torniamo, quindi, a Cicerone e al caso gaditano di Balbo. Subito dopo aver affermato il principio civilistico in tema di cittadinanza, precisava che la *mutatio civitatis* poteva avvenire non soltanto a seguito di un'opzione ufficiale, ma anche grazie al postliminio *in pace*, e passava a riferire così del caso dell'interprete Menandro inviato in Grecia al seguito degli ambasciatori romani:

Cic., *pro Balb.* 11.28: *Neque solum dicatione, quod in calamitate clarissimis viris Q. Maximo, C. Laenati, Q. Philippo Nuceriae, C. Catoni Tarracone, Q. Caepioni, P. Rutilio Zmyrnae vidimus accidisse, ut earum civitatum fierent cives, cum hanc ante amittere non potuissent, quam hoc solum civitatis mutatione vertissent, sed etiam postliminio potest civitatis fieri mutatio. Neque enim sine causa de Cn. Publicio Menandro, libertino homine, quem apud maiores legati nostri in Graeciam proficiscentes interpretem secum habere voluerunt, ad populum latum ut is Publicius, si domum revenisset et inde Romam redisset, ne minus civis esset. Multi etiam superiore memoria cives Romani sua voluntate indemnati et incolumes his rebus relictis alias se in civitates contulerunt.*

Menandro, era sì un *captivus*, ma a seguito della *manumissio* era divenuto *homo libertinus civis Romanus*, e ritornando entro in confini greci per il meccanismo del divieto di doppia cittadinanza aveva perduto la cittadinanza romana e riacquisito quella originaria greca. Era insorto, dunque, il dubbio della necessità di una *lex* per reintegrare Menandro nella *civitas* romana: lo apprendiamo anche da un altro passo dello stesso Cicerone (*de orat.* 1.40.182). Il fatto interessante è che la questione restò viva anche in età successiva, come vedremo tra breve.

Nel rimandare alla cospicua letteratura sul tema e sui diversi profili, ai nostri fini è utile qualche considerazione sul criterio dell'*animus remanendi* e della sua elaborazione giurisprudenziale.¹⁰⁷ L'*animus remanendi* costituiva una *factio* mediante la quale si impediva la produzione degli effetti dovuti al superamento del *limen* previsti dagli automatismi del

¹⁰⁷ E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* (nuova edizione riveduta e ampliata dall'autore e in parte postuma), I, ed. anastatica Roma 1964, 276 ss.; F. DE VISSCHER, *Aperçus sur les origines du 'postliminium'*, in ID., *Nouvelles Études de droit romain public et privé*, Milano 1949, 275 ss.; F. BONA, '*Postliminium in pace*', in SDHI 21, 1955, 249 ss. [= in ID., *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano. Tomo I*, Padova 2003, 3 ss.]; ID., *Sull'animus remanendi nel postliminio*, in SDHI 27, 1961, 186 ss. [= in ID., *Lectio sua cit.*, I, 223 ss.]; A. MAFFI, *Ricerche sul postliminium*, Milano 1992, 73 ss.; M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium'* cit., 73 ss.; S. BARBATI, *Gli studi sulla cittadinanza romana cit.*, 33 ss.; ID., *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del postliminium*, in Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana XX. Roma e barbari nella tarda antichità, Roma 2014, 587 ss.; ID., *La redemptio ab hostibus e lo status del redemptus*, in Atti dell'Accademia Romanistica Costantiniana XXI. Frontiere della romanità nel mondo tardo antico. Appartenenza, contiguità, alterità, trasformazione e prassi, Napoli 2016, 133 ss.; F. DE IULIIS, '*Animus remanendi*: una aporia nel ius postliminii della tarda antichità', in KOINONIA 39, 2015, 591 ss.

postliminium. Cicerone così, nel prosieguito della sua linea difensiva di Balbo, ricordava, ne abbiamo parlato pagine indietro, il caso dei *cives Romani* chiamati in qualità di giudici dell'Areopago. L'accettazione dell'incarico, presupposta dall'assunzione della cittadinanza greca, avrebbe, secondo l'oratore, prodotto automaticamente la perdita della cittadinanza romana, salvo il suo recupero attraverso il meccanismo del *postliminio*:

Cic., *pro Balb.* 12.30: *Itaque in Graecis civitatibus videmus Athenis Rhodios, Lacedaemonios, ceteros undique adscribi multarumque esse eosdem homines civitatum. Quo errore ductos egomet nonnullos imperitos homines nostros civis Athenis in numero iudicum atque Areopagitarum certa tribu, certo numero, cum ignorarent si illam civitatem essent adepti, hanc se perdidisse nisi postliminio reciperassent.*

Quello dei *cives* romani in Atene ci pone in un contesto estraneo al mutamento di cittadinanza per *postliminium* del *captivus* come quello di Menandro inviato poi dai Romani con la missione di interprete, ma più vicino al rapporto tra *postliminium* e *ius migrandi*, sia pure legandone l'operatività della *mutatio civitatis*, nell'ottica ciceroniana, all'errore determinato dall'*ignorantia legis* dei *cives* in materia di *status civitatis*. Ma non può certo credersi che Cicerone non si avvedesse della enorme differenza tra i due casi. Il filo che li accomunava era l'*animus remanendi*: l'oratore, insomma, ragionava facendo leva sull'*animus remanendi* per impedire gli automatismi del *postliminium* una volta varcato il *limen* in forza della volontà del *civis* di non rimanere nella comunità ove era entrato e di non assumerne la cittadinanza, nella fattispecie ateniese. Floriana Cursi nella sua attenta ricerca dedicata all'istituto ha concluso che alla fine dell'età repubblicana il *postliminium recipi* del *civis* era consentito soltanto nei casi di involontaria *mutatio civitatis*, immaginando «un mutamento nel criterio di funzionamento del *postliminio* legato alla migrazione del *civis* in comunità straniere. In età risalente il *postliminium recipi* doveva essere di diffusa applicazione, in considerazione dello *ius migrandi* riconosciuto tra Roma e i Latini. Verso la fine della Repubblica il funzionamento del *postliminio* in occasione della migrazione del *civis* in terra straniera fu ricondotto a forme di operatività residuali legate all'involontaria *mutatio civitatis* (come sosterebbe Cicerone nella *Pro Balbo*)». ¹⁰⁸ La ricostruzione generale proposta da Cursi è precisa e del tutto condivisibile, ritengo però che sia forzato farvi rientrare il caso ciceroniano. O meglio attribuirvi quel significato generale e non prendere in considerazione il fatto che fosse invece un artificio retorico dell'oratore che allargava a dismisura l'ambito di operatività della *fictio* dell'*animus remanendi*. Insomma, io credo che Cicerone abbia voluto forzare oltremodo quel funzionamento residuale dello *ius postliminii in pace* facendovi rientrare un caso del tutto peculiare come quello ateniese. Con un'argomentazione dalla logica estrema, egli puntava al recupero della cittadinanza romana grazie al *postliminium* e alla *fictio* fondata sull'*animus remanendi*, cancellando il presunto, madornale errore di quei *cives Romani*, cioè fingendo in questo caso l'errore di costoro di non essersi avveduti della perdita della cittadinanza romana a seguito dell'acquisto di quella ateniese, non avendo (detti *cives*) mai coltivato la volontà di rimanere in terra ateniese, era funzionale alla sua difesa del divieto di doppia cittadinanza.

Ma perché tutto ciò ha rilevanza ai fini di queste pagine? Perché grazie a un frammento di Pomponio trattato dal commentario a Quinto Mucio ricaviamo un tassello particolarmente significativo sotto il profilo temporale:

¹⁰⁸ M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium'* cit., 35 s.

D. 49.15.5.3 (Pomp. 37 ad *Quintum Mucium*): *Captivus autem si a nobis manumissus fuerit et pervenerit ad suos, ita demum postlimio reversus intellegitur, si malit eos sequi quam in nostra civitate manere. Et ideo in Attilio Regulo, quem Carthaginienses Romam miserunt, responsum est non esse eum postliminio reversum, quia iuraverat Carthaginem reversurum et non habuerat animum Romae remanendi. Et ideo in quodam interprete Menandro, qui posteaquam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est visa necessaria lex, quae lata est de illo, ut maneret civis Romanus: nam sive animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret esse civis, sive animus fuisset revertendi, maneret civis, et ideo esset lex supervacua.*¹⁰⁹

Esaminato, sezionato, sviscerato da autorevolissima dottrina, nonostante ancora si oscilli sul tempo dell'emersione dell'*animus remanendi*, cioè se già alla fine del II secolo a.C. o piuttosto nei primi decenni del principato,¹¹⁰ il frammento pomponiano, affiancato a quelli della *pro Balbo* ciceroniana, ci dice che con alta plausibilità, già nei primi decenni del I secolo a.C., la migliore giurisprudenza romana, a cominciare da Quinto Mucio, dai cui *Libri iuris civilis* sembrano aver attinto appunto sia Cicerone sia Pomponio,¹¹¹ si misurava con uno dei temi più caldi, quello della cittadinanza romana, foriero di grandi cambiamenti e motore di forte condizionamento delle scelte di politica legislativa anche a seguito di eventi drammatici, come il *bellum sociale* dell'89 a.C. L'*animus remanendi*, cioè l'elemento soggettivo della volontà, affiorava con prepotenza nel campo vasto e delicato della cittadinanza, ove operava un secolare rispetto quasi sacrale di principi antichi e identitari mai messi tanto in discussione come in quei decenni, attenuando o, forse di più, scardinando taluni meccanismi di funzionamento spesso fondati su elementi puramente materiali e dunque produttivi di effetti automatici, come nel caso del *postliminium*. Certo, non abbiamo prove inconfutabili che la teoria dell'*animus remanendi* risalisse alla giurisprudenza di Quinto Mucio,¹¹² è del resto forse impossibile separare, come osserva Emanuele Stolfi,¹¹³ lo strato di scrittura muciano da quello pomponiano, ma è questo un profilo non decisivo ai nostri fini; però essenziale e indubbio è che Quinto Mucio ne trattasse. Il che ci permette di collocare cronologicamente con un buon margine di sicurezza l'idea che tra i temi più delicati

¹⁰⁹ Cfr. D. 49.15.12.9 (Tryph. 4 disp.): *Manumittendo autem utrum desinit tantum dominus esse et relictus ab eo servus in ius prioris domini redit? An et liberum eum facit, ne praestatio libertatis domini fiat translatio? Certe apud hostes manumissus liberatur, et tamen si eum nactus dominus ipsius vetus intra praesidia nostra fuisset, quamvis non secutum res nostras, sed dum eo consilio venisset, ut ad illos reverteretur, servum retineret iure postliminii. Quod in liberis aliter erat: non enim postliminio revertebatur, nisi qui hoc animo ad suos venisset, ut eorum res sequeretur illosque relinqueret, a quibus abisset: quia, ut Sabinus scribit, de sua civitate cuique constituendi facultas libera est, non de domini iure. Verum hoc non multum onerat praesentem inspectionem quia hostium iure manumissio obesse civi nostro domino servi non potuit [...].*

¹¹⁰ Ad esempio, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto* cit., 277, ha considerato il frammento pomponiano relativamente alla menzione del criterio dell'intenzione (*animus remanendi*) probabile frutto di una manipolazione compilatoria.

¹¹¹ F. DE VISSCHER, *La dualité de droits de cité et la «mutatio civitatis»* cit., 52 nt. 1. In tal senso pure F. BONA, *Sull'«animus remanendi»* cit., 223 ss.

¹¹² Ne è convinta, e con argomenti condivisibili, M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium'* cit., 80 ss.; posizione oggi rafforzata da ulteriori riflessioni di E. STOLFI, *Commento. IURIS CIVILIS LIBRI XVIII*, in QUINTVS MCVIVS SCAEVOLA, *Opera* cit., 342 ss. (ove altra letteratura). Invece, ha nutrito seri dubbi sull'imputabilità a Quinto Mucio del giudizio di ultroneità della *lex* nel caso di Menandro F. BONA, *Sull'«animus remanendi»* cit., 209.

¹¹³ E. STOLFI, *Commento. IURIS CIVILIS LIBRI XVIII*, in QUINTVS MCVIVS SCAEVOLA, *Opera* cit., 343.

su cui si sprigionava il dibattito dei *prudentes* romani ci fossero la *civitas* e le ripercussioni che le trasformazioni in atto producevano su vecchi principi o sul funzionamento di determinati istituti, come appunto il *postliminium*.

Non mi sembra, allora, una mera coincidenza l'analogo dibattito sorto in quel medesimo arco temporale intorno all'unicità o al doppio (o persino plurimo) *domicilium*, un dibattito che allo stesso modo metteva a fuoco gli elementi materiali, ma che cominciava a guardare con particolare attenzione all'elemento psicologico, o intenzionale: l'*animus* del soggetto in relazione all'assetto di interessi e di vita di un individuo che più tardi i *prudentes* avrebbero conchiuso nel *se instruere*.¹¹⁴ Insomma, la documentazione sopravvissuta, ancorché frammentaria, a volte persino apparentemente confusa e contraddittoria, manifesta una chiara convergenza verso un quadro in materia di *civitas* e *domicilium* segnato dall'insorgenza di dibattiti giurisprudenziali e di connessi interventi legislativi relativi al cumulo, tendenti a introdurre accanto a elementi oggettivi e materiali anche la volontà del soggetto, un criterio psicologico dunque capace di incidere significativamente sia ai fini dello *status civitatis* sia per la determinazione del *domicilium* sulla relativa operatività di principi e conseguenti meccanismi. E Quinto Mucio ne fu certamente un protagonista: «Nel cuore della crisi [...] di fronte a un futuro minaccioso», per dirla con Schiavone, «egli ribadiva il primato del vecchio ius civile come misura del presente – tutta la storia della nobiltà si rifletteva in questa difesa – ma lo fondava su un rinnovamento senza eguali, e lo metteva in grado di far fronte ai nuovi compiti imposti dallo straordinario mutamento imperiale».¹¹⁵

7. SELEUCO, L'EDITTO E IL DOPPIO DOMICILIO.

A rafforzare l'idea dell'origine – in un arco cronologico compreso tra i primi decenni del I secolo a.C. e l'età augustea – del nesso *civitas/domicilium* in relazione ai cumuli, vi è quanto racchiuso ancora nel *dossier* di Seleuco. Infatti, il documento epigrafico non si limita a offrire soltanto spunti di analisi per il problema della doppia cittadinanza; in esso ricaviamo elementi di particolare interesse che ci riportano al tema da cui abbiamo preso le mosse in quest'indagine, cioè il doppio domicilio:

Epist. Oct. Caes. de Seleuco navarcha II.4, ll. 24-27: [Αὐτός ὁ ἐπ]άνω γεγραμμέ[νος καὶ γονεῖς, τέκν]α[] ἔκγ[ο]νοί [τε] αὐτοῦ φυλῆς Κορινθίας ἔστω[ι][] [σαν ψήφ]όν τε ἐ[ν]τ[α]ῦθα [φέρειν καὶ τειμᾶσθαι ἐξουσία αὐτοῖς ἔστωι καὶ ἐὰν ἀπόντες τει[μ]ᾶσθαι θ]έλωσιν | [δε]δ[ό]σθω (?) αὐτοῖς· καὶ ἐὰν τινος πόλεως ἢ ἀποικ[ι]ας Ἰταλίας εἶναι θέλωσιν | [– – –] ΟΣΤΕΙΜΟ [– – – – – ἐξέστωι αὐτοῖς (?)] *vac.*¹¹⁶

Per quanto mutila e frutto di integrazione moderna suscettibile di ulteriore revisione, questa parte dell'epigrafe contiene una notizia affidabile e al tempo stesso importante ai nostri fini, cioè la facoltà riconosciuta a Seleuco e ai suoi familiari e discendenti non solo di essere iscritti nella *tribus Cornelia*, di essere così ivi censiti e ammessi al voto, ma di appartenere anche a un municipio o una colonia in Italia. Non credo si tratti di un caso di *ius migrandi*, mentre il riconoscimento di quelle facoltà costituisce un insieme di presupposti e

¹¹⁴ Vedi *supra* I § 6.

¹¹⁵ A. SCHIAVONE, *Ius cit.*, 222.

¹¹⁶ Trad.: Il suddetto e i genitori, i figli e i discendenti siano iscritti nella tribù Cornelia e vi abbiano la facoltà di votare e di essere censiti e se in loro assenza vogliono essere censiti, ne abbiano il diritto; e se essi vogliono appartenere [ad un municipio o ad una colonia in Italia, [– – – – –] sia loro concesso (?).

requisiti perché un individuo si ritenesse domiciliato pure a *Rhosos*. Le linee 30-31 del secondo documento di *Rhosos* integrano ulteriormente l'informazione con altre notizie che aiutano a rendere più chiaro il quadro generale:

Epist. Oct. Caes. de Seleuco navarcha II.5, ll. 30-32: Αἵτινες] ἱερεωσύ[ναι, τάξε(?)ις, τείμα, φιλάνθρωπα | [ἐξαίρε(?)]τά τε ὑ[πῆρξαν (?) αὐτοῖς, ταῦτα, καθάπερ τις τῷ ἀρίστωι νό]μωι ἀρίστωι τε δικαίωι ἔχει, | [ὅπως αὐτοὶ ἔχ]ωσ[ιν, χρῶνται καρπίζοντα τε — —.] *vac.*¹¹⁷

La lista concerne cariche, benefici, privilegio, ecc., vale a dire *honores*, *munera* e *commoda*,¹¹⁸ dal valore complementare con la fruibilità di quei servizi, posta in relazione con il *domicilium* di un soggetto, oggetto di riflessione dei giuristi classici: ricordiamo nuovamente il passo del I libro delle *Excusationes* di Modestino (D. 50.1.35) o l'assai più esplicito e concordante testo del commento editale ulpiano (D. 50.1.27.1 [Ulp. 2 *ad ed.*]) come spia o criterio da utilizzare per stabilire concretamente quale fosse il domicilio di un individuo. Ora, poiché il mantenimento della *civitas* originaria, cioè quella di *Rhosos*, si giustificava per evitare che Seleuco perdesse ogni aggancio reale con la propria città, gli si riconobbe *a fortiori* la facoltà di avvalersi dei *commoda* della città e di mantenere i *munera*, e pertanto considerarsi pure lì domiciliato. E come è indubbio tutto poggia sull'*animus* dei beneficiari, cioè la volontà di Seleuco e dei suoi familiari, presupposto per il rapporto tra città, *Rhosos*, e domicilio qualificato dall'integrazione nella vita cittadina.¹¹⁹

È vero, siamo in presenza di una disposizione particolare e non generale, ma indubbiamente è uno di quei casi che da un lato irrobustivano il filone di *exempla* di concessione della cittadinanza con il mantenimento di quella d'origine, e al tempo stesso ponevano il conseguente problema della legittimità del doppio domicilio del/i nuovo/i cittadino/i romano/i: Seleuco e i suoi familiari, cittadini di Roma e di *Rhosos* dal momento del provvedimento, in quale delle due città (*Rhosos* o municipio o colonia), una volta esercitata la facoltà, potevano dirsi domiciliati? Ragionevolmente, credo che si riconoscesse loro un doppio domicilio, o comunque così la pensasse la maggioranza di coloro che fossero eventualmente stati chiamati ad affrontare il caso.¹²⁰

La simmetria sussistente tra il profilo della doppia cittadinanza e quello del doppio domicilio è indiscutibile. Analogamente a quanto osservato per il primo profilo, per il domicilio abbiamo riscontrato la coesistenza di provvedimenti legislativi epigraficamente documentati favorevoli persino al domicilio plurimo e un dibattito giurisprudenziale sul *domicilium* stesso e sugli stessi *verba legum* in cui si registravano invece due posizioni contrapposte: una estensiva maggioritaria e un'altra restrittiva minoritaria. In definitiva, quello di Seleuco e dei suoi familiari finirebbe per rappresentare non solo un caso di doppia cittadinanza ma anche un esempio illustre di doppio domicilio.

Legittimo, allora, proporre la medesima simmetria a proposito di Cicerone, ribadire cioè che egli in tema di cittadinanza fosse portavoce, un po' come lo fu in quel torno di anni Labbeone a proposito del doppio domicilio, di un orientamento più restrittivo, fondato su quel-

¹¹⁷ Trad.: Qualunque sacerdozio, carica, onorificenza, privilegio e beneficio possedevano (?), questi (?), nel modo in cui uno ha pieno diritto, che essi li abbiano, se ne avvalgano e ne traggano profitto - - - *vac.*

¹¹⁸ M. KLEIJWEGT, *The Value of Empty Honours*, in *Epigraphica* 54, 1992, 131 ss.; A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 131 ntt. 74-75.

¹¹⁹ Per una serie di informazioni sulla *polis* di *Rhosos*, vedi A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos* cit., 199 ss.

¹²⁰ Cfr. *Edictum de privilegiis veteranorum* ll. 13-15, sulla scelta della tribù ove venire censiti.

lo che sino a un certo momento appariva il più consolidato e conforme a un antico principio di chiusura e di esclusivismo. Tuttavia, questo assetto non era più adeguato a interpretare la nuova essenza di Roma cardine della realtà internazionale dell'intero Mediterraneo, in cui decisivi erano i margini di azione politica rimessa ai gruppi dirigenti di esercitare forme duttili e inclusive per legare ancor più strettamente *élites* locali, in particolare quelle orientali, all'egemonia romana. Soprattutto quel principio era incompatibile, nel momento di ristabilimento di pace e di ordine, con il processo di ristrutturazione del potere politico attorno al *princeps*.

Ed è altrettanto interessante cogliere il tempo, cioè il medesimo arco cronologico in cui nel mondo della politica e del diritto tra legislatori e giuristi si ragionava, si elaborava e si costruivano strumenti giuridici per definire il nuovo assetto di Stato municipale e per esercitare più definite ed efficaci forme di egemonia imperiale nel Mediterraneo. Inevitabile, che in seguito il problema delle due cittadinanze si sia in qualche modo sovrapposto a o intrecciato con quello del domicilio, con le complesse connessioni territoriali, provocate da una rilevante mobilità, che la presenza e le attività di un individuo creavano con un luogo.¹²¹ Come abbiamo visto a proposito del *domicilium*, un analogo fenomeno di slittamento semantico si affermò pure con riguardo alla cittadinanza. *Civitas, patria, origo, domus* ricorrono e si rincorrono, si intrecciano e si sovrappongono con scorrimento di piani. L'*origo* poi non coincideva con la *civitas* né con il *domicilium*, e neppure la variazione di quest'ultimo comportava il mutamento della cittadinanza. L'*origo* non coincideva poi nemmeno con la cittadinanza locale: interessante è il caso dell'adottato, la cui *origo* era di un municipio diverso da quello del *paterfamilias* adottante. In questo caso l'adottato manteneva la propria *origo*, ma acquistava la cittadinanza locale del padre adottivo. Ma non solo. Uno spunto particolare di riflessione è offerto da un altro frammento del commentario edittale ulpiano:

D. 50.1.27 pr. (Ulp. 2 *ad ed.*) *Eius, qui manumisit, municeps est manumissus, non domicilium eius, sed patriam secutus. Et si patronum habeat duarum civitatum municipem, per manumissionem earundem civitatum erit municeps.*

Come è facile osservare, in questo testo, sia pure a livello inferiore, diremmo amministrativo, tornava a balenare, la "doppia cittadinanza" di colui che era *municeps* di due *civitates*.

8. QUALCHE CONSIDERAZIONE GENERALE E CONCLUSIVA.

L'abbandono di ogni tentativo di schematizzazione rigida e moderna, secondo categorie attualizzanti, e la ricontestualizzazione della problematica entro la visione di un grande impero in forte evoluzione all'insegna del pluralismo di popoli, di culture, di religioni e di complessi normativi, in un problematico, e a volte conflittuale, rapporto centro-periferie costituiscono i criteri guida seguiti lungo questa indagine. Che il funzionamento della doppia cittadinanza avesse cominciato a funzionare negli ultimi decenni repubblicani, ne sono prove l'Editto di *Rhosos* e il III degli Editti ai Cirenei (ll. 55-62),¹²² riconducibili sia pure in tempi diversi ad Ottaviano Augusto. I provvedimenti appaiono nella loro cifra politica quali

¹²¹ Vedi pure V. ARANGIO-RUIZ, *Sul problema della doppia cittadinanza* cit., 74.

¹²² Prudente la posizione di J. MÉLÈZE-MODRZEJEWSKI, *La règle du droit dans l'Égypte romaine*, in AA.VV., *Proceedings of the Twelfth Intern. (Congress of Papyrology – Ann Arbor, 1968)*, Toronto 1970, 351 s., sul testo come prova della coesistenza di due diverse cittadinanze.

misure coerenti di una precisa linea normativa diretta a fare di un potere politico ancora *in fieri*, il *princeps*, il centro di attrazione delle *élites* locali ai fini di un nuovo e universale profilo dell'identità romana. Da quel momento il tema della doppia cittadinanza divenne qualcosa di assai più grande di un dibattito, per quanto nobile, squisitamente giuridico per elevarsi a efficace strumento di politica del consenso giocato all'interno dell'ordinamento giuridico romano in maniera dapprima strisciante e poi del tutto manifesta: «scopo della concessione di questa cittadinanza onorifica, od onoraria che dir si voglia, sarebbe stato decisamente frustrato», ha osservato Talamanca, «se il governo avesse imposto alle πόλεις di considerare come stranieri a tutti i fini, ivi compresa la legittimazione a coprire le cariche pubbliche, quelli fra i loro πολίται che erano stati insigniti della *civitas Romana*, proprio perché, nel governo delle proprie città, si sentissero più legati alla politica dell'impero e più disposti alla fedeltà all'impero stesso e, in primo luogo, all'imperatore regnante».¹²³

* * *

Ci sarebbe davvero poco da aggiungere a queste parole, se non ancora una volta contestualizzare i testi esaminati e coglierne infine la sostanziale linea di continuità che dalla fine della repubblica si mantenne grazie ad Augusto nel corso del principato. La visione ecumenica, che dopo le guerre civili divenne uno dei motivi della propaganda augustea, spingeva verso questa direzione: tutto il mondo era pacificato. La *Laudatio Turiae* ([FIRA, III², n. 69]: *Pacato orbe terrarum, res[titut]a republica quieta deinde n[obis et felicia] l tempora contigerunt*) ne costituisce un esempio limpido.¹²⁴ Non è trascurabile che la metafora dello stato-città, che si apprezza grazie al celebre elogio di Elio Aristide, appaia anche in Cassio Dione a proposito del dialogo tra Mecenate e Augusto, quando il primo sollecitava il *princeps* a chiamare alla partecipazione al potere «gli alleati più fedeli come se vivessero in un'unica città, che definiamo nostra, considerandola tutt'uno con i loro campi e i loro villaggi» (Cass. Dio 52.19.6).

Né, soprattutto, bisogna scartare quanto scrive ancor più esplicitamente Cassio Dione¹²⁵ intorno al consiglio di Mecenate di chiamare a sé, in senato, a Roma i notabili più importanti di tutte le province.¹²⁶ Il contesto è sempre il celeberrimo dibattito di Ottaviano con i suoi due uomini più fidati (appunto Agrippa e Mecenate) sulla futura forma di Stato, e quel frammento è stato letto da alcuni come un invito a estendere la cittadinanza a tutti i sudditi: interpretazione eccessiva, e ovviamente non condivisibile.¹²⁷ Neppure Cassio Dione, in un dialogo tutt'altro che immaginario, avrebbe azzardato tanta licenza letteraria e storica.¹²⁸ Semmai, vi si potrebbe cogliere una criptica critica al provvedimento imperiale

¹²³ M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 721.

¹²⁴ Su quest'ultima iscrizione per tutti V. ARANGIO-RUIZ, *Il caso giuridico della cosiddetta Laudatio Turiae*, in *Parerga. Note papirologiche ed epigrafiche*, Napoli 1945, 10 ss. W. KIEDORF, *Laudatio funebris. Interpretationen und Untersuchungen zur Entwicklung der römischen Leichenrede*, Meisenheim am Glan-Hain 1980, 36. Sotto altri e assai diversi profili meritano di essere ricordate le belle pagine di L. STORONI MAZZOLANI, *Una moglie*, Palermo 1982.

¹²⁵ Cass. Dio 52.19.1-3; su cui vedi B. MANUWALD, *Cassius Dio und Augustus*, Wiesbaden 1979, 22 nt. 55.

¹²⁶ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi* cit., 11; ID., *Città e Impero* cit., 102.

¹²⁷ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi* cit., 11.

¹²⁸ Cass. Dio 52.1-41. E. GABBA, *Progetti di riforme economiche e fiscali in uno storico dell'età dei Severi*, in *Studi in onore di A. Fanfani*, I, Milano 1962, 5 ss.; F. MILLAR, *A Study of Cassius Dio*, Oxford 1964,

di Caracalla per quello che veniva percepito, ma forse per un eccesso di diffidenza, come uno scostamento dalla linea politica limitata all'attrazione delle aristocrazie locali piuttosto che fasce più ampie di popolazioni. E in realtà, a leggere meglio lo storiografo di Bitinia, il consiglio di Mecenate era ben coerente e contestualizzato con l'impianto ideologico augusteo e con quegli atti di cui si è appunto conservata la documentazione. L'abile e raffinato consigliere sosteneva un'efficace linea strategica di costruzione del consenso attraverso l'attrazione nell'orbita del principe della migliore aristocrazia locale, delle classi possidenti delle città di Occidente e Oriente che, ponendosi a fianco del nuovo protettore, avrebbero accresciuto il corpo civico romano e accelerato la romanizzazione attraverso la diffusione di costumi e idee romane.¹²⁹ Ma niente a che vedere con le masse rurali e inurbane.¹³⁰ Questa linea di politica interna, abile e suadente, sulla scorta della documentazione esistente, per quanto frammentaria, a volte incerta e persino apparentemente contraddittoria, fu praticata attraverso un sincero orientamento di concessione della cittadinanza a *élites* o gruppi che mostravano condivisione e vicinanza o che con onore avevano servito la nuova *res publica*. Tenere la linea ricostruttiva dentro questo quadro generale assai fluido, ancora in piena fase di assestamento, ricco di tensioni, consente di afferrare la *ratio*, squisitamente politica, e al tempo stesso il carattere estemporaneo, del III Editto di Cirene: un'esemplare reazione di Augusto contro i fenomeni di abuso della politica di favore intrapresa sul regime giuridico della doppia cittadinanza. L'intervento augusteo fu dovuto infatti all'esigenza di porre un argine alle situazioni paradossali e inaccettabili prodotte proprio da chi approfittava del cumulo della cittadinanza, come la ristretta cerchia dei 215 romani, una sorta di '*super élite*', per angariare gli altri notabili e il resto della comunità. Il nuovo governo romano non poteva restare inerte dinanzi a quelle situazioni di discrezionalità che si spingevano sino all'arbitrio assoluto tanto da divenire foci di gravi tensioni territoriali, pena il sicuro fallimento delle finalità della profonda rivisitazione del principio esclusivista della cittadinanza romana. Quei Romani di Cirene, che dirigevano i tribunali ricoprendo i ruoli di giudici, accusatori e testimoni, piuttosto che legare, infatti, allontanavano la restante classe dirigente e la popolazione dal governo di Roma. Con la consueta abilità di statista, Augusto comprese la situazione e intervenne appunto con l'emanazione del III Editto per far comprendere come il privilegio di essere romano e al contempo di continuare a godere della *civitas* d'origine non esentasse affatto, salvo eccezioni, dagli obblighi verso la medesima comunità locale.¹³¹ Un atto normativo e un preciso segnale politico perché a Cirene quei beneficiari seguissero una linea più moderata e più consona a quella del nuovo governo della *res publica*.¹³²

Successivamente, quando si andò ben oltre lo 'Stato municipale', la vasta complessità imperiale multietnica che andava dalla Britannia alla Mesopotamia non poteva non preoccupare il governo centrale e pure quelli locali sul tema cruciale dei diritti e dei doveri dei

102 ss.; U. ESPINOSA-RUIZ, *El problema de la historicidad en el debate Agrippa-Mecenas en Dion Cassio*, in *Gerion* 5, 1987, 289 ss.; ID., *Debate Agrippa-Mecenas en Dion Cassio. Respuesta senatorial a la crisis del Imperio Romano en época severiana*, Madrid 1992; E. ADLER, *Cassius Dio's Agrippa-Maecenas Debate: An Operational Code Analysis*, in *AJPh* 133, 2012, 477 ss.

¹²⁹ Con assoluta puntualità R. SYME, *La rivoluzione romana* (nuova edizione a cura di G. TRAINA), Torino 2014, 402 s.

¹³⁰ Se vogliamo, una sintesi scarnificata è scolpita in un passaggio di G. CRIFÒ, *Civis cit.*, 27: «se la *polis* è una *koinonìa*, comunità, non ogni comunità è una *polis*».

¹³¹ V. MAROTTA, *La cittadinanza romana cit.*, 92.

¹³² Per un quadro ricostruttivo diverso della posizione costituzionale di Augusto rinvio al mio *Augusto e la res publica imperiale. Studi epigrafici e papirologici*, Torino 2018.

cittadini. L'impero romano, sebbene apparisse come un'autentica 'costellazione di *poleis*', per usare un'efficace espressione di Tullio Spagnuolo Vigorita,¹³³ possedeva una struttura assai più complessa fatta di territori, aggregazioni, borghi rurali, villaggi, centri fortificati, compagini tribali, ecc., e non solo di città vere e proprie. E questa struttura complessa e variegata, che da parte sua andava sempre più definendosi nelle sue articolazioni burocratiche centrali e periferiche, poneva all'ordine del giorno la questione del rapporto del cittadino, ma non solo di questo, sia verso l'erario e il fisco sia verso le proprie comunità (una o addirittura più comunità). Anzi, essa imponeva al governo imperiale, in maniera particolarmente pressante, l'esigenza di definire e affinare criteri di appartenenza a un determinato territorio. Questa linea politica chiarisce bene le motivazioni di Marco Aurelio sottese alla eccezionale concessione della *civitas* nella *Tabula Banasitana* a soggetti privi di cultura cittadina. Non a caso, dopo una fase di misure forse più estemporanee che sistematiche (*lex Munatia Aemilia*, Editto di *Rhosos*, III Editto di Cirene, ecc.), andò prendendo sempre più corpo una diversa e più consapevole tendenza definitoria negli interventi di *principes* e *prudentes*, la cui frequenza, stando alla documentazione sopravvissuta, crebbe significativamente a partire dall'età adrianea,¹³⁴ con il medesimo duttile approccio, alieno dall'introduzione di criteri rigidi, ma con un'attenta valutazione della convenienza generale in un quadro di tenuta degli equilibri tra il centro e i territori e tra i territori medesimi.

* * *

Infine, c'è però un punto su cui tengo a ritornare in chiusura di queste pagine, evitare cioè l'equivoco di pensare anche per un solo istante che quel passaggio, prima menzionato e spesso dimenticato,¹³⁵ di Cassio Dione fosse soltanto un esempio di retorica compiacente di un orientale, funzionario imperiale e senatore:

Cass. Dio 52.19.6: καὶ τοσοῦτόν γε δέ τοῦθ' ὥς οὐκ ὀρθῶς εἰρημένον ἀναθέσθαι, ὥστε καὶ τῆς πολιτείας πᾶσι σφισι μεταδοθῆναι φημι δεῖν, ἵνα καὶ ταύτης ἰσομοιροῦντες πιστοὶ σύμμαχοι ἡμῖν ᾖσιν, ὥσπερ τινὰ μίαν τὴν ἡμετέραν πόλιν οἰκοῦντες, καὶ ταύτην μὲν ὄντως πόλιν τὰ δὲ δὴ σφέτερα ἀγροὺς καὶ κώμας νομίζοντες εἶναι.¹³⁶

Il consiglio generale dato a Ottaviano era quello di scegliere con saggezza e pragmatismo: certamente i migliori e i notabili più importanti di tutte le province chiamati a partecipare al potere avrebbero assicurato fedeltà.¹³⁷ Questo fu l'obiettivo costante, e il relativo motivo politico-ideologico ricorre con costanza in documenti diversi, a cominciare dall'Editto di *Rhosos* (IV, ll. 85-93) a proposito di Seleuco. Ma il testo dioneo è molto di più

¹³³ T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero* cit., 97.

¹³⁴ In tal senso pure T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e impero* cit., 108.

¹³⁵ Salvo eccezioni, naturalmente, come nel caso di W. SESTON, *Marius Maximus et la date de la 'constitutio Antoniniana'*, in ID., *Scripta Varia*, Roma-Paris 1980, 65 ss.; T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi* cit., 11; ID., *Città e impero* cit., 102, e ancora recentemente di V. MAROTTA, *La cittadinanza romana* cit., 105 s.

¹³⁶ Trad.: Sono così lungi da rimettere in discussione questa posizione come se fosse il risultato di un ragionamento non corretto, che, al contrario, dichiaro che tutti devono essere chiamati a prendere parte al governo, in modo tale che, partecipando alla pari anche in questo, siano nostri fedeli alleati come se vivessero in un'unica città, che definiamo nostra, considerandola tutt'uno con i loro campi e i loro villaggi.

¹³⁷ Cass. Dio 52.19.2.

eloquente di quanto sinora gli sia stato concesso dire, soprattutto se messo in dialogo con la *Tabula Banasitana*, a cui abbiamo già fatto cenno qualche pagina indietro, nella parte in cui Marco Aurelio e Lucio Vero esprimevano le ragioni e le finalità imperiali della *donatio civitatis* ad alcuni *Zegrenses* della *Mauretania Tingitana*:

Tab. Banas. ll. 1-13: Exemplum epistulae Imperatorum nostrorum An[toni]ni et Veri Augustorum ad Coi<i>edum Maximum: | li((i))bellum Iuliani Zegrensis litteris tuis iunctum legimus, et | quamquam civitas romana non nisi maximis meritis pro|vocata in<dul>gentia principali gentilibus istis dari solita sit, | tamen cum eum adfirmes et de primoribus esse popularium | suorum, et nostris rebus prom[p]to obsequio fidissimum, nec | multas familias arbitramur apud Zegrenses patria pos[s]((i))[e] de officiis suis praedicare quamquam plurimos cupiamus ho[n]ore a nobis in istam domum conlato ad emulationem Iuli|ani excitari, non cunctamur et ipsi Ziddinae uxori, item | liberis Iuliano, Maximo, Maximino, Diogeniano, civitatem | romanam salvo iure gentis dare.

I meriti di quei beneficiari *Zegrenses*, tra i più eminenti della loro gente, agli occhi dei *principes* erano preziosi perché espressione concreta di un valore sommo, cioè l'assoluta fedeltà e adesione alla causa imperiale senza alcuna esitazione: '*et nostris rebus prompto obsequio fidissimum*'. L'inequivocabile il messaggio politico a fondamento della concessione della cittadinanza era l'abile combinazione di contrapposte esigenze: tenere legati alla casata imperiale i *principes* della *gens Zegrensis*; evitare che i neocittadini venissero percepiti da quel momento come un corpo estraneo dagli altri membri della comunità; superare, infine, il fatto che si concedeva la cittadinanza a uomini inseriti in un contesto tribale.

Quest'ultimo profilo ci permette di soffermarci anche sulla straordinaria importanza della *Tabula Banasitana* per la molteplicità di informazioni che contiene. Non solo perché ci fa apprendere dell'esistenza di *commentarii civitate Romana donatorum* (ll. 20-21), prima a noi noti soltanto grazie alle menzioni contenute nel carteggio di Plinio il Giovane con Traiano (*epist.* 10.106 e 10.107); ma soprattutto perché, sebbene non sia questa la sede per affrontare il tema delle prescrizioni e in particolare della clausola di salvaguardia di P. Giess., 40.I,¹³⁸ il documento epigrafico aiuta a risolvere, ad esempio, il problema dell'esistenza dentro i confini dell'impero di *peregrini* in anni successivi alla *constitutio Antoniniana*, a cominciare dagli Egizi della *χώρα*. Ha ragione Marotta a ribadire i suoi dubbi sull'esten-

¹³⁸ In merito alla stratificazione delle proposte avanzate dagli studiosi appare sempre più l'approccio di spostare il tiro avviato da J.H. OLIVER, *Text of the Tabula Banasitana* cit., 336 ss.; ma perfezionato da V. MAROTTA, *Doppia cittadinanza* cit., 488 s., secondo cui «la clausola introdotta da *ménontos* non definirebbe, in tal modo, la platea degli esclusi dal beneficio della cittadinanza o dalla salvaguardia del proprio ordinamento giuridico: essa confermerebbe, piuttosto, tutti gli obblighi esistenti nei confronti della *civitates* e delle altre comunità nell'ecumene romana (a loro volta tenute a certe prestazioni nei confronti delle amministrazioni provinciali), riconoscendo gli *addeitikia*, ossia quei regolamenti addizionali a volte più favorevoli (è il caso delle immunità concesse almeno a certe categorie di veterani), a volte più sfavorevoli». L'accurato riesame del dibattito con ampio corredo di fonti e bibliografia sta in ID., *La cittadinanza romana* cit., 109 ss. A sostegno di questa più convincente ricostruzione, aggiungo che se davvero la clausola d'eccezione avesse riguardato la categoria dei *peregrini dediticii* menzionata in Gai 1.14, probabilmente il provvedimento avrebbe dovuto riportare il termine greco corrispondente e cioè *ὁμόλογοι*, che nella documentazione papiracea indica una stretta relazione con la *λαογραφία* e, poiché i *λαογραφούμενοι* coincidono con i *dediticii*, e *ὁμόλογεῖν* ha anche il significato di arrendersi, *ὁμόλογος* indicherebbe il *dediticius*, e dunque sarebbe riferibile alla popolazione egizia sottoposta alla tassa *pro capite* (vedi a tal proposito U. WILCKEN, *Fondamenti della papirologia*, ed. italiana a cura di R. Pintaudi), Bari 2010, 162 s.

sione della cittadinanza romana nel 212 d.C. anche a costoro,¹³⁹ ed è pure vero che essi non furono neppure mai destinatari di una norma speciale che li escludesse. Quegli Egizi, invece, possiamo intenderli come soggetti sfavoriti dal preciso orientamento imperiale, cui abbiamo accennato, così saldo e mai contraddetto da non lasciar spazio a incomprensioni. Se, salvo eccezioni, come nel caso degli *Zegrenses* premiati per l'assoluta fedeltà alla casa imperiale, si evitavano le concessioni di cittadinanza romana a masse contadine o a comunità rurali¹⁴⁰ prive di quell'*urbanitas*, parametro del modello romano di civiltà e integrazione dell'impero, dobbiamo trovare soltanto in ciò la chiave per sciogliere quelle che sino ad ora sono apparse come indecifrabili incongruenze o contraddizioni di una documentazione assai frammentaria. Quando, su richiesta di Plinio, Traiano si convinse a concedere la cittadinanza romana al medico *Harpocras*, non chiese a quale città appartenesse ma *ex quo nomo sit* (*epist.* 7), – perché la *χώρα* appunto era composta di distretti privi di città, qualifica non riconosciuta neppure alle *μητροπόλεις* – e la risposta di Plinio fu *νομοῦ Μεμφίτου* (*epist.* 10).

Non appaiono più come un rompicapo i documenti della prassi negoziale che attestano sia Egizi romanizzati sia Egizi peregrini,¹⁴¹ perché quegli Egizi *Ἀυρήλιοι* costituivano un complesso di *novi cives* in cui erano confluiti i cittadini delle tre città egizie (Alessandria, Naucrati e Tolemaide),¹⁴² coloro che *singillatim* e secondo una precisa e complessa procedura avevano ottenuto la cittadinanza romana sul presupposto di aver preventivamente conseguito la cittadinanza di una delle tre città egizie, oppure, ancora, coloro che arruolatisi, avevano ottenuto la *civitas romana* a seguito di *honestia missio*,¹⁴³ gli altri invece no. Theodor Mommsen,¹⁴⁴ del resto, aveva già intuito che soltanto i cittadini di Alessandria, e non gli Egizi in genere, avevano conseguito automaticamente la cittadinanza romana. Ipotesi, forse eccessivamente restrittiva, ma che aiuta a spiegare in qualche misura anche il senso del duro provvedimento di espulsione degli Egizi da Alessandria emanato dallo stesso Caracalla nel 215 d.C., dunque appena qualche anno dopo, a seguito di una sommossa alessandrina culminata in un bagno di sangue. Un provvedimento, al di là del dispositivo, grondante di fastidio se non addirittura di disprezzo verso quegli Egizi della *χώρα*, così diversi nei loro costumi di vita e dalle maniere poco civili, che risuona nell'aspro passaggio finale: *ἔτι τε καὶ ζῶ[ν] δεικνύει ἐναντία ἡθῆ ἀπὸ ἀναστροφῆς [πο]λειτικῆς εἶναι ἀγροίκους Αἰγυπτίους* (P. Giess., 40.II, ll. 16-30).¹⁴⁵

¹³⁹ V. MAROTTA, *Egizi cit.*, 1 ss.

¹⁴⁰ L'intuizione è di S. MAZZARINO, *L'impero romano cit.*, II, 609 ss.; si legga anche T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi cit.*, 5 ss.; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana cit.*, 116. Per un quadro d'insieme delle città egizie è utile la lettura di L. DE LIGT, *The Urban System of Roman Egypt in the Early Third Century AD. An Economic-Geographical Approach to City-Size Distribution in a Roman Province*, in *AncSoc* 47, 2017, 255 ss. Relativamente agli insediamenti rurali, si rimanda a G. GILIBERTI, *Le comunità agricole nell'Egitto romano*, Napoli 1993.

¹⁴¹ O. MONTEVECCHI, *Note sull'applicazione della Constitutio Antoniniana in Egitto*, in *QC* 10, 1988, 17 ss. [*Studi in memoria di S. Mazzarino*, I]. Cfr. U. WILCKEN, *Fondamenti della papirologia cit.*, 157 ss.

¹⁴² Per un inquadramento generale si rimanda a J. MODRZEJEWSKI, *Fra la città e il fisco: lo statuto greco nell'Egitto romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, VII, Milano 1987, 465 ss.

¹⁴³ Per tutti V. MAROTTA, *Egizi cit.*, 3 ss.

¹⁴⁴ TH. MOMMSEN, *Schweizer Nachstudien*, in *Hermes* 16, 1881, 474 ss.

¹⁴⁵ A.Z. BRYEN, *Reading the Citizenship Papyrus* (P. Giess. 40), in C. ANDO (a cura di), *Citizenship and Empire in Europe 200-1900. The Antonine Constitution after 1800 years*, Stuttgart 2016, 29 ss.; V. MAROTTA, *Doppia cittadinanza cit.*, 467 ss. Si veda pure ID., *I diritti degli stranieri*, in A. GIARDINA, F. PESANDO (a cura di), *Roma caput mundi*, Milano 2012, 201 ss.

Anche la documentazione epigrafica è inequivocabile, come a proposito delle iscrizioni della Mesia inferiore relative a comunità miste di *cives* e *peregrini* in insediamenti non urbani (*vici*, *castella* o *canabae*) da Antonino Pio al 246 d.C.:¹⁴⁶

AÉ, 1984, n. 802: *veterani et cives Romani et Bessi consistentes vico Quintionis*;

CIL, III, 14214: *cives Romani et Bessi consistentes vico Ulmeti*;

AÉ, 1957, n. 97: *veterani et cives Romani et consistentes Abrito ad c[anabas]*.

E da questa angolazione giunge, pertanto, una diversa luce pure sul *decretum* del 500 d.C. di Anastasio I (SEG, IX, 356), in cui si distingueva ancora tra Romani ed Egizi;¹⁴⁷ senza dimenticare che in quel medesimo torno di tempo mantenevano, ad esempio, lo *status* di *peregrini foederati* i Goti di Teoderico l'Amalo, nonostante fossero ammessi e integrati nelle terre occidentali dell'impero.¹⁴⁸

In definitiva, mutando obiettivo, abbandonando ogni ulteriore tentazione di individuare quali categorie di esclusi prescrisse la *constitutio Antoniniana*, ci accorgeremmo che ciò a cui i governi romani, nelle varie forme istituzionali che si susseguirono, guardarono con assoluta costanza furono le città e la loro progressiva romanizzazione:¹⁴⁹ in sintesi, quell'*urbanitas* già scolpita ed elogiata alla fine del I secolo a.C. da Cicerone.

¹⁴⁶ Vedi T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Cittadini e sudditi* cit., 20 ss.

¹⁴⁷ G. OLIVERIO, in *Documenti antichi dell'Africa Italiana. Vol. II. Cirenaica, fasc. II. Il decreto di Anastasio I su l'ordinamento politico-militare della Cirenaica. Iscrizioni di Tocra-El Chamis, Tolemaide, Cirene*, Bergamo 1933, n. 139; cfr. S. MAZZARINO, *L'impero romano* cit., II, 439; V. MAROTTA, *La cittadinanza romana* cit., 116 nt. 210; ID., *Egizi* cit., 1 ss.; ID., *Doppia cittadinanza* cit., 468 s., che non esclude trattarsi piuttosto di un *edictum*.

¹⁴⁸ O. LICANDRO, *L'Occidente senza imperatori. Vicende politiche e costituzionali nell'ultimo secolo dell'impero romano d'Occidente 455-565 d.C.*, Roma 2012; ID., *L'irruzione del legislatore romano-germanico. Legge, consuetudine e giuristi nella crisi dell'Occidente imperiale (V-VI sec. d.C.)*, Napoli 2015; cfr. V. MAROTTA, *La cittadinanza romana* cit., 120 ss., con discussione e letteratura. Specifico sull'integrazione in territorio italico dei Goti il libro di G. PORENA, *L'insediamento degli Ostrogoti in Italia*, Roma 2012, *passim*.

¹⁴⁹ In tal senso vedi anche M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza* cit., 731.

JAN H.A. LOKIN
(Rijksuniversiteit Groningen)

Was ist geschehen mit dem Digestentitel *de ritu nuptiarum* im Text der Basiliken?

ABSTRACT

Title 23.2 of the Digest dealing with the formation of marriage, *de ritu nuptiarum*, is in the Basilika divided into two titels: Book 28, title 4 *about marriages* and title 5 *about prohibited marriages*. The order of the fragments in title 5 is unusual. After 15 fragments, taken from the Institutes, Digest and Codex, a new series begins. In this series (5b) six texts have already been dealt with in title 4 and the beginning of title 5 (5a). Why have these texts been repeated and why in different words? What is the meaning of laying down the same rule twice in wordings stemming from different sources. An answer can be found in the 'Cleansing of the ancient laws' which was begun twice, once under Basil I and once under Leo VI. Is it too bold to suggest that in title 5, traces of this double 'cleansing' are visible?

PAROLE CHIAVE

Basilici; disciplina del matrimonio; anacatarsi delle antiche leggi; Basilio I; Leone VI.

WAS IST GESCHEHEN MIT DEM DIGESTENTITEL *DE RITU NUPTIARUM* IM TEXT DER BASILIKEN?¹

Wie Theophilus in seiner Paraphrase fange ich mit einer Protheorie an, bevor ich auf den Digestentitel D. 23,2, zu sprechen komme: Ἔχε ταῦτα ὡς ἐν προθεωρίᾳ.

Die Basiliken, oder besser gesagt, die sechzig Bücher oder noch besser, die sechzig kaiserlichen Bücher sind eine um die neunte Jahrhundertwende unter Leon VI der Weise entstandene Sammlung und Neuordnung der justinianischen Gesetzgebung.² Sie sind nicht vom Himmel gefallen sondern waren eine Fortsetzung von Plänen die Leon's Vater, Basilios I um das Jahr 885 entwickelt hat. Basilios wollte eine 'Säuberung der alten Gesetze', Ἀνακάθαρσις τῶν νόμων zu Stande bringen. Die Säuberung vollzog sich zweifach. Zuerst sammelte man die aufgehobenen und ausser Kraft getretenen Gesetze in einem Bande, ἐν τευχος, damit ihre Ungültigkeit für alle deutlich zu erkennen wäre. Die noch geltenden Gesetze sollten klar und systematisch geordnet werden in sechzig Büchern die unterteilt wurden in Bücher (βιβλία), Titel (τίτλοι), Kapitel (κεφάλαια) und Abschnitte (θέματα).³ Also D. 23.2.67.6 heisst: Digesten, Buch 23, Titel 2, Fragment 67, Paragraph 6. D. 23.2.67.6=(Basiliken) B. 28.5.33.6, das heisst Buch 28, Titel 5, Kapitel 33, Abschnitt 6.

Innerhalb der Titel galt eine feste Reihenfolge. Zuerst kamen die Texte aus den Institutionen (selten), danach aus den Digesten, Kodex und Novellen. Die Folge der Kapitel und der Abschnitte in Digesten, Kodex und Novellen läuft fast immer parallel mit der Zählung in den Basiliken.⁴

¹ Über die Herstellung der Basiliken unter anderem: Z. CHITWOOD, *Byzantine Legal Culture and the Roman Legal Tradition*, 867-1056, Cambridge 2017, 16-35; S. TROIANOS, *Die Quellen byzantinischen Rechts*, Berlin, Boston 2017, 191-211; A. SCHMINCK, *Studien zu mittelbyzantinischen Rechtsbüchern* (Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte), Frankfurt am Main 1986, 17-54; N. VAN DER WAL, J.H.A. LOKIN, *Delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, 78-87; P.E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, in H. HUNGER, *Die hochsprachliche Literatur der Byzantiner*, II (Handbuch der Altertumswissenschaft, XII.5.2 = Byzantisches Jandbuch 5.2), München 1978, 452 ff.; H.J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, in H.J. SCHELTEMA, *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningen 2004, 58-110.

² Verschiedene Zeugnisse sprechen von 40 Büchern. Darüber A. SCHMINCK, 'Frommigkeit ziere das Werk', *Zur Datierung der 60 Bücher Leons VI*, in *Subseciva Groningana* III, 1989, 79-114.

³ S. TROIANOS, *Quellen* cit., 207: "Das Material gliederte sich in 60 'Bücher', die Bücher in 'Titel', diese in 'Kapitel' (die Angabe 'Kapitel' im Zitat eines Byzantinischen Rechtstextes lässt erkennen, dass sich das Kapitel in den Basiliken befindet, selbst wenn das zitierte Werk nicht näher bestimmt ist) und die 'Kapitel' in 'Abschnitte'.

⁴ S. TROIANOS, *Quellen* cit., 208.

Wie und auf welche Weise die Basiliken hergestellt wurden, ist immer noch ein Objekt der Forschung. Der Text des Codex stammt meistens vom Index von Thalelaios, ausser bei dem achten Buch; dieses Buch kam von Anatolios weil der entsprechende Text von Thalelaios nicht vorhanden war. Die Novellen sind der Sammlung von 168 Novellen entnommen. Die Herkunft des Digestentextes lässt sich am schwierigsten feststellen. Sie stammt zum grössten Teil von den sogenannten *Summae*, Zusammenfassungen die in der Rechtspraxis benutzt wurden. Nur die kahle Rechtsregel wurde dem lateinischen Text entnommen und übersetzt. Theoretische und historische Exkurse wurden fortgelassen; es gab nur Beschlüsse und Vorschriften. Durch die Kürze der Übersetzung ist es schwierig die *Summa* einem bestimmten Juristen zuzuschreiben. In Betracht kommen meistens zwei Juristen: Anonymus (der ältere) und Kyrillos. Beide fertigten kurze Zusammenfassungen an, die alle fünfzig Bücher der Digesten umfassten und am Rande des lateinischen Textes (des ῥητόν) beige geschrieben wurden. Eine solche Digestenausgabe mit einer *Summa in margine* wurde später ἑκδοσις genannt, ἑκδοσις τοῦ Κυρίλλου, τοῦ Ἀνωνύμου. Weil die *Summae* kaum eigene Kennzeichen hatten ist es fast unmöglich namenlos überlieferte Fragmente der *Summa Anonymi* und der *Summa Cyrilli* voneinander zu unterscheiden, denn die beiden *Summae* sind völlig unpersönlich.⁵

Fragmente von beiden *Summae* findet man in den Scholiën die ungefähr 50 bis 150 Jahre später dem Text zugefügt wurden. Während die am Rande des rheton geschriebene *Summa Cyrilli* wahrscheinlich erst von den Scholiasten der Basiliken vom originellen lateinischen Text gelöst worden ist, hat die *Summa Anonymi* schon ganz früh ein unabhängiges Leben geführt. Schon während des Lebens Justinians benutzte man die *Summa Anonymi* für die Rechtspraxis und nach dessen Tode im Jahre 565 wurde sie zum Lernstoff des Unterrichts für Anwälte, Beamten und Magistrate. Dazu wurde die *Summa* vom rheton gelöst und in eine eigene Handschrift übertragen. Um dennoch zu wissen um welche Kapitel es sich handelt, sind im durchlaufenden Text die am Anfang des lateinischen Kapitel stehenden Juristennamen in die *Summa* eingefügt, meistens mit lateinischen Buchstaben: *Ulpianu, Paulu, Gaiu* etc. Es ist ein Kennzeichen des Anonymus. In dieser Form stehen die Fragmente in der *Collectio Tripartita* aus dem Jahre 580, was bedeutet, dass die *Summa Anonymi* schon bald nach dem Tode Justinians existierte als ein selbständiges Werk.⁶ Scheltema und Brandsma haben plausibel gemacht, dass der Anonymus die Digestenübersetzung von Dorotheus benutzt hat, die sich ebenso wie die *Summae* nicht beschränkte auf die βιβλία πραττόμενα sondern alle fünfzig Bücher umfasste.⁷ Dorotheus war an erster Stelle Antezessor. Neben Dorotheus waren als Antezessoren im Unterricht der Digesten tätig Stephanos der ein grosses und von den Scholiasten benutztes Kommentar geschrieben hat und Isidoros, Theophilos und Kobidas die weniger Fragmente hinterlassen haben. Wenn ein Basilikentext weder dem Anonymus noch dem Kyrillos zugeschrieben werden kann, kommen die uns bekannten sechs Antezessoren in Betracht.

Schliesslich muss der jüngere Anonymus erwähnt werden. Dieser hat um 620 bei jedem Fragment der *Summa Anonymi* sogenannte *Paragrafai* geschrieben mit Verweisungen zu Codextexten und Novellen, Paralleltexten und Antinomiën. Weil die Zufügung

⁵ H.J. SCHELTEMA, *Das Kommentarverbot Justinians*, in H.J. SCHELTEMA, *Opera minora* cit., 405.

⁶ N. VAN DER WAL, B.H. STOLTE, *Collectio tripartita*, Groningen 1994, XXX- XXXIII, 96-110.

⁷ F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest Translation*, Groningen 1996, 41ff.; H.J. SCHELTEMA, *Opera minora* cit., 411.

geschah ohne weiteren Hinweis hat man (Heimbach unter anderen) lange Zeit gedacht, dass alle Paragrafai vom *Summator* Anonymus gefertigt wurden. Es stellte sich aber heraus, dass es um ein anderen Juristen namens Enantiophanes ging.⁸ Er ist deshalb identisch mit dem jüngeren Anonymus. Die Scholiasten aus dem 10 und 11 Jahrhundert haben die grössere Fassung des Anonymus benutzt und zahlreiche Fragmente mit Verweisungen in die Scholiën übernommen. Für den Basilikentext benutzten die Kompilatoren um 900 den meistens mit einem Juristennamen versehenen Text der originellen *Summa Anonymi*.

Ende der Protheorie. Ἐπειδὴ σοι ταῦτα προτεθεώρηται, ὄρα λοιπὸν τὸ προκείμενον.

Buch 28 in zwei Titel geteilt

Der zweite Titel von Buch 23 der Digesten handelt von der Ehe: *de ritu nuptiarum*. Der Titel umfasst 68 Fragmente (Kapitel) die Bestimmungen geben über Entstehen, Hindernisse und Auflösung der Ehe. In den Basiliken ist das Eherecht zu finden in Buch 28, Titel 4 und Titel 5. Von diesen zwei Titeln sind zwei Handschriften überliefert: Par. gr 1348 (Pa) und Laur. Plut. LXXX 11 (F). Pa stammt aus dem 13e Jahrhundert und wurde beschrieben in der Praefatio von Band A III der Groningschen Ausgabe,⁹ die Beschreibung von F, stammend aus dem 12 Jahrhundert, steht in der Praefatio von Band A IV.¹⁰

Der Stoff ist, wie gesagt, verteilt in zwei Titel, Titel 4: περὶ γάμων und Titel 5: περὶ κεκωλυμένων γάμων, von verbotenen Ehen.¹¹ Wahrscheinlich haben die Kompilatoren die Eisagoge nachgeahmt die auch einen speziellen Titel über die verbotenen Ehen verfasst hat (Titel 17), so wie auch das Prochiron (Titel 7). Inzwischen hat diese Zweiteilung des Digestentitels 23.2 eine Abweichung der normalen Reihenfolge zur Folge nämlich in dem Basilikentitel 5. Der folgende Überblick zeigt die übliche Reihenfolge (Digesten, Codex, Novellen) des vierten Titels und den abweichenden Verlauf der Einteilung des fünften Titels:

⁸ N. VAN DER WAL, *Wer war der Enantiophanes?* In TR 48, 1980, 125-136.

⁹ Basilicorum Libri LX, series A Textus, ediderunt H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, D. HOLWERDA (BT); Basilicorum Libri LX, series B Scholia, ediderunt H.J. SCHELTEMA, D. HOLWERDA, N. VAN DER WAL (BS). Cf. L. BURGMANN, M.-T. FÖGEN, A. SCHMINCK, D. SIMON, *Repertorium der Handschriften des byzantinischen Rechts*. I. *Die Handschriften des weltlichen Rechts*, in *Forschungen zur byzantinischen Rechtsgeschichte*, 20, 1995, nr. 161, S.190.

¹⁰ Cf. L. BURGMANN, M.-T. FÖGEN, A. SCHMINCK, D. SIMON, *Repertorium der Handschriften des byzantinischen Rechts* cit., nr. 71, S. 89.

¹¹ Cf. C.G.E. HEIMBACH, *Prolegomena Basilicorum*, nachdruck 1962, Lib. II, cap. III S. 124-125, Fussnote 1: Nonnunquam fragmenta eiusdem tituli Digestorum et Codicis sub diversis Basilicorum titulis reposita sunt, veluti tituli Digestorum *de iure nuptiarum* et tituli Codicis *de nuptiis* sub Basilicorum lib. XXVIII tit. 4.5. In den Titeln 5, 6, 7 und 8 des fünften Buches des Codex sind einige spärliche Texte über ungültigen Ehen zu finden.

B. 28, Titel 4	B. 28, Titel 5a	B. 28, Titel 5b
D. 23.2.1 = 1	I. 3.2 = 1	<u>D. 23.2.14(2.3) = 16</u>
D. 23.2.1 = 2	I. 1.10 = 2	D. 23.2.16 = 17
D. 23.2.4 = 3	<u>D. 23.2.14 = 3</u>	D. 23.2.28-29 = 18
D. 23.2.5 = 4	D. 23.2.15 = 4	D. 23.2.32 = 19
D. 23.2.6 = 5	D. 23.2.39 pr. = 5	<u>D. 23.2.35 = 20</u>
D. 23.2.7.5 = 6	D. 23.2.40 = 6	C. 5.4.7 = 21
D. 23.2.10 = 7	D. 23.2.42 = 7	<u>D. 23.2.36 = 22</u>
D. 23.2.11 = 8	D. 23.2.54 = 8	<u>D. 23.2.37 = 23</u>
D. 23.2.12 pr. = 9	D. 23.2.55 = 9	D. 23.2.44(8) = 24
D. 23.2.13 = 10	<u>D. 23.2.62(1.2) = 10</u>	<u>D. 23.2.45(6) = 25</u>
D. 23.2.19 = 11	D. 23.2.26 = 11	D. 32.2.51 = 26
D. 23.2.20 = 12	<u>D. 23.2.67(2.4) = 12</u>	C. 5.6.7 = 27
D. 23.2.24.43(pr. 1-9) = 13	D. 3.2.11(2.1) = 13	D. 23.2.60 = 28
D. 23.2.25 = 14	C. 9.13.1(2) = 14	<u>D. 23.2.62(pr. 2) = 29</u>
D. 23.2.33 = 15	C. 5.4.26(2) = 15	D. 23.2.64 = 30
D. 23.2.34 (pr.-1) = 16		C. 5.4.3 = 31
<u>D. 23.2.35 = 17</u>		D. 23.2.66 = 32
<u>D. 23.2.36 = 18</u>		<u>D. 23.2.67(pr. 6) = 33</u>
<u>D. 23.2.37 = 19</u>		D. 23.2.68 = 34
D. 23.2.38 = 20		C. 5.5.2 = 35
<u>D. 23.2.45(1-6) = 21</u>		C. 5.6.1 = 36
D. 23.2.52 = 22		C. 5.6.4 = 37
D. 23.2.65(pr.) = 23		C. 5.6.7 = 38
<u>D. 23.2.67(3.5) = 24</u>		C. 5.7.1 = 39
Kodex und Novellen		C. 5.8.1 = 40
		Nov. 22c. 17pr. = 41

Bevor wir die Eigentümlichkeiten des fünften Titels besprechen, wollen wir auf die vielen Texte aufmerksam machen die nicht in die Basiliken übertragen wurden, weder in Titel 4 noch in Titel 5. Von den 68 in den Digesten aufgenommenen Kapitel sind 29 nicht oder nur teilweise in den Basiliken zu finden.¹² Wenn man die weggelassenen Texte liest, sieht man dass viele von verbotenen Ehen handeln. Man fragt sich warum sie nicht aufgenommen wurden in Titel 5, der speziell dafür verfasst wurde. Heimbach meint dass sie absichtlich ausgelassen wurden weil die nicht aufgenommenen Bestimmungen durch Kodexkonstitutionen abgeschafft wurden. Aber liest man die nicht aufgenommenen Bestimmungen, dann stellt sich heraus, dass der Kodex nicht so oft eingreift wie Heimbach meint.¹³ Sind alle diese Texte verlagert worden in das *Ev Teύχος*, in dem ja die abgeschafften oder ausser Kraft getretenen Gesetze gesammelt wurden?

¹² Aufzählung bei Heimbach: C.G.E. HEIMBACH, *Prolegomena Basilicorum*, nachdruck Amsterdam 1962, lib. I, cap. V, S. 53. Ausgelassen sind: D. 23.2-3; 8; 9; 11(1-4); 17; 18; 21; 22; 23; 27; 30; 31; 39(1); 43(10-14); 44(pr.17); 46; 47; 48; 49; 50; 51(pr.); 53; 56; 58; 59; 61; 63; 65(1); 67(1).

¹³ So behauptet er dass die Regel von D. 23.2-3, die sagt dass die aus zwei Söhnen geborenen Enkel und Enkelinnen nur mit Zustimmung des Grossvaters *in potestate* mit einander heiraten können, abgeschafft worden ist von B. 28.5.1. C.G.E. HEIMBACH, *Prolegomena Basilicorum* cit., lib. I, cap. V, 53. Dieser Text stammt aber von den Instituten.

Titel 5 zweigeteilt?

Wie gesagt ist der Digestentitel über das Eherecht in den Basiliken in zwei Teile aufgeteilt. Dadurch haben die Kompilatoren den Titel 23.2 auseinandergerissen, nicht nur die Kapitel sondern auch die Abschnitte innerhalb der Kapitel. Ein gutes Beispiel gibt Kapitel D. 23.2.67 von Tryphoninus das aus sieben Abschnitten besteht. Das Kapitel ist in drei Stücke zerfasert worden und an drei verschiedenen Stellen in den Basiliken zu finden: die zwei Abschnitte 3 und 5 handeln von gültigen Ehen und stehen demzufolge im vierten Titel (B. 28.4.24), Die vier Abschnitte pr.2.4.6.7 handeln von verbotenen Ehen und stehen also in Titel 5¹⁴ Daraus ist zu schliessen, dass den Kompilatoren tatsächlich ein dogmatischer Unterschied vor Augen stand. Bleibt aber die Frage warum die Kompilatoren die vier Abschnitte des Kapitels 67 in Titel 5 nicht zusammengefasst haben, sondern in zwei separate Basilikenkapitel gesetzt haben: 67.2 und 4 stehen in B. 28.5.11, während 67pr. und 6 in B. 28.5.33 stehen. Titel 5 scheint aus zwei Hälften zu bestehen. Nach den Instituten, Digesten und Kodex fängt eine neue Reihe an mit Digesten Codex und (einer) Novelle. Die Zäsur zwischen den zwei Hälften befindet sich am Anfang der neuen Reihe, also zwischen B. 28.5.15 und B. 28.5.16 das heisst nach C. 5.4.26.2 und vor D. 23.2.14.2-3. Ich werde ab jetzt die erste Hälfte mit 5a und die zweite mit 5b bezeichnen. Die Zäsur ist auch an den entsprechenden Titeln der Eisagoge und des Prochirons erkennbar. Titel 17 der Eisagoge und Titel 7 des Prochirons enthalten die gleichen Texte von 5a in der gleichen Reihelfolge und hören dann nach C. 5.4.26.2 auf.

Nicht nur sind vier Abschnitte in zwei separaten Basilikenkapitel gesetzt, erstaunlicher ist dass sechs Digestentexte in den Basiliken zweimal vorkommen in unterschiedlichen Worten. Sechsmal wird ein Digestentext im Basilikentext wiederholt. Vier Digestenfragmente stehen sowohl in Titel 4 als in Titel 5b; zwei Digestenfragmente in Titel 5a werden wiederholt in 5b. Die wiederholten Texte stehen also alle in Titel 5b.

Was ist geschehen? Bevor wir eine Antwort geben, werden wir zuerst die zweimal vorkommenden Texte kurz besprechen.¹⁵

Vier Digestentexten aus Titel 4, wiederholt im Titel 5b

I

D. 23.2.35: *Idem (Papinianus) libro sexto responsorum: Filius familias miles matrimonium sine patris voluntate non contrahit.*¹⁶

B. 28.4.17 (BT 1328, 12-13): **Ὁ ὑπεξούσιος στρατιώτης οὐ δύναται γαμεῖν δίχα τῆς τοῦ πατρὸς συναίνεσεως.**

B. 28.5.20 (BT 1349, 6-7): **Ὁ ὑπεξούσιος στρατιώτης οὐ γαμεῖ παρὰ γνώμην τοῦ πατρὸς.**¹⁷

¹⁴ Abschnitt 1 (23.2.67.1) ist nicht in den Basiliken aufgenommen.

¹⁵ Wir benutzen die Groningsche Ausgabe: *Basilicorum Libri LX*, series A Textus, ediderunt H.J. SCHELTEMA, N. VAN DER WAL, D. HOLWERDA (BT); *Basilicorum Libri LX*, series B Scholia, ediderunt H.J. SCHELTEMA, D. HOLWERDA, N. VAN DER WAL (BS).

¹⁶ Die Übersetzungen aus dem Lateinischen stammen aus dem *Corpus Iuris Civilis*, Text und Übersetzung von Rolf Knütel c.s.: Ein Haussohn kann, auch wenn er Soldat ist, nicht ohne Zustimmung seines Vaters eine Ehe eingehen.

¹⁷ Die Übersetzungen aus dem Griechischen wurden von mir gemacht: Ein *sub potestate* stehender Soldat heiratet nicht ohne Zustimmung seines Vaters.

Der Text steht in Titel 4 und in Titel 5b. Das ist begreiflich denn es handelt sich hier um bedingte Verbote. Die Ehe eines Soldaten *sub potestate* ist verboten ohne Genehmigung seines Vaters. Die Ehe ist gültig wenn der Vater zustimmt.

Es ist unwahrscheinlich, dass die beiden Texte von derselber Summa stammen. Der Wortlaut ist zu verschieden. Vielleicht ist ein Text von Anonymus und der andere von Kyrillos. Wir wissen nicht wer zu welchem Text gehört, denn es gibt keinen Juristennamen am Anfang.¹⁸

II

D. 23.2.36: *Paulus libro quinto quaestionum: Tutor vel curator adultam uxorem ducere non potest, nisi a patre desponsa destinatave testamentove nominata condicione (testamento nominatam condicionem) nuptiis secuta fuerit.*¹⁹

D. 23.2.37: *Idem (Paulus) libro septimo responsorum: Libertum curatoris puellae prohiberi oportet uxorem eandem ducere.*²⁰

Text B. 28.4.18 (= D. 23.2.36; BT 1328, 14-19)

Παύλου. Οὔτε ὁ ἐπίτροπος οὔτε ὁ κουράτωρ δύναται τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ποτε ἢ τὴν κουρατωρευομένην πρὸς γάμον λαβεῖν, πλὴν εἰ μὴ ἄρα ταύτην αὐτῷ περιὼν ἐμνήστευσεν ὁ πατὴρ ἢ καὶ ἄλλως ἀφόρισεν ἢ κατὰ τὴν οἰκείαν διαθήκην ἐμνημόνευσεν ὥστε τυχὸν γαμηθῆναι ταύτην τῷ Πέτρῳ, καὶ συνέβη τὸν Πέτρον ἐπίτροπον ἢ κουράτωρα γενέσθαι τῆς κόρης, ὥτινι τὴν βούλησιν φυλάττουσα τοῦ πατρὸς συνήφθη πρὸς γάμον ἢ κόρη.²¹

Der Text fängt an mit **Paulu** was ein Zeichen der Summa Anonymi ist.²²

B. 28.5.22 (BT 1349, 12-14) Ὁ ἐπίτροπος ἢ ὁ κουράτωρ οὐ γαμεῖ τὴν νέαν, εἰ μὴ ὁ πατὴρ αὐτὴν ἐμνήστευσεν ἢ ἐν διαθήκῃ παρεκελεύσατο, (B. 28.5.23) οὔτε ὁ ἀπελεύθερος τοῦ κουράτωρος.²³

¹⁸ Beim ersten Text (4.17) sind zwei Scholiën zugefügt worden. Dieselbe Scholia kommen beim zweiten Text (5.20) vor, nun in umgekehrter Reihenfolge. Die zwei Scholiën des Anonymus enthalten die gleichen Referenzfehler.

¹⁹ Übersetzung: Ein Vormund oder ein Pfleger kann seine mündige Schutzbefohlene nicht zur Ehefrau nehmen, ausser wenn sie von ihrem Vater mit ihm verlobt oder für ihn als Ehefrau vorgesehen ist oder testamentarisch bestimmt wurde und (ihre Zustimmung) die Bedingung für die Eheschliessung ist.

²⁰ Übersetzung: Dem Freigelassenen des Pflegers einer jungen Frau ist zu verbieten, diese zur Ehefrau zu nehmen.

²¹ Der Text wurde überliefert in F und in Pa. Übersetzung: Von Paulus. Weder der Vormund, noch der Pfleger kann die einst unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehende Schutzbefohlene zur Ehefrau nehmen, ausser wenn der noch lebende Vater ihn mit ihr verlobt hat oder sie auch sonst für ihn vorgesehen hat oder testamentarisch bestimmt hat dass sie zum Beispiel mit Petrus heiraten würde und es geschah, dass Petrus der Vormund oder Pfleger des Mädchen geworden war, mit dem sie die Ehe eingegangen ist, dem Willen ihres Vaters gehorchend.

²² Auch Mommsen (ed. maior) schreibt den Text dem Anonymus zu, wegen Paulu.

²³ Übersetzung: Der Vormund oder der Pfleger nimmt die Schutzbefohlene nicht zur Ehefrau, ausser wenn der Vater sie mit ihm verlobt hat oder sie in seinem Willen für ihn bestimmt hat, und auch nicht der Freigelassene des Pflegers.

Die zwei Handschriften F und Pa übersetzen die zwei Digestenfragmente D. 23.2.36 und D. 23.2.37 in einem Satz ohne Unterbrechung. In der Edition von Heimbach und von Scheltema ist dieser Satz in zwei Fragmente (B. 28.5.22 und B. 28.5.23) unterteilt worden. Der Text ist äusserst kurz.

Bei B. 28.5.22 (D. 23.2.36) steht in F ein *Scholion* (1) das keinen Namen hat und identisch ist mit dem *Text* von Titel 4. Der einzige Unterschied ist der Name Primus statt Petrus.

Scholion 1 bei B. 28.5.22 (BS 1856, 14-23) **Οὔτε ὁ ἐπίτροπος οὔτε ὁ κουράτωρ δύναται τὴν ἐπιτροπευθεῖσάν ποτε ἢ τὴν κουρατωρευομένην πρὸς γάμον λαβεῖν, πλὴν εἰ μὴ ἄρα ταύτην αὐτῷ περιὼν ἐμνήστευσεν ὁ πατήρ ἢ καὶ ἄλλως ἀφώρισεν, ἢ κατὰ τὴν οἰκειάν διαθήκην ἐμνημόνευσεν, ὥστε τυχὸν γαμηθῆναι ταύτην τῷ Πρίμῳ, καὶ συνέβη τὸν Πρίμον ἐπίτροπον ἢ κουράτωρα γενέσθαι τῆς κόρης, ὧτινι τὴν βούλησιν φυλάττουσα τοῦ πατρὸς συνήφθη πρὸς γάμον ἢ κόρη. Καὶ σημειῶσαι, πότε δύναται ὁ ἐπίτροπος καὶ ὁ κουράτωρ τὴν ὑπ' αὐτοῦ κηδεμονευομένην γυναῖκα λαβεῖν. Ἀνάγνωθι τὸ ξβ'. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. εἰδῶς, ὅτι οὔτε ὁ υἱὸς ἢ ἔγγονος τοῦ ἐπιτρόπου δύναται δῖχα τῶν εἰρημένων αἰτιῶν τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἢ τοῦ πάπου γαμεῖν· τοῦτο γάρ φησιν ὁ Παῦλος ἐν τῷ νθ'. διγ.²⁴**

Sehen wir uns jetzt die beiden Texte an, dann fällt sofort auf dass der Basilikentext 4.18 (= 36) derselbe ist wie das *Scholion* bei 5.22 bis **Καὶ σημειῶσαι.**²⁵

²⁴ Übersetzung: Weder der Vormund, noch der Pfleger kann die einst unter Vormundschaft oder Pflegschaft stehende Schutzbefohlene zur Ehefrau nehmen, ausser wenn der noch lebende Vater sie mit ihm verlobt hat oder sie auch sonst von ihm vorgesehen ist oder er testamentarisch bestimmt hat dass sie zum Beispiel mit Primus heiraten würde und es geschah, dass Primus der Vormund oder Pfleger des Mädchen geworden war, mit dem sie die Ehe eingegangen ist, dem Willen ihres Vaters gehorchend.

Und lerne, wann der Vormund und der Pfleger die ihm anvertrauten Frau heiraten können. Lies das Fragment 62 dieses Titels, wissend, dass weder der Sohn noch der Enkel des Vormundes das dem Vater oder Grossvater anvertraut gewesene Mädchen heiraten können ohne die angegebenen Gründe. Denn das ist es was Paulus sagt im Fragment 59.

²⁵ Beide Texte (4.18 und 5.22) haben zwei Scholiën die identisch sind (BS 1822, 17-23 = BS 1856, 14-23) in dem Sinne dass **Scholion 1** bei 5,22 anfängt mit **Οὔτε ὁ ἐπίτροπος** (siehe oben) und bei 4,18 anfängt bei **Καὶ σημειῶσαι.**

Καὶ σημειῶσαι, πότε δύναται ὁ ἐπίτροπος καὶ ὁ κουράτωρ τὴν ὑπ' αὐτοῦ κηδεμονευομένην γυναῖκα λαβεῖν. Ἀνάγνωθι τὸ ξβ'. διγ. τοῦ παρόντος τιτ. εἰδῶς, ὅτι οὔτε ὁ υἱὸς ἢ ἔγγονος τοῦ ἐπιτρόπου δύναται δῖχα τῶν εἰρημένων αἰτιῶν τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ὑπὸ τοῦ πατρὸς ἢ τοῦ πάπου γαμεῖν· τοῦτο γάρ φησιν ὁ Παῦλος ἐν τῷ νθ'. διγ.

Scholion 2 bei 4.18 und 5.22 ist identisch (BS 1822, 23-26 = BS 1856, 24-27) und trägt den Namen des Anonymus.

Τοῦ Ἀνωνύμου. Ὅμοιως διγ. νη'. (59), νθ'. (60), ξα'. (62), ξγ'. (64), ξε'. (66), ξς'. (67). Καλῶς δὲ τὴν μητέρα τοῦ ἐπιτροπευομένου γαμεῖ ὁ ἐπίτροπος, ἐφ' οὗ θέματος καὶ καλῶς τὴν πουπίλλαν υἱοθετεῖται, ὡς βιβ. α'. τιτ. β'. (7) διγ. λβ'. καὶ βιβ. ε'. τοῦ Κωδ. τιτ. νη'. διατ. γ'. καὶ τιτ. ξβ'. διατ. ιθ'.

Die Scholiën bei 4.18 stehen in F en Pa, die Scholiën bei 5.22 fehlen in Pa. Pa hat nur: **Καὶ σημειῶσαι, πότε δύναται ὁ ἐπίτροπος καὶ ὁ κουράτωρ τὴν ὑπ' αὐτοῦ κηδεμονευομένην γυναῖκα λαβεῖν. Ἀνάγνωθι τὸ ξβ'. διγ. ἤτοι κεφ. τοῦ παρόντος τιτ. κ'.** Übersetzung: Und lerne, wann der Vormund und der Pfleger die ihm anvertrauten Frau heiraten können. Lies fr. 62 oder kap. 20 dieses (Basiliken) titels.

Was ist hier geschehen?

Wahrscheinlich ist der Anonymustext (= Basilikentext B. 28.4.18) abgeschrieben als Scholion bei B. 28.5.22. Wenn die Worte tatsächlich vom Anonymus sind könnte der äusserst kurze Text von Kyrillos stammen. Mir ist nicht bekannt ob es öfter vorkommt, dass ein Basilikentext gebraucht wird als Scholion bei einem anderen Text.

III

D. 23.2.37 dass in 5.23 nur aus einigen Worten besteht (οὐτε ὁ ἀπελεύθερος τοῦ κουράτωρος) gibt in 4.19 eine ordentliche Übersetzung vom lateinischen Text der anfängt mit dem Wort **Idem**:

B. 28.4.19 (BT 1328, 20-22):

Idem. Ὁ τοῦ κουράτωρος ἀπελεύθερος οὐ δύναται πρὸς γάμον λαβεῖν τὴν ὑπὸ τοῦ οἰκείου πάτρωνος κουρατωρευομένην.²⁶

Auch hier haben anscheinend der Anonymus (4.19) und Kyrillos (5.23) die Texte abgefasst.

IV

D. 23.2.45.6: *Ulpianus libro tertio ad legem Iuliam et Papiam: Si ab hostibus patronus captus esse proponatur, vereor ne possit ista (liberta) conubium habere nubendo, quemadmodum haberet, si mortuus esset. Et qui Iuliani sententiam probant, dicerent non habituram conubium: putat enim Iulianus durare eius libertae matrimonium etiam in captivitate propter patroni reverentiam. Certe si in aliam servitutem patronus sit deductus, procul dubio dissolutum esset matrimonium.*²⁷

B. 28.4.21 (BT 1330. 10-17): Ἐὰν ὁ πάτρων αἰχμάλωτος γέγονεν, οὐ δύναται ἡ ἀπελευθέρα λοιπὸν ἕτερον συναλλάττειν γάμον· ὁ γὰρ νόμος καὶ μετὰ τὴν αἰχμαλωσίαν φυλάττεσθαι λέγει τὸν πρὸς τὴν ἀπελευθέραν καὶ τὸν πάτρωνα γάμον διὰ τὴν ὀφειλομένην τῷ πάτρωνι τιμὴν. Ἅτερον ἐστίν, εἰ μὴ κατὰ τὸν τῆς αἰχμαλωσίας τρόπον, ἀλλὰ καθ' ἕτερον συνέβη καταδουλωθῆναι τὸν πάτρωνα, οἷον εἰ διὰ τὸ μετασχεῖν μέρους τιμῆς ἑαυτοῦ πέπρακεν ἑαυτὸν καὶ κατεδουλώθη· ἐνταῦθα γὰρ δίχα πάσης ἀμφιβολίας ὁ πρὸς αὐτὸν καὶ τὴν ἀπελευθέραν διαλύεται γάμος.²⁸

²⁶ Übersetzung: Derselbe. Der Freigelassene des Pflegers kann nicht heiraten mit der unter der Pflerschaft seines eigenen Freilassers stehenden Frau.

²⁷ Übersetzung: Wird vorgetragen, der Freilasser sei in Kriegsgefangenschaft geraten, befürchte ich, dass der (mit ihm verheirateten) Freigelassenen das Recht zusteht, eine (neue) Ehe einzugehen, wie es ihr zustehen würde, wenn er gestorben wäre. Und diejenigen, die der Meinung Julians zustimmen, werden sagen, dass sie dieses Recht nicht hat. Julian nimmt nämlich an, die Ehe einer solchen Freigelassenen bestehe aufgrund der dem Freilasser geschuldeten Ehrerbietung sogar während der Kriegsgefangenschaft fort. Sei der Freilasser allerdings in eine andere Art von Sklaverei geraten, so sei die Ehe ohne jeden Zweifel aufgelöst.

²⁸ Übersetzung: Wenn der Freilasser in Kriegsgefangenschaft geraten ist, kann seine von ihm freigelassene Frau nicht mehr einen anderen heiraten. Denn das Gesetz sagt das die Ehe zwischen dem Freilasser und der Freigelassenen aufrechterhalten werden muss auch nach der Kriegsgefangenschaft aufgrund der dem Freilasser geschuldeten Ehrerbietung. Anders ist es, wenn der Freilasser nicht in Sklaverei geraten ist durch Kriegsgefangenschaft sondern auf andere Art und Weise, zum Beispiel wenn er sich selber verkauft hat und Sklave geworden ist um den Kaufpreis zu teilen. Dann sei die Ehe mit der Freigelassenen ohne jeden Zweifel aufgelöst.

B. 28.5.25 (BT 1349, 17-19) Ἐὰν αἰχμάλωτος γένηται ὁ πατέρων, οὐ δύναται ἡ ἀπελευθέρα ἐτέρῳ γαμείσθαι· διὰ γὰρ τὴν τιμὴν τοῦ πατρωνος μένει ὁ γάμος αὐτῶν. Εἰ δὲ ἄλλως ὁ πατέρων καταδουλωθῇ, λύεται ὁ γάμος.²⁹

Hier ist deutlich der Unterschied erkennbar zwischen der kurzen Übersetzung des Anonymus in B. 28.5.25 und der ausführlicheren in B. 28.4.21. B. 28.4.21 fehlt in Pa. F gibt das ganze Kapitel 45 wieder und hat am Anfang den Namen **Ulpianu**. Das deutet auf die Summa Anonymi aber der Stil ist zu üppig. Der Text hat einige Merkmale vom Index des Stephanos der in diesem sehr seltenen Fall als Text der Basiliken benutzt worden ist.³⁰ So werden nämlich in B. 28.4.21.3 einige Fragen gestellt die aus dem Unterricht stammen. Τί οὖν; Ἄρα δύναται; Zwei vom lateinischen Text abweichende Änderungen fallen auf. Der griechische Text spricht nicht von Julianus sondern von ὁ νόμος, dem Gesetz. Und ausserdem gibt der Text ein Beispiel von nicht durch Kriegsgefangenschaft entstandene Sklaverei, nämlich dann, wenn Jemand sich selbst als Sklave verkauft *ad pretium participandum*.

Zwei Digestentexte wiederholt innerhalb Titel 5

Bis jetzt haben wir zwei dieselbe Digestentexte besprochen die in zwei verschiedenen Basilikentitel (4 und 5). standen. Zweimal kommt ein gleicher Digestentext vor in Titel 5a und in Titel 5b. Kapitel 3 und 16 (= D. 23.2.14.2-3) einerseits und 10 und 29 (= D. 23.2.62.2) andererseits.

V

D. 23.2.14.2: [2] *Paulus libro trigesimo quinto ad edictum: Serviles quoque cognationes in hoc iure observandae sunt. Igitur suam matrem manumissus non ducet uxorem: tantundem iuris est et in sorore et sororis filia. Idem e contrario dicendum est, ut pater filiam non possit ducere, si ex servitute manumissi sint, etsi dubitetur patrem eum esse. Unde nec vulgo quaesitam filiam pater naturalis potest uxorem ducere, quoniam in contrahendis matrimoniis naturale ius et pudor inspiciendus est: contra pudorem est autem filiam uxorem suam ducere. [3] Idem tamen, quod in servilibus cognationibus constitutum est, etiam in servilibus adfinitatibus servandum est, veluti ut eam, quae in contubernio patris fuerit, quasi novercam non possim ducere, et contra eam, quae in contubernio filii fuerit, patrem quasi nurum non ducere: aequae nec matrem eius, quam quis in servitute uxorem habuit, quasi socrum. Cum enim cognatio servilis intellegitur, quare non et adfinitas intellegatur? Sed in re dubia certius et modestius est huiusmodi nuptiis abstinere.*³¹

²⁹ Übersetzung: Wenn der Freilasser Kriegsgefangener geworden ist, kann die Freigelassene nicht einen anderen heiraten, weil die Ehe gültig bleibt aufgrund der dem Freilasser geschuldeten Ehrerbietung. Wenn der Freilasser auf andere Art und Weise in Sklaverei gerät, wird die Ehe aufgelöst.

³⁰ Cf. BT 1329,8 – 1330,18; Anmerkung: c. 21 *totum om. Pa; quae habet F non ex Anonymi sed e Stephani versione hausta esse videntur*. Beim Wort **μνηστευθεῖσα** in D. 23.2.45.4 (BT 1329, 24), steht Scholion 8 das endet mit einem Verweis auf die Basiliken: (BS 1825,25-29: Πρὸς τοῖς εἰρημένοις δεῖ καὶ τοῖς ῥήμασιν ἐκείνοις προσέχειν τοῦ νόμου· φησὶ γὰρ ὁ νόμος· ἄκοντος τοῦ πατρωνος ἐτέρῳ μὴ γαμείσθω ἢ ἅπαξ τοῦτῳ συναυθεῖσα πρὸς γάμον. Ἄκοντα δὲ προσήκει νοεῖν τὸν μὴ ἰδικῶς συναινέσαντα ἐπὶ τῇ διαλύσει τοῦ πρὸς τὴν οἰκείαν ἀπελευθέραν γάμου καὶ τὰ ἐξῆς, ὡς ἐν τῷ βασιλικῷ κεῖται.

³¹ Übersetzung 2. Auch die Blutsverwandschaft unter Sklaven ist in diesem Rechtsgebiet zu beachten.

B. 28.5.3 (2) (BT 1345, 15-22)

2. **Paulu** Καὶ ὁ φυσικὸς γὰρ πατὴρ οὐ λαμβάνει τὴν πορνογενῆ αὐτοῦ θυγατέρα· τὸ φύσει γὰρ δίκαιον καὶ τὸ εὐπρεπὲς ἐν τοῖς γάμοις σκοπεῖται. 3. Τὰ αὐτὰ καὶ περὶ δουλικῆς συγγενείας καὶ ἀγχιστείας φυλάττεσθαι χρή.³²

B. 28.5.16 (15) (BT 1348, 12-19)

2. Ἐπὶ τῶν γάμων καὶ αἱ δουρικαὶ συγγένειαι σκοποῦνται. Εἰ γὰρ καὶ ἐλευθερωθῶσιν, οὐ λαμβάνει ὁ υἱὸς μητέρα ἢ ἀδελφὴν ἢ ἀδελφῆς θυγατέρα, κἂν ἀμφιβάλληται πατὴρ εἶναι. Καὶ ὁ φυσικὸς γὰρ πατὴρ οὐ λαμβάνει τὴν πορνογενῆ αὐτοῦ θυγατέρα· τὸ φύσει γὰρ δίκαιον καὶ τὸ εὐπρεπὲς ἐν τοῖς γάμοις σκοπεῖται.

3. Τὰ αὐτὰ καὶ περὶ δουλικῆς ἀγχιστείας· οὐ γὰρ λαμβάνει ὁ υἱὸς τὴν γενομένην ἐν τῇ συναφείᾳ τοῦ πατρὸς αὐτοῦ, οὔτε ὁ πατὴρ τὴν τοῦ υἱοῦ, οὔτε τὴν μητέρα τῆς συναφθείσης αὐτῷ.³³

Die beiden Texte sind verschieden, haben dennoch einen Satz gemein. In beiden Texten steht: Καὶ ὁ φυσικὸς γὰρ πατὴρ οὐ λαμβάνει τὴν πορνογενῆ αὐτοῦ θυγατέρα· τὸ φύσει γὰρ δίκαιον καὶ τὸ εὐπρεπὲς ἐν τοῖς γάμοις σκοπεῖται. Auch die Eisagoge (17.17) und das Prochiron (7.11) haben denselben Satz. BT 1345 fängt an mit **Paulu**, was deutet auf den Anonymus. Von welcher Hand ist der längere Tekst von BT 1348? Von Dorotheus?

Der erste Satz vom lateinischen Text steht nur in BT 1348, der eine ordentliche Übersetzung von 14.2. und 14.3 gibt. Nur die zwei letzten lateinischen Sätze von 14.3 bleiben unübersetzt. Diese letzten Sätze kommen vor in Scholion 1 in fine: (BS 1848,19-23) Von Stephanos. Von 14.3 hat BT 1345 nur einen einzigen Satz: Τὰ αὐτὰ καὶ περὶ δουλικῆς συγγενείας καὶ ἀγχιστείας φυλάττεσθαι χρή.

Daher kann ein freigelassener Sklave seine Mutter nicht zur Ehefrau nehmen. Dasselbe gilt auch für die Schwester und die Tochter der Schwester. Ebenso muss man umgekehrt sagen, dass der Vater seine Tochter nicht heiraten kann, wenn beide aus der Sklaverei entlassen sind, auch wenn zweifelhaft ist, ob er ihr Vater ist. Daher kann auch ein leiblicher Vater auch seine nichteheliche Tochter nicht zur Ehefrau nehmen, weil für die Regelungen über die Eingehung der Ehe auf das Naturrecht und das Schamgefühl, Rücksicht zu nehmen ist. Es verstößt aber gegen das Schamgefühl, die eigene Tochter zur Frau zu nehmen.

3. Dasselbe aber, was für die Blutsverwandschaft unter Sklaven bestimmt worden ist, muss man auch bei der Schwägerschaft unter Sklaven beachten, beispielsweise dass ich die Sklavin, die mit meinem Vater in Geschlechtsgemeinschaft gelebt hat, gewissermassen als meine Stiefmutter (nach deren Freilassung) nicht heiraten kann, und umgekehrt der Vater die Sklavin, die mit dem Sohn in Geschlechtsgemeinschaft gelebt hat, gewissermassen als seine Schwiegertochter nicht heiraten kann, ebenso wie jemand die Mutter der Frau, die er in der Sklaverei zur Frau gehabt hat, gewissermassen als seine Schwiegermutter nicht heiraten kann. Denn wenn eine Blutsverwandschaft unter Sklaven anerkannt wird, warum soll es dann nicht auch eine Schwägerschaft geben? Im Zweifel aber ist es sicherer und vernünftiger, sich einer Ehe dieser Art zu enthalten.

³² Übersetzung: 2. Von Paulus. Der leibliche Vater heiratet nicht seine eigene nichteheliche Tochter, weil für die Regelungen über die Eingehung der Ehe auf das Naturrecht und das Schamgefühl, Rücksicht zu nehmen ist.

3. Dasselbe muss man auch bei der Blutsverwandschaft und der Schwägerschaft unter Sklaven beachten.

³³ Übersetzung 2. Auch die Blutsverwandschaft unter Sklaven ist zu beachten. Daher kann wenn sie freigelassen worden sind, der Sohn seine Mutter oder seine Schwester oder die Tochter der Schwester nicht zur Ehefrau nehmen, auch wenn zweifelhaft ist, ob er ihr Vater ist. Der leibliche Vater heiratet nicht seine eigene nichteheliche Tochter, weil für die Regelungen über die Eingehung der Ehe auf das Naturrecht und das Schamgefühl, Rücksicht zu nehmen ist.

3. Dasselbe muss man auch bei der Schwägerschaft unter Sklaven beachten. Daher kann der Sohn nicht die Frau heiraten die mit seinem Vater in sklavischer Geschlechtsgemeinschaft gelebt hat, oder der Vater die Frau die mit seinem Sohn in Geschlechtsgemeinschaft gelebt hat, oder die Mutter der Frau die mit ihm in Geschlechtsgemeinschaft gelebt hat.

VI

D. 23.2.62.2: *Idem (Papinianus) libro quarto responsorum: Tutor, qui rationes curatorii reddidit, puellam (pupillam) suam ante constitutum tempus aetatis eius uxorem ducere nec matrem ex alio matrimonio factam potest.*³⁴

B. 28.5.10 (9) (BT 1347, 7-10):

2. Παριανὺ. Κὰν ἀποδῶ τοὺς λόγους ὁ ἐπίτροπος τῷ κουράτωρι, τὴν ἐπιτροπευθεῖσαν ὑπ' αὐτοῦ οὐ δύναται λαβεῖν, ἕως οὗ γένηται εἰκοσιπέντε ἐτῶν καὶ ὁ τῆς ἀποκαταστάσεως τετραετῆς χρόνος παραδράμῃ, κὰν τὰ μάλιστα συναφθεῖσα πρὸς γάμον ἑτέρῳ παιῖδας ἔσχεν.³⁵

B. 28.5.29 (BT 1351, 1-3):

2. Κὰν ἀποδῶ τοὺς λόγους ὁ ἐπίτροπος τῷ κουράτωρι, τὴν ὀρφανὴν οὐ δυνατόν γαμῆσθαι, ἕως οὗ τῶν ἐντελῶν γένηται, κὰν ἐξ ἑτέρου γάμου τέτοκεν.³⁶

Ad B. 28.5.10: Der Text fängt an mit dem Namen **Parianu** während der lateinische Text (62) anfängt mit **Idem** infolge des vorhergehenden Textes (61) der tatsächlich von Papinianus stammt.

Der Inhalt weicht ab vom lateinischen Text. Das Latein erwähnt nicht den im griechischen Text mitgeteilten vierjährigen Restitutionstermin: ὁ τῆς ἀποκαταστάσεως τετραετῆς χρόνος.

Wo kommt dieser Termin her?³⁷ Die gleichen Worte werden erwähnt in einem Scholion das sich in Cod Bodlejanus 3399 i.e. Codex Selden *supra* 11 befindet.³⁸ Dieser Codex enthält eine *Epitome ad Prochiron mutata* und in Titel 7.20 steht der genaue Text von 28.5.10. Im Text des Prochirons kommt 28.5.10 nicht vor.³⁹

Ad B. 28.5.29: Die griechische Übersetzung spricht nicht von einem Restitutionstermin.

³⁴ Übersetzung: Ein Vormund, der dem Pfleger Verantwortung abgelegt hat, kann die junge Frau, die sein Mündel war, vor der für sie festgesetzten Zeit, nicht heiraten, auch dann nicht, wenn sie Mutter in einer anderen Ehe geworden ist.

³⁵ Übersetzung: Von Papinian. Auch wenn der Vormund dem Pfleger Verantwortung abgelegt hat, kann er die Frau die sein Mündel war, nicht heiraten bis sie fünfundzwanzig Jahre alt ist und die vierjährige Restitutionstermin abgelaufen ist, selbst dann nicht, wenn sie Mutter in einer anderen Ehe geworden ist.

³⁶ Übersetzung: Und wenn der Vormund dem Pfleger Verantwortung abgelegt hat, kann er das Waisemädchen nicht heiraten vor der für sie festgesetzten Zeit, auch wenn sie in einer anderen Ehe Kinder geboren hat. Cf. Eisagoge, Titel 16.18.1.

³⁷ Beim Wort **τετραετοῦς** wird verwiesen auf ein Scholion in F von Anonymus **τοῦ αὐτοῦ**. BS 1851 l.14-16. In diesem Scholion wird Bezug genommen auf D. 28.2.28.4; D. 23.2.66 pr.: D. 48.5.7 (Marcianus) und C. 5.6.5 (=6). Der Kodextext und auch Eisagoge Titel 16.19 sprechen nicht von einem vierjährigen Termin sondern von einer einjährigen Laufzeit. Ein vierjähriger Restitutionstermin wird nirgends erwähnt. Sehe auch BT 10.34.5 = C. 2.52.5. Der Lateinische Text spricht nicht von einer vierjährige Laufzeit sondern von der gesetzlich festgesetzten Zeit.

³⁸ L. BURGMANN, M. TH. FÖGEN, A. SCHMINCK, D. SIMON, *Repertorium der Handschriften des byzantinischen Rechts* cit., nr 153, S.182.

³⁹ Der vierjährige Termin wird auch erwähnt im Basilikentext B. 28.5.32 (BT 1351 l.11-15: **Ἐὰν εἶσω τοῦ κε'. ἐνιαυτοῦ καὶ τοῦ τετραετοῦς χρόνου τῆς ἀποκαταστάσεως ὁ ἐπίτροπος ἢ ὁ κουράτωρ ἀγάγηται τὴν ὀρφανὴν** μὴ μνηστευθεῖσαν ἀπὸ τοῦ πατρὸς μήτε κατὰ διαθήκας ἀφορισθεῖσαν, ἢ ἐὰν ζεύξῃ αὐτὴν τῷ ὑπεξουσίῳ υἱῷ αὐτοῦ ἢ αὐτεξουσίῳ, ἑκάτερος ἀτιμοῦται καὶ πρὸς τὴν ἀξίαν τῆς κόρης αὐστηρῶς τιμωρεῖται.

Zusammenfassung und Schlussfolgerung.

Der Digestentitel *de ritu nuptiarum* ist in den Basiliken in zwei Titel verteilt: Titel 4 und Titel 5 von Buch 28. Der fünfte Titel von Buch 28 handelt von verbotenen Ehen. Der Titel hat einen ungewöhnlichen Verlauf. Er fängt an mit zwei langen Auszügen aus den Instituten. Das ist an sich nicht üblich weil die Instituten im Basilikentext selten vorkommen.⁴⁰ Wahrscheinlich sind die Texte aus den Instituten aufgenommen, weil sie ausführliche Bestimmungen über verbotene Ehen und über verbotene Verwandtschaften geben. Nach den Institutentexten sind aus dem Digestentitel 23.2 zehn Texte über verbotene Ehen gesammelt. Die Reihe, die wir (Titel) 5a genannt haben, endet mit zwei Kodextexten; der letzte ist C. 5.4.26.2. Die Reihenfolge der Texte in 5a ist dieselbe wie in den übereinstimmenden Titeln über verbotene Ehen in der Eisagoge (Titel 17) und im Prochiron (Titel 7). Nicht nur der Anfang ist den Instituten entnommen wie in der Eisagoge (17.1 und 17.2-7) und im Prochiron (7.1 und 7.2-7), sondern der letzte Text in der Eisagoge (17.30) und im Prochiron (7.28) sind derselbe wie der letzte in 5a: C. 5.4.26.

Nach diesem letzten Kodextext hat man angefangen mit einer neuen Reihe von Digestentexten, die wir (Titel) 5b genannt haben. Es ist merkwürdig, dass der erste Digestentext dieser neuen Reihe (D. 23.2.14.2-3) schon wenige Texte zuvor im selben Titel (5a) aufgenommen ist und es ist noch merkwürdiger, dass die Wörter nicht immer die gleichen sind. Liest man danach die anderen Digestentexte der neuen Reihe (5b), dann findet man allesamt sechs Fragmente die in verschiedenen Worten wiederholt wurden vor. Die in 5b aufgenommenen Digestentexte haben einige auffallende gemeinsame Eigentümlichkeiten:

a. Die Texte in 5b kommen nicht vor in den übereinstimmenden Titeln über verbotene Ehen in der Eisagoge (Titel 17) und im Prochiron (Titel 7), im Gegensatz zu den Texten in 5a.

b. Nur in 5b kommen, wie gesagt, die Wiederholungen vor.

c. Die wiederholten Texte sind wörtlich verschieden und stammen deshalb aus verschiedenen Quellen.⁴¹

d. Die wiederholten Texte in 5b sind alle entweder kürzer oder übersetzen lateingetreu; keiner fügt etwas zu oder weicht vom Latein ab.

e. Keiner von den sechzehn Digestentexten in 5b fängt an mit einem Juristennamen im Gegensatz zu den Texten in Titel 4 und 5a. Während in Titel 4 siebzehn von den vierundzwanzig Texten und in 5a sieben von den elf Texten anfangen mit dem Namen eines Juristen, gibt es keinen Namen im zweiten Abschnitt 5b. Das deutet auf eine alte Tradition. Stolte und Van Bochove haben darauf hingewiesen dass in den ältesten Handschriften (Par. 1357, Cod. Coislinianus gr. 151 und Cod. rescr. Vind. Suppl. gr. 200) keine Juristennamen in den Digestentexten beigeschrieben wurden.⁴²

Auf Grund der aus verschiedenen Quellen stammenden Wiederholungen komme ich vorsichtig zu der Schlussfolgerung dass im Rahmen der Säuberung der Gesetze, in Titel 5 von Buch 28 die Spuren erkennbar sind von zwei Bearbeitungen, entweder von derselben

⁴⁰ Cf. T.E. VAN BOCHOVE, *To date and not to date*, Groningen 1996, 206 noot 12; S. TROIANOS, *Quellen* cit., 208.

⁴¹ Nur in D. 32.2.142 wird der Text buchstäblich zweimal dargestellt (B. 28.5.3 en B. 28.5.16).

⁴² T.E. VAN BOCHOVE, *Preluding the Basilica*, SG IX, 2014, 280, 290, 299, 317; B.H. STOLTE, *Zwei neue Basiliken-Handschriften in der Österreichischen Nationalbibliothek*, II *Rechtshistorische Analyse* in Ch. GASTGEBER, *Quellen zur byzantinischen Rechtspraxis*, Wien 2007, 146.

Kommission oder von zwei Kommissionen. Dass die Bearbeitung von derselben Kommission unternommen worden ist, halte ich für unwahrscheinlich, weil unterschiedliche Quellen benutzt worden sind. Denn warum sollte eine Kommission denselben Text im selben Titel überhaupt wiederholen und ausserdem bei der Abschrift verschiedene Quellen benutzen? Bleibt also die Annahme übrig, dass zwei Kommissionen den Titel 5 bearbeitet haben. Auch dann wäre es möglich, dass diese zwei Kommissionen gleichzeitig gearbeitet haben, aber das würde bedeuten dass sie die selbständig gewählten Texte niemals verglichen und unifiziert hätten. Auch das ist unwahrscheinlich. Die augenscheinlichste Schlussfolgerung ist, dass zwei Kommissionen gearbeitet haben zu zwei verschiedenen Zeitpunkten. Es hat also eine frühere und eine spätere Kommission gegeben die den Basilikentext über das Eherecht abgefasst haben. Nun wissen wir dass man die Säuberung der Gesetze zweimal angefangen hat, einmal unter Basilios⁴³ und ein zweites Mal unter Leo. Diese zweite Kommission hat die Titeleinteilung der ersten übernommen.⁴⁴ Ist es zu spekulativ um zu vermuten, dass in diesem fünften Titel die Spuren erkennbar sind der separaten Arbeit von zwei Kommissionen?⁴⁵ Die Kommission von Titel 4 und 5a hat andere Quellen benutzt als die Kommission von Titel 5b. Die grosse Frage ist, ob die frühere Kommission (unter Basilios) die Texte von 5b kompiliert hat oder die spätere (unter Leo). Im ersten Fall hat die frühere Kommission eine Kompilation gemacht welche aus einem uns nicht mehr bekannten Grund im Basilikentext übriggeblieben ist, weswegen sechs Fragmente doppelt überliefert sind. Im zweiten Fall sind die Texte von 5b von der späteren Kommission zugefügt worden wobei sechs Digestentexte in unterschiedlichen Worten wiederholt sind.

Ich wage es nicht zu behaupten zu wissen was genau geschehen ist. Es gibt noch viele ungelöste Rätsel. Auf jeden Fall scheint es mir klar, dass es sich lohnt Titel 4 und 5 von Buch 28 genauer an zu sehen und einer neuen Untersuchung zu unterwerfen.⁴⁶

⁴³ S. TROIANOS, *Quellen* cit., 2017, 169: 'Hier muss bemerkt werden, dass die volle Ausbildung dieser Bewegung mit der Herrschaft von Basileios und seinen Nachfolgern zusammenfällt'. Z. CHITWOOD, *Byzantine Legal Culture* cit., 25.

⁴⁴ P.E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur* cit., 452: 'Die Titelfolge bestimmte wohl schon der erste Entwurf des Basileios'.

⁴⁵ Zu untersuchen sei ob es sich darum handelt, was Andreas Schminck die Praebasiliken genannt hat. A. SCHMINCK, *Das Prooimion der Bearbeitung des Nomokanon in 14 Titeln durch Michael und Theodoros*, in D. SIMON (hrsg.), *Fontes minores*, X, Frankfurt am Main 1998, 366. Cf. S. TROIANOS, *Quellen* cit., 205.

⁴⁶ Ich habe mich jetzt beschränkt auf die doppelten Übersetzungen im Basilikentext aus dem Digestentitel 23,2. Auch die anderen Digesten- und Codextexte sind sehr interessant für weitere Untersuchungen. Es gibt noch vieles zu tun: work in progress!

VALERIO MAROTTA
(Università di Pavia)

Una nota su D. 49.14.32 (Marcian. 14 *inst.*)
e sulla condizione giuridica degli *obsides*

ABSTRACT

This inquiry concerns D. 49.14.31 (Marcian. 4 *inst.*) and D. 49.14.32 (Marcian. 14 *inst.*), two fragments that provide insight on the legal status of hostages deported in Italy. The question is whether roman citizenship was given to some of them, through the granting of the so called *usus togae*. To answer this, we will compare D. 49.14.32 with two imperial edicts by Claudus (the *tabula Clesiana*: CIL V, 50) and Hadrian (119 AD): AÉ 2012, 1082, AÉ 2013, 2182, AÉ 2013, 2184.

PAROLE CHIAVE

Ostaggi; presa d'ostaggi; *toga*; cittadinanza romana; doppia cittadinanza.

UNA NOTA SU D. 49.14.32 (MARCIAN. 14 INST.) E SULLA CONDIZIONE GIURIDICA DEGLI *OBSIDES*

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Ostaggi e cittadini? – 3. *Esse pro cive e pro cive se gerere*. – 4. *Usus togae* e cittadinanza romana. – 5. Conclusioni.

1. PREMESSA.

La condizione degli ostaggi non è mai stata oggetto di un esame approfondito da parte della storiografia romanistica. Nelle fonti, che convenzionalmente definiamo giuridiche, e, in particolare, nel Digesto, i riferimenti, in primo luogo quelli a tal riguardo davvero utili, appaiono a dir poco rari, quand'anche si tenga conto di due frammenti del titolo '*ad legem Iuliam maiestatis*' (D. 48.4).¹ Pertanto non sorprende il fatto che perfino il volume, ancor recente, di Joel Allen² quasi sorvoli su questo tema. A parte i passi concernenti il *crimen maiestatis*, i testi della compilazione giustiniana cui occorre far riferimento, nello studio dello statuto giuridico degli *obsides*, sono solamente tre. In effetti – entro i limiti definiti da una documentazione, nel suo complesso, più ampia, ma pur sempre lacunosa – Stephan Elbern³

¹ D. 48.4.1.1 (Ulp. 7 *de off. proc.*) *Maiestatis autem crimen illud est, quod adversus populum Romanum uel aduersus securitatem eius committitur. quo tenetur is, cuius opera dolo malo consilium initum erit, quo obsides iniussu principis interciderent* (cfr. Tac. *Ann.* 6.37); D. 48.4.4 (Scaev. 4 *regul.*) (...) *cuiusue opera dolo malo factum erit, quo magis obsides pecunia iumenta hostibus populi Romani dentur aduersus rem publicam*. S. ELBERN, *Geiseln in Rom*, in *Athenaeum* 68, 1990, 110 e ntt. 82 e 83 (ove altra bibl.), a proposito del passo ulpiano scrive: «der Feldherr, er ihr Volk bezwungen hatte, war ihr Patronus (cfr. Cic., *off.* 1.25; Sall., *Cat.* 41.4; Liv. 26.32.8), später der Kaiser»; vd. anche J. ALLEN, *Hostages and Hostages-Taking in the Roman Empire*, Cambridge 2006, 119 s.

² J. ALLEN, *Hostages* cit. Per la bibl. precedente vd. (assieme a S. Elbern, *supra*, nt. 1) CH. LECRIVAIN, *L'institution des otages dans l'Antiquité*, in *Mémoires de l'Académie des Sciences, Inscriptions et Belles-Lettres de Toulouse*, Serie 11, Tomo 4, 1916, 115-139; A. AYMARD, *Rome et les otages barbares*, in *Bibliothèque de l'École des chartes* 112, 1954, 257; A. AYMARD, *Les Otages barbares au debut de l'Empire*, in *JRS* 51, 1961, 136 ss. (un contributo che, per acutezza di analisi, rimane fondamentale); E. DABROWA, *Les premiers «otages» parthes à Rome*, in *Folia Orientalia* 24, 1987, 63-71; V. LICA, *Die dakischen Geiseln im römischen Reich*, in *Studii Clasice* 26, 1988, 35-44; S. NNDIAYE, *Le recours aux otages à Rome sous la République*, in *DHA* 21.1, 1995, 149-165; E. GARCIA RIAZA, *La funcion de los rehenes en la diplomacia hispano-republicana*, in *Memorias de Historia Antiqua* 18, 1997, 81-107; C. RICCI, *Principes et reges externi (e loro schiavi e liberti) a Roma e in Italia: testimonianze epigrafiche di età imperiale*, in *RAL*, 9 ser., 7.3, 1996, 561-592. Osservazioni utili anche in A.D. LEE, *The Role of Hostages in Roman Diplomacy with Sasanian Persia*, in *Historia* 40, 1991, 366-374.

³ S. ELBERN, *Geiseln in Rom* cit., 1991, 97-140, che propone un'accurata disamina dei presupposti giuridici che regolavano la consegna degli ostaggi. Quantunque i criteri compositivi, che hanno ispirato la

ha affrontato questo arduo problema, sottolineando come la consegna di ostaggi abbia contrassegnato per secoli le relazioni intercomunitarie nel mondo romano. Alla luce di quell'insieme di regole che le disciplinavano, il fondamento di questa prassi certamente poggiava sui trattati che ponevano fine, per un tempo determinato o in permanenza, alla guerra: in altre parole sulle *deditiones in fidem*, sui *foedera, aequa* o *iniqua*, o sugli accordi di tregua rivolti a garantire una più o meno breve sospensione delle ostilità.⁴ Mentre su questo tema vi è poco o nulla da aggiungere a quel che ha già rilevato, con grande e lodevole scrupolo, Stephan Elbern, sulla questione delle condizioni materiali di esistenza degli ostaggi⁵ e su quella del loro *status* giuridico⁶ il campo delle fonti offre ancora qualche opportunità alla spigolatura storica. Dal canto mio, in questa breve nota, mi propongo soltanto di riflettere sui contenuti di D. 49.14.32 (Marcian. 14 *inst.*) e, in particolare, sulla sua nomenclatura giuridica, che propone molti punti di contatto con altre fonti, epigrafiche e letterarie, più o meno note.

2. OSTAGGI E CITTADINI?

Gli *obsides* – a meno che non gli fosse stato espressamente permesso dal *princeps* – non potevano testare e, qualora lo avessero fatto, i loro beni sarebbero stati comunque aggiudicati al fisco:

D. 28.1.11 (Ulp. 10 *ad Sab.*) *Obsides testari non possunt, nisi eis permittitur.*⁷

Anche in D. 49.14.31 – un frammento del IV libro delle *institutiones* marcianee che i compilatori hanno fuso insieme con un altro testo escerpito dal libro XIV della stessa opera (D. 49.14.32) – si ribadisce il medesimo principio, definendone, più nel dettaglio, i contorni:

D. 49.14.31 (Marcian. 4 *inst.*) *Divus Commodus rescripsit obsidum bona sicut captiuorum omnimodo in fiscum esse cogenda: D. 49.14. 32 (Marcian. 14 inst.) sed si accepto usu togae Romanae ut ciues Romani semper egerint, diui fratres procuratoribus hereditatum rescripserunt sine dubitatione ius <heredum: ins. Momm.>⁸ eorum ab obsidis condicione separatum esse beneficio principali, ideoque idem ius eis seruandum, quod habent, si a legitimis ciuibus Romanis heredes instituti fuissent.*

Commodo stabili, mediante rescritto, che i beni degli ostaggi, come quelli dei prigionieri (*captivi*), dovevano essere incamerati dal fisco.⁹ Non di meno Marco Aurelio e Lucio

monografia di Joel Allen, siano radicalmente differenti da quelli cui si è attenuto Stephan Elbern e lo studio dei fenomeni giuridici rimanga costantemente ai margini, si vd., comunque, il suo *Hostages* cit., 13 ss.

⁴ S. ELBERN, *Geiseln in Rom* cit., 98-109; J. ALLEN, *Hostages* cit., 16.

⁵ C. RICCI, *Principes et reges externi* cit., 561 ss., in part. 563 s.; vd. anche, *infra*, nt. 87.

⁶ S. ELBERN, *Geiseln in Rom* cit., 109-120.

⁷ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, II, col. 1043 nt. 1 riconnette questo frammento (LENEL n. 2509) a D. 28.3.6.12 (Ulp. 10 *ad Sab.*) (LENEL n. 2507): *Quatenus tamen diximus ab hostibus capti testamentum irritum fieri, adiciendum est postliminio reuersi uires suas recipere iure postliminii aut, si ibi decedat, lege Cornelia confirmari. ergo et si quis damnatus capite in integrum indulgentia principis sit restitutus, testamentum eius conualescet.*

⁸ L'integrazione mommseniana mi pare assolutamente necessaria per attribuire un senso compiuto alla frase successiva: *ideoque-fuissent.*

⁹ L. MITTEIS, *Römisches Privatrecht bis auf die Zeit Diokletians*, I, Leipzig 1908, 353 nt. 10; O.

Vero, in un rescritto indirizzato ai procuratori delle eredità,¹⁰ qualche anno prima (161-169 ca.) avevano deciso che, se gli *obsides* avessero ottenuto l'uso della *toga Romana* e si fossero costantemente comportati come cittadini, la condizione giuridica dei loro eredi (o, se non si accede alla congettura del Mommsen, il loro personale statuto giuridico), in forza di uno specifico beneficio imperiale, andava distinto, senza lasciar adito ad alcun dubbio, da quello degli altri ostaggi. Pertanto gli eredi di questi *obsides* godevano degli stessi diritti che avrebbero avuto qualora fossero stati istituiti da 'legittimi cittadini romani'.¹¹ Il rescritto riferito in D. 49.14.32 – oltre ad attestare, già per l'età antonina, l'esaurirsi, a vantaggio del *fiscus*, delle funzioni dell'*Aerarium populi Romani* e la competenza esclusiva dei *procuratores hereditatium* sui *caduca* e sui *bona vacantia* – apre uno spiraglio sulla condizione giuridica di quegli ostaggi consegnati a Roma, in virtù della sua preponderante forza militare, dalle *gentes*, dalle *civitates* o dai *reges* sconfitti o sottomessi al fine di garantire, di volta in volta, o l'osservanza dei termini del trattato imposto alla comunità *devicta* o l'esecuzione di quegli impegni che dovevano preludere alla conclusione di un *foedus* o alla definizione dello statuto della *civitas* o della *gens* arresasi a discrezione (*dedita in fidem*).¹²

Quantunque non si riscontri, in questa parte del titolo XIV del libro quarantanovesimo dei *Digesta*, una lesione dell'ordine bluhmiano delle masse,¹³ è del tutto evidente che i commissari giustinianeî vollero congiungere insieme due frammenti delle *Istituzioni* di

HISCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten bis auf Diocletian*², Berlin 1905, 115 nt. 1; H.M. LENZ, *Privilegia fisci*, Pfaffenweiler 1994, 50 ss., in part. 54.

¹⁰ O. HISCHFELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten* cit., 114 ss.; G. BOULVERT, *Esclaves et affranchis impériaux sous Haut-Empire: Rôle politique et administratif*, Napoli 1970, 271; G. BOULVERT, *Aerarium dans les constitutiones impériales*, in *Labeo* 22, 1976, 153 nt. 15; E. VOLTERRA, *L'opera di Erennio Modestino* di excusationibus (1970), ora in *Scritti giuridici*, con una nota di lettura di M. TALAMANCA, V. Le fonti, Napoli 1993, 318; M. KASER, Rec. a G. Provera, *La vindictio caducorum*, in *IVRA* 16, 1965, 175; T. SPAGNUOLO VIGORITA, «*Bona caduca*» e giurisdizione procuratoria agli inizi del terzo secolo d.C. (1978), ora in ID., *Imperium mixtum*. *Scritti scelti di diritto romano*, con una nota di lettura di F. GRELLE, Napoli 2013, 15 nt. 67, 23 nt. 126. Sui *procuratores hereditatium* vd. E. LO CASCIO, *Patrimonium, ratio privata, res privata*, in ID., *Il princeps e il suo Impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari 2000, 97-149, in part. 131 s. Sulla questione dello statuto giuridico degli *obsides* vd. S. ELBERN, *Geiseln in Rom* cit., 110 e nt. 85, 120.

¹¹ O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, (n. 180), col. 674 s., colloca dubitativamente questo frammento marciano delle *Institutiones* sotto il titolo *ad legem Corneliam de captivis*.

¹² S. ELBERN, *Geiseln in Rom* cit., 98-101, cui adde J. ALLEN, *Hostages* cit., 16-22.

¹³ I *libri institutionum* di Marciano, come è ampiamente noto, sono stati escerpiti nella massa sabiniana (P. KRÜGER, *Additamenta*, 874). Vd., a tal riguardo, D. MANTOVANI, *Digesto e masse bluhmiane*, Milano 1987, 90, 149 ss., ove altri rilievi, che – quantunque non assumano mai a proprio oggetto la composizione del libro XLIX e, in particolare, del suo XIV titolo – forniscono informazioni di estremo interesse sull'impiego dei *libri institutionum* marcianoî nella compilazione; F. OSLER, *Following Bluhme: a note on Dario Mantovani, «Digesto e masse Bluhmiane»*, in *IVRA* 38, 1988, 137 ss.; D. MANTOVANI, *Le masse bluhmiane sono tre*, in *SCDR* 4, 1992, 87 ss.; T. HONORÉ, *How Tribonian Organised the Compilation of Justinian's Digest*, in *ZSS* 121, 2004, 1 ss.; ID., *Late Arrivals: The Appendix in Justinian's Digest Reconsidered*, in A. BURROWS-A RODGER (eds.), *Mapping the Law. Essays in Memory of Peter Birks*, Oxford 2006, 497 ss., nonché il resoconto del dialogo di D. Mantovani con T. Honoré in *Tanta legum compositio: la compilazione del Digesto di Giustiniano (in una conversazione fra Tony M. Honoré e Dario Mantovani)*, in Alberico Gentili. *L'uso della forza nel diritto internazionale*. Atti del convegno San Ginesio, 17-18 settembre 2004, Milano 2006, 295 ss., 323 ss.; D. MANTOVANI *Aggiornamenti sull'Appendix e i tempi di compilazione del Digesto*, in *Fides Humanitas Ius. Studii in onore di Luigi Labruna*, 5, Napoli 2007, 3181 ss.; imprescindibile R. LAMBERTINI, *Introduzione allo studio esegetico del diritto romano*, Bologna 2006³, 114 ss.

Marciano in ragione del loro specifico contenuto. In altre parole – proprio perché, forse per caso, forse per scelta deliberata, se ne era offerta la possibilità – essi non si lasciarono scappare l'occasione di fonderli reciprocamente, l'uno con l'altro, in un discorso unitario e compiuto.

Questo rilievo vale anche come *caveat* per non incorrere in un equivoco che si propone spesso nello studio della cosiddetta 'legislazione' imperiale, in specie quando si disponga soltanto dei testi delle *constitutiones* trasmesse dal Digesto. Un rischio che si manifesta sovente in tal modo: identificare in ogni provvedimento che, per la prima volta, enunci un certo principio giuridico, un'innovazione del quadro normativo esistente. In effetti si deve tener conto di un dato. Non è detto che la decisione di Marco Aurelio e Lucio Vero e, ancor meno, il rescritto di Commodo rappresentino un punto di svolta nella storia delle norme che hanno disciplinato la condizione degli ostaggi. Le *constitutiones principum*, il più delle volte, si limitavano a fornire una mera ricognizione del diritto in vigore. Inoltre, nonostante le cesure senza dubbio inflitte dai compilatori a questi due frammenti, si tenga presente che – da quanto emerge dalla documentazione epigrafica¹⁴ – già nella prima metà del II secolo d.C. (se non, addirittura, dall'età giulio-claudia) a certi ostaggi, perfino ad alcuni di sesso femminile, fu concessa la cittadinanza romana e, dunque (possiamo presumere), la facoltà di lasciare il proprio patrimonio agli eventuali eredi testamentari o *ab intestato*. Richiamerei, a tal riguardo, AE 1979, 78 = AE 2010, 67:

[*D(is) M(anibus)*] / [*M. Ulpius-ca -12- et*] / *Iulia Axse o<b=P>ses Parthoru(m) / fecerunt sibi et / Ulpiae Vobrane fil(iae) et / nepotibus suis et libertis lib(ertabusque) / posterisque eorum.*

Iulia Axse – cognome attestato per la prima volta in quest'epigrafe e senz'altro, al pari di Ulpia Vobrane, di origine iranica¹⁵ – si autodefinisce *obses Parthorum*. Questa donna apparteneva o a una famiglia della nobiltà partica o alla stessa famiglia reale arsacide. Se si assume, come *terminus ante quem non*, il principato di Traiano, si può congetturare che premessa della traduzione di Iulia Axse,¹⁶ come ostaggio, a Roma sia stata una vittoriosa campagna dell'*optimus princeps*, forse proprio quella conclusa nel 117. Mediante un *foedus* al Re dei Parti si imposero, in quell'occasione (ma, purtroppo, il panorama delle fonti non permette di oltrepassare la soglia della congettura), condizioni estremamente gravose. È altresì molto probabile, se non certo, che Ulpia Vobrane, in prima persona o in quanto *filia* di suo padre (verosimilmente un altro ostaggio partico consorte di Iulia Axse¹⁷), abbia ottenuto la *civitas* già nel corso del principato di Traiano, come comprova, del resto, il suo stesso *nomen*: *Ulpia (Ulpus)*.¹⁸ L'esistenza di quest'epigrafe d'area romana, iscritta a corre-

¹⁴ *Infra*, cfr. anche nt. 18.

¹⁵ F. JUSTI, *Iranische Namenbuch*, Hildesheim 1963, 12 s., 350-353.

¹⁶ E, probabilmente, anche di suo marito: vd., *infra*, nt. 17.

¹⁷ Si ricordi che l'iscrizione è mutila e che quello di Iulia Axse doveva esser preceduto da un altro nome almeno: non si spiegherebbe altrimenti il plurale *fecerunt*.

¹⁸ C. RICCI, *Principes et reges externi* cit., 576-578. Non meno interessanti risultano anche le seguenti iscrizioni: CIL VI, 26608 = ILS 846 (10 a.C.-20 d.C.: C. RICCI, *art. cit.*, 564-566); CIL VI, 1798 = ILS 844 (14-37 d.C.: *ibid.*, 566 s.); CIL XI, 3080 = ILS 850 (metà ca. I s. d.C.: *ibid.*, 570 s.); CIL V, 32 = ILS 852 (metà II s. d.C.: *ibid.*, 575); CIL V, 33 = ILS 853 (metà ca. II s. d.C.: *ibid.*, 575 s.): vd., *infra*, nt. 105. Tante altre epigrafi, infine, rammentano i nomi di schiavi e liberti di ostaggi appartenenti alle famiglie reali di questa o quella *gens*.

do di un *sepulcrum familiare* ('[...] *fecerunt sibi et Ulpiae Vobrane fil[iae] et nepotibus suis et libertis lib[ertabusque] posterisque eorum*'),¹⁹ dimostra che Iulia Axse e suo marito erano *domini ex iure Quiritium* del terreno divenuto *res religiosa*. In effetti chi non era proprietario non avrebbe potuto, pur seppellendo un cadavere o le sue ceneri, farne un *locus religiosus*, né, tanto meno, avrebbe avuto il diritto di erigere, in un *fundus in solo Italico*, un sepolcro per sé stesso e per i propri discendenti.²⁰ Evidentemente – quantunque fossero *obsides Parthorum* – Iulia Axse e M. Ulpius(?) agivano, in tutto e per tutto, *ut cives Romani*.

Sebbene l'iscrizione, che ora propongo, sia più recente rispetto al rescritto dei *divi fratres* (D. 49.14.32), appare altrettanto interessante il quadro definito dall'esame di:

CIL VI, 1800 (p 862, 3225, 3818, 4764) = CIL XI, *544,1 = ILS 855 = BCTH 1993/95-257 = AE 1941, 118 = AE 1959, +45 = ILMN 1. 619 *D(is) M(anibus) / Memor(is) / fili(i) / Aureli / Canartha(e) / principis gentium / Baquatium / qui uixit / ann(os) XVIII*.²¹

Memor, figlio di un *princeps* assegnato alla tribù dei Baquates ('*princeps constitutus genti Baquatium*')²² dai Romani, morì giovanissimo nell'Urbe attorno al 200 d.C. Ovviamente l'epigrafe non dice alcunché sulla sua condizione giuridica: ma forse, come si è congetturato,²³ si trattava di un ostaggio, quantunque non si possa escludere che il fanciullo sia stato inviato a Roma per imparare il latino e per acquistare familiarità con consuetudini estranee agli usi della sua *gens*. Di suo padre, il *princeps gentium* Canartha, si ricorda un'epigrafe, ritrovata a Volubilis, che ne celebra l'incontro con il *procurator* della Mauretania Tingitana D. Veturio Macrino.²⁴ A differenza di quanto era accaduto nel caso – attestato dalla *Tabula Banasitana* – dei figli di Iulianus *princeps Zegrensi*,²⁵ a Memor²⁶ non fu concessa la

¹⁹ Cfr. D. 11.7.10 (Ulp. 25 *ad ed.*): vd., a tal riguardo, S. LAZZARINI, «*Sepulcra familiaria*». Un'indagine epigrafico-giuridica, Padova 1991, 13 ss., in part. nt. 19.

²⁰ Vd. F. DE VISSCHER, *Le droit des tombeaux romains*, Milano 1963; M. KASER, *Zum römischen Grabrecht*, in ZSS 93, 1978, 15 ss. e, soprattutto, Y. THOMAS, *Corpus aut ossa aut cineres. La chose religieuse et le commerce*, in Micrologus 7, 1999, 73-112; M. DE SOUZA, *La question de la tripartition des catégories du droit divin dans l'Antiquité romaine*, préface de J. SCHEID, Saint-Étienne 2004, 11 ss., ove ampia discussione della letteratura.

²¹ Per una compiuta lettura dell'epigrafe, che corregge quella del *Corpus inscriptionum Latinarum*, vd. C. RICCI, *Principes et reges externi* cit., 579-581.

²² AE 1957, 203.

²³ A. STEIN, in RE XV 1, 1931, 655 nr. 4; PIR² A 1557; W. SESTON, *Remarques prosopographiques autour de la tabula Banasitana* 1. *Memor filius Aureli Canartha(e)* (1971), ora in *Scripta Varia. Mélanges d'histoire romaine, de droit, d'épigraphie et d'histoire du Christianisme*, Roma 1980, 109 ss.; M. BENABOU, *La résistance africaine à la romanisation*, préface inédite de M. CHRISTOL, I ed. 1976, rist. Paris 2005, 154 s. e ntt. 176-177, 157; M. CHRISTOL, *Rome et les tribus indigènes en Mauretanie Tingitane*, in *L'Africa Romana*. Atti del Convegno 5, Sassari 1988, 306.

²⁴ IAM II, n. 349. Cfr., per D. Veturio Macrino, H.G. PFLAUM, *Les carrières procuratoriennes équestres sous le Haut-Empire romain* 1, Paris 1960, 455; M. CHRISTOL-A. MAGIONCALDA, *Studi sui procuratori delle due Mauretaniae*, Sassari 1989.

²⁵ Sulla *tabula Banasitana* vd. G. PURPURA, *Tabula Banasitana de viritana civitate (180/181 d.C.)*, in G. PURPURA (a cura di), *Revisione ed integrazione dei Fontes iuris Romani Anteiusianiani (FIRA). Studi preparatori*. I. *Leges*, Torino 2012, 625-641, ove bibl.

²⁶ *Memoris* è il genitivo di Memor che, a sua volta, propone la traduzione latina di un nome semitico (SKR in punico [cfr. l'ebraico Zachariae: lahwè si ricorda di ...], che significa "il dio si ricorda di (un

cittadinanza.²⁷ Probabilmente si stabilì, prima di procedere all'estensione dell'*indungentia* imperiale, una sorta di 'periodo di prova'.²⁸

3. *ESSE PRO CIVE E PRO CIVE SE GERERE.*

Colpisce – nei passi marciali e, in primo luogo, in D. 49.14.32 – la connessione fra *usus togae* e *civitas Romana*, nonché l'impiego di alcune espressioni che trovano riscontro, almeno in due circostanze, in altrettanti documenti epigrafici: '*pro civibus Romanis gesserunt*', '*ut cives Romani semper egerint*' e '*legitimi cives Romani*'. Per proporre un adeguato termine di confronto, mi rivolgerei, innanzi tutto, a un editto adrianeo del 119, recentemente scoperto e pubblicato, a noi noto grazie al ritrovamento – pochi anni fa – di quattro tavolette bronzee che ne hanno conservato una copia:²⁹

Imperator Caesar Diui Traiani Parthici filius Diui Nervae nepos Traianus Hadrianus Augustus pontifex maximus tribunicia potestate III consul III dicit:
Cum sit ea fortissimarum pientissimarumque cohortium praetorianorum mei dignitas ui et stipendiorum his et praemiorum honor praecipuus habeatur pro summa fide ac sedulitate perpetua circa principem uestrum, suum imperatorem. Minime proposito meo conuenit quicquam quod ulli eorum deesse uideatur aut lentius et expectatis petitionibus singulorum aut intra domesticos parietes tribuere qui mos igitur bene meritos et pro contione donare uobis testibus Quirites.
Iis praetorianorum meorum quicumque in pridie kalendas Ianuarias me iterum et Fusco Salinatore consulibus in numeris fuerunt eius condicione qui non legitimi ciues Romani uiderentur uel ex dilectu probati parum examinata origine parentium vel ex aliqua causa translati, ciuitatem Romanam do.

tale)". In effetti il latino Memor riproduce in parte il nome punico Zacharbaal (Baal si ricorda di [un tale]): vd., con ulteriori ragguagli, W. SESTON, *Remarques prosopographiques* cit., 110.

²⁷ W. SESTON, *Remarques prosopographiques* cit., 109.

²⁸ Differente il caso di IGUR II, 415 = OGIS 382 Θ(εοῖς) Κ(αταχθονίους) / Αὐρηλιος / Πάχορος, βασι-/ λεὺς Μεγάλης Ἀρ-/ μενίας, ἡγόρακα σαρ-/ κόφαγο(ν) Αὐρ(ηλίου) Μερ(ίβ)α-/ τι ἀδελφῷ γλυκυ-/ τὰτῳ, ζῆσαντ/ σύν ἐμοὶ ἔτη / vs', μη(νας) β', (iscrizione su sarcofago), nella quale Aurelius Pacorus (PIR² A 1566), Re della Grande Armenia, commemorava il fratello Aurelius Meribates, morto a Roma all'età di 56 anni. Questo Re può identificarsi con il *rex datus* agli Armeni da Antonino Pio e, poi, privato del regno da Lucio Vero, dopo la presa di Artaxata nel 163 (Fronto 2.1.127): cfr., a tal riguardo, M.C. BISHOP, *Lucius Verus and the Roman Defence of the East*, Barnsley 2018, 73 ss. Pacoro, pur non essendo considerato un nemico dichiarato di Roma, fu sostituito sul trono da Sohaemus (un esponente della linea dei principi di Emesa) nel 164. È pertanto possibile che, dopo la deposizione, Pacoro e il fratello si siano stabiliti a Roma, ottenendo anche la cittadinanza romana. Quantunque questi eventi siano forse coevi all'emanazione del rescritto dei *diui fratres* riferito in D. 49.14.32, non esiste alcuna prova del fatto che Aurelius Meribates e, a maggior ragione, Aurelius Pacoro fossero stati condotti a Roma nella condizione di ostaggi: si può, anzi, presumere che così non fosse. Un quadro di queste vicende in G. MIGLIORATI, *Iscrizioni per la ricostruzione storica dell'Impero romano: da Marco Aurelio a Commodus*, Milano 2011, 163 s., ove ulteriori ragguagli.

²⁹ Le quattro copie dell'editto sono state pubblicate in W. ECK, A. PANGERL, P. WEISS, *Edikt Hadrians für Prätorianer mit unsicherem römischem Bürgerrecht*, in ZPE 189, 2012, 241 ss.; W. ECK, A. PANGERL, P. WEISS, *Ein drittes Exemplar des Edikts Hadrians zugunsten von Prätorianern vom Jahr 119*, in ZPE 191, 2014, 266 ss.; W. ECK, *Ein Edikt Hadrians zugunsten der Prätorianer auf einer fragmentarischen Bronzetafel*, in *MedAnt* 16, 2013, 39 ss.; E. WEBER, *Militär diplome, ein Knopf und andere beschriftete Kleinfunde aus dem niederösterreichischen Limesgebiet*, in *Römisches Österreich* 34/35, 2011/2012, 207 ss., in part. 213 ss.

Omniaque quae pro ciuibus Romanis gesserunt proinde confirmo quasi iam tuncquam militare coeperunt ciues Romani fuissent.

Proposuit Idibus Februariis Imperatore Hadriano Augusto III < consule > [-----].

*M. Didi Saturni, L. Statori Quintiani, L. Iuli Maximi, M. Iuli Memnonis, Q. Antoni Maximi, Q. Cosconi Modesti, A. Terenti Nigri.*³⁰

Questo provvedimento – come si può notare – consta di due disposizioni. La prima concede la cittadinanza romana ai soldati delle coorti pretorie che, fino a quel momento, non fossero stati *cives* o che, per meglio dire, non lo fossero stati in forza di un procedimento conforme alle regole (*‘non legitimi ciues Romani’*).³¹ La seconda, in perfetta analogia con la disposizione dell’editto claudiano trasmessoci dalla *tabula Clesiana*,³² conferma, con effetto retroattivo, tutti gli atti giuridici che essi avessero eventualmente posto in essere, proprio come se a compierli fossero stati cittadini romani.

È probabile che il numero di pretoriani interessati all’emanazione di un provvedimento di tal tipo non fosse esiguo. A questo proposito Zsolt Mráv e Istvan Vida hanno forse conferito eccessivo rilievo al fatto che esso fosse stato assunto mediante un editto, ovvero con un atto di per sé idoneo a rivolgersi contestualmente a una o a più categorie di persone.³³ Ciononostante le quattro copie di questa costituzione – se si tiene conto del fatto che il tasso di sopravvivenza degli esemplari di tali provvedimenti non è mai superiore all’1% – consentono di supporre, con qualche fondamento, che nel 119 d.C. i pretoriani, cui le si consegnarono, fossero non meno di quattrocento.³⁴

Come spiegare l’arruolamento di un numero così elevato di *peregrini* o di individui di *sta-*

³⁰ AE 1012, 1082: cfr. AE 1013, 2182, AE 1013, 2184.

³¹ Le fonti registrano anche altri interventi imperiali volti a sanare situazioni nelle quali, per ragioni oggettive che, in parte almeno non dipendevano dalla volontà di chi si giovava dell’*indulgentia principis*, si era determinato un esercizio abusivo del diritto di cittadinanza. Così, per esempio, Diocleziano e Massimiano (a. 300) riconobbero, quasi in virtù di una tacita manumissione, la libertà e la *civitas* di quei *servi* che, in buona fede, per lo spazio di venti anni, avessero di fatto goduto della libertà: C. 7.22.2 *Praestat firmam defensionem libertatis ex iusto initio longo tempore obtenta possessio. fauor enim libertatibus debitus et salubris iam pridem ratio suasit, ut his, qui bona fide in possessione libertatis per uiginti annorum spatium sine interpellatione morati essent, praescriptio aduersus inquietudinem status eorum prodesse deberet, ut et liberi et ciues fiant Romani.* <a. 300 D. VII k. Iul. Antiochiae Constantio III et Maximiano III CC. cons.>. Un provvedimento di Costantino (CTh. 4.8.7 *Legis promulgatio, quae per sedecim annos bona fide in libertate durantes contra eos, qui inquietant, praescriptione defendit, non opitulatur his, qui ex ancillis matribus et ingenuis patribus orti per id tempus in libertatis affectu cum parentibus perdurarint, quandoquidem, nullo praecedente iusto legitimae possessionis initio, usurpatio libertatis nuda iactetur, cum neque redemptio a seruitute neque uicarii traditio seruuli vel peculii assignatio ualeat demonstrari; qui tituli possint famulatus nexibus liberare eum, qui conuenitur, si quo ex iis genere usus in libertate esset per annos sedecim demoratus. Iure enim communi maternam condicionem natum sequi necesse est, ita ut, etsi herilem lectulum ancilla ascenderit, non liberorum domino, sed seruorum partum suscipiat.* <Dat. prid. kal. Mart. Basso et Ablavio cons.>) ridusse questo lasso di tempo a sedici anni.

³² *Infra*, nt. 40.

³³ Zs. MRÁV-I. VIDA, *Iis praetorianorum meorum ... qui non legitimi ciues Romani viderentur ... civitatem romanam do. Ein die Prätorianersoldaten betreffendes Edikt Hadrians von 119 n. Chr. Forschungsvorbericht*, in *Folia Archaeologica* 60, 2011-2013, 133.

³⁴ Sul punto si veda W. ECK-A. PANGERL-P. Weiss, *Ein drittes Exemplar des Edikts Hadrians zugunsten von Prätorianern vom Jahr 119 cit.*, 267 e W. ECK, *Rechtsunsicherheit heilen: Hadrian und seine Prätorianer am Beginn seiner Regierung*, in *ΔΕΣΜΟΙ ΦΙΛΙΑΣ. Bonds of Friendship. Studies in Ancient History in Honour of Francisco Javier Fernández Nieto*, Barcelona 2017, 144 s.

tus incerto nelle coorti pretorie? Si dubitava che alcuni pretoriani, stante quel che si legge in quest'editto, fossero *cives Romani* perché *'vel ex dilectu probati parum examinata origine parentium vel ex alia qua causa translati'*. Per un verso, nel corso delle operazioni di reclutamento, gli ufficiali addetti a questo compito forse non avevano verificato puntualmente, nella fase della *probatio*,³⁵ lo statuto giuridico dei genitori di *tirones* e *milites*. Per altro, invece, è probabile che, in conseguenza delle perdite subite anche dalle coorti pretorie durante le guerre daciche e le guerre partiche di Traiano,³⁶ i loro organici siano stati reintegrati attraverso il reclutamento di uomini spesso privi della cittadinanza romana o mediante il trasferimento di *milites* provenienti da unità non costituite soltanto di *cives Romani*³⁷ e, dunque, anche da coorti di *auxilia*.³⁸ Una congiuntura particolare, perciò, che spiega, almeno in parte, perché le autorità romane, al momento della *probatio*, non avessero verificato, con la consueta acribia, la condizione giuridica delle reclute e dei loro ascendenti.

Lo sottolineavo poc'anzi: questo provvedimento, oltre che con D. 49.14.32, può essere proficuamente posto a confronto con la *tabula Clesiana* e con la ben nota vicenda degli *Anauni*, dei *Tuliasse* e dei *Sinduni*. Anche questa parte del celebre editto di Claudio propone più d'una coincidenza con D. 49.14.32:

CIL V, 5050 (...) ll. 34-35 *Quod beneficium is ita tribuo, ut quaecumque tanquam | ciues Romani gesserunt egeruntque, aut inter se aut cum | Tridentinis alisve, ratam esse iubeat, nominaque ea, | quae habuerunt antea tanquam ciues Romani, ita habere is permittam.*

Queste genti peregrine, *adtributae*,³⁹ ma solo in parte, a *Tridentum*,⁴⁰ ne avevano usurpato⁴¹

³⁵ Un primo quadro su questa nozione in H.M.D. PARKER, *The Roman Legions*, Oxford 1928, 170; G. FORNI, *Il reclutamento delle legioni*, Torino 1953, in part. 103 ss.; S. PRIULI, *La probatio militum e il computo del servizio militare nelle coorti pretorie*, in RAL, 26, 1971, in part. 702 e nt. 18; J. VENDRAND VOYER, *Norme civique et métier militaire à Rome sous le principat*, Clermont-Ferrand 1983, 69 ss., Y. LE BOHEC, *L'esercito romano. Le armi imperiali da Augusto alla fine del terzo secolo*, Roma rist. 2001, 113 s.

³⁶ Si tenga presente, inoltre, anche l'alto numero di perdite subite in conseguenza dell'annientamento, nel corso della rivolta giudaica (115-117 d.C.), di alcune guarnigioni e di altre unite acquartierate da Traiano in Mesopotamia: sul tema M. PUCCI, *La rivolta ebraica al tempo di Traiano*, Pisa 1981, in part. 85 ss.; altra bibl. in L. CAPPONI, *Il mistero del Tempio. La rivolta ebraica sotto Traiano*, Roma 2018, in part. 93 ss.

³⁷ È quanto hanno osservato W. ECK, A. PANGERL, P. WEISS, *Edikt Hadrians für Prätorianer mit unsicherem römischen Bürgerrecht* cit., 251 ss. Cfr. anche Zs. MRAV, I. VIDA, *Is praetorianorum meorum* cit., 133 ss.

³⁸ Il ritrovamento di una copia dell'editto nei pressi del forte ausiliario di Traismauer fornisce un indizio a sostegno di tale congettura: così W. ECK, *Rechtsunsicherheit heilen* cit., 8.

³⁹ Sul concetto di *adtributio* e sui suoi abusi vd., adesso, l'innovativo saggio di A. BARONI, ... *Partem ne adtributam quidem: sulla cosiddetta adtributio, yet again*, in S. SOLANO (a cura di), *Da Camunni a Romani. Archeologia e storia della romanizzazione alpina*, Atti Conv. Breno-Cividate Camuno (BS), 10-11 ottobre 2013, Roma 2016, 221-233, ove ampia lett.

⁴⁰ Sulla condizione di *peregrini* di *Anauni*, *Tuliasse* e *Sinduni* vd. U. LAFFI, *Adtributio e Contributio. Problemi del sistema politico-amministrativo dello stato romano*, Pisa 1966, 31 s.; E. FRÉZOULS, *A propos de la Tabula Clesiana*, in Ktema 6, 1981, 243 s.; M. TOZZI *Editto di Claudio sulla cittadinanza degli Anauni. Per la storia della cittadinanza romana delle genti Alpine*, Varzi (Pavia) 2002, 52 s.; A. RIGOTTI, *Divagazioni in margine all'Edictum Claudii de civitate Anaunorum (CIL V 5050)*, in Atti dell'Accademia Roveretana degli Agiati, a.a. 251, ser. VIII, 1.A, 2001, 23 ss. Vd. adesso, con ampia bibl., D. FAORO, *La tabula Clesiana. Un nuovo commento all'editto di Claudio*, in c.s.

⁴¹ *Esse pro cive* avrebbe detto Cicerone: off. 3.47 *nam esse pro ciue qui ciuis non sit rectum est non licere quam legem tulerunt sapientissimi consules Crassus et Scaeuola*. A tal riguardo vd. 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 secolo a.C.* (1993), ora in *Studi di storia romana e di diritto*, Roma 2001, 73.

la condizione di *municipes*, arrogandosi, in tal modo, la cittadinanza romana. Il che aveva consentito a molti di loro – nonostante il fatto che tale *genus hominum* non vantasse un'origo abbastanza sicura ('*tam et si animadverto non nimium firmam id genus hominum habere civitatis Romanae originem*⁴² *tamen*' [...]) – di essere iscritti nelle decurie dei giudici e, perfino, di militare nel pretorio imperiale fino ad ascendere, in alcuni casi, al grado di ufficiale ('*plerisque ex eo genere hominum etiam militare in praetorio / meo dicuntur quidam vero ordines quoque duxisse*'). Del resto la connivenza delle autorità di Trento e la conseguente iscrizione di questo '*genus hominum*' nelle liste cittadine escludeva, in siffatta vicenda, ogni responsabilità degli ufficiali preposti alla *probatio* e al reclutamento nelle coorti pretorie, dal momento che il possesso della *civitas Romana* era stata puntualmente verificato sulla scorta dei documenti ufficiali prodotti da questo *municipium*.⁴³

Per porre rimedio a irregolarità che avrebbero potuto sconvolgere – ove si fosse fatta valere l'assenza di *ius conubii* degli *Anauni*, dei *Tullianenses* e dei *Sinduni* con i Tridentini – il normale corso della vita civile e, in primo luogo, la legittimità della prole di molti degli abitanti del *municipium*, Claudio concesse una sorta di sanatoria, attribuendo agli individui di tali *gentes* la cittadinanza romana con effetto retroattivo. Li si autorizzò, così, a conservare i '*nomina, quae habuerunt antea tamquam cives Romani*', riconoscendo infine, pur sempre con effetto retroattivo, la validità di tutti gli atti giuridici che essi avessero compiuto '*tamquam cives Romani*'.

Che espressioni come '*ut cives Romani semper egerint*' o '*pro civibus Romanis gesserint*' siano propriamente tecniche emerge, inoltre, anche dal confronto con una serie di decisioni imperiali trasmesse dal *Codex Iustinianus*. Mi soffermerei solo su alcune delle costituzioni riferite dal titolo '*Ne de statu defunctorum post quinquennium quaeratur*' (C. 7.21):⁴⁴

C. 7.21.1 Impp. Severus et Antoninus AA. Niconi. *Aditus competens iudex causam praescriptionis examinabit et, si Domitiae patronum, qui ciuis Romanus in diem mortis uixit, ante quinque annos, quam lis bonorum mulieris inchoaretur, uita decessisse constiterit, libertae status ex persona manumissoris non retractabitur*;

C. 7.21.2 Impp. Severus et Antoninus AA. Maximo. *Si is, qui te heredem fecit, propter matris condicionem seruus dicitur et mater ante quinque annos litis motae uita decessit, praescriptioni locus erit, cum quaeri de statu non possit, nisi de condicione matris retractaretur. haec ita, si, quamdiu uixit, sine interpellatione ut ciuis Romana egit.* <a 205 pp. Id. Sept. Antonino A. II et Geta c. II cons.>;

C. 7.21.4 pr. Imp. Alexander Severus A. Marciano. *Si is, quem seruum tuum fuisse et a fratre tuo manumissum atque heredem scriptum proponis, ut ciuis Romanus uixit nec intra quinquennium post mortem eius status quaestionem mouere coepisti, intellegis neque*

⁴² Cfr., *supra* p. 222, le parole *ex dilectu probati parum examinata origine parentum* in AE 2012, 1082, AE 2013, 2182, AE 2013, 2184. Cfr. le parole *genus hominum* con Fest. 155 L.: vd. U. LAFFI, *La definizione di municipium in Paolo-Festo (155 L.)* (1985), ora in *Studi di storia romana e di diritto* cit., 137-142.

⁴³ Così D. FAORO, *Adtributi a divo Augusto*, in *Antichità Alto-Adriatiche* 81, 2015, 103 ss.

⁴⁴ Cfr. anche C. 7.21.6 pr.: Impp. Valerius et Gallienus AA. Pollae. *Si mater tua quasi ingenua communi opinione uixit et quinquennium a die mortis eius excessit, potes rem publicam et pupillos, si tibi status quaestionem mouere temptauerint, nota praescriptione repellere. 1. An autem pro ingenua in diem mortis egerit, in iudicio requiretur. quod si varietas interueniat, posteriora tempora spectari conuenit.* <a 260 pp. vi Id. Iun. Saeculare ii et Donato cons.>. C. 7.21.7 pr. Impp. Diocletianus et Maximianus AA. Heliodoro. *Si pater tuus ueluti ingenuus uixit nec status controuersiam, quasi fisci seruus esset, apud praesidem prouinciae, qui super huiusmodi quaestionibus iudicare solet, sed apud curatorem rei publicae non competentem iudicem passus est, postque mortem eius quinquennium fluxit, status tuus ex praescriptione, quae ex senatus consulto emanat, protectus est.*

heredibus ab eo scriptis neque his, quos liberos esse uoluit, controuersiam te contra formam senatus consulti facere posse. <a 228 pp. v Id. Iun. Modesto et Probo cons.>.

La prassi, in forza della quale – in assenza di un’adeguata documentazione a sostegno – è anche il comportamento osservato nella propria esistenza a provare la cittadinanza di un individuo, si applica puntualmente nei tre rescritti adesso letti. In effetti si proibisce di rimettere in discussione lo statuto delle persone decedute, una volta trascorsi cinque anni dalla loro morte. Si ritrovano formulazioni che ricorrono quasi identiche nella *tabula Clesiana*,⁴⁵ nell’editto adrianeo riferito poc’anzi,⁴⁶ nonché – lo vedremo fra breve – nella *pro Archia* di Cicerone.⁴⁷ Se chi è in vita può difendersi, qualora il suo *status* sia contestato, i defunti, invece, non ne avrebbero la possibilità. Ma disconoscere lo statuto giuridico di un morto può dar luogo a conseguenze talmente gravi da imporre decisioni normative che le evitino *in limine* quanto meno nei casi dubbi. Questi rescritti, del resto, non innovavano significativamente rispetto al quadro normativo preesistente, dal momento che essi si fondevano su di un più antico provvedimento adrianeo.⁴⁸

Anche l’espressione ‘*legitimi cives Romani*’, in D. 49.14.32 come in AE 2012, 1082 (AE 2013, 2182, AE 2013, 2184), doveva esser in uso da tempo nella lingua della cancelleria imperiale. Benché non esplicitamente, parrebbe confermarlo, tra l’altro, un’ulteriore testimonianza databile tra la fine del 98 (ottobre-dicembre) e l’estate del 99.⁴⁹ Pli-

⁴⁵ *Supra*, p. 222.

⁴⁶ *Supra*, p. 220 s.

⁴⁷ *Infra*, p. 230. Sulle coincidenze tra Cic. *Pro Archia* 5.11 e *Tabula Clesiana*, ll. 34-35 vd. P. FREZZA, *Note esegetiche di diritto pubblico romano I. «Pro cive se gerere» (acquisto della cittadinanza e iscrizione al censo)* (1956), ora in F. AMARELLI, E. GERMINO (a cura di), *Scritti* 2, Roma 2000, 207.

⁴⁸ D. 40.15.1 pr.-2 (Marcian. *l.s. de delat.*) (pr.) *De statu defunctorum post quinquennium quaerere non licet neque priuatum neque fisci nomine.* (1) *Sed nec eius status retractandus est, qui intra quinquennium decessit, si per huius quaestionem praeiudicium futurum est ante quinquennium mortuo.* (2) *Immo nec de uiui statu quaerendum est, si quaestio huius praeiudicium facit ei, qui ante quinquennium decessit: et ita diuus Hadrianus constituit.* Cfr. F. GARDNER, *Hadrian and the Social Legacy of Augustus*, in *Labeo* 42.1, 1976, 83-100, in part. 85 s. Si è congetturato che anche le iscrizioni tombali possano costituire prova a tal riguardo. Di conseguenza, secondo E.A. MEYER, *Explaining the Epigraphic Habit in the Roman Empire: The Evidence of Epitaphs*, in *JRS* 80, 1990, 74-96, la diminuzione del numero complessivo delle iscrizioni personali dopo la concessione universale della cittadinanza potrebbe spiegarsi anche con il venire meno della necessità di attestare il proprio *status*. Non penso che tale congettura – al pari di quelle ancor più azzardate formulate da questa studiosa in *Legitimacy and Law in the Roman World: Tabulae in Roman Belief and Practice*, Cambridge 2004, 9 ss.: il ricorso ai documenti redatti su tavolette cerate corrisponderebbe, nella mentalità dei Romani, al carattere rituale e celebrativo dell’uso della scrittura in questi contesti piuttosto che a esigenze di pubblicità e di tutela delle aspettative dei privati – possa essere seriamente presa in considerazione.

⁴⁹ Plin. min., ep. 10.5.1-2: (1) *Proximo anno, domine, grauissima ualeitudine usque periculum uitae uexatus iatralipten adsumpsi; cuius sollicitudini et studio tuae tantum indulgentiae beneficio referre gratiam parem possum.* (2) *quare rogo des ei ciuitatem Romanam. est enim peregrinae condicionis, manumissus a peregrina. uocatur ipse Harpocras, patronam habuit Thermuthin Theonis, quae iam pridem defuncta est (...);* 10.10.1-2: (1) *Exprimere, domine, uerbis non possum, quanto me gaudio adfecerint epistulae tuae, ex quibus cognoui te Harpocrati, iatraliptae meo, et Alexandrinam ciuitatem tribuisse, quamuis secundum institutionem principum non temere eam dare proposuisses. esse autem Harpocran uoμoῦ Μεμπίτου indico tibi.* (2) *rogo ergo, indulgentissime imperator, ut mihi ad Pompeium Plantam, praefectum Aegypti, amicum tuum, sicut promisisti, epistulam mittas (...).* F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², IV.2, Napoli 1975, 789 nt. 43, sostiene che, quando Plinio ha scritto le sue lettere, questi si trovava in Egitto. Tale asserzione appare, se si considera, in particolar modo, la parte conclusiva di Plin. min. ep. 10.10, priva di ogni sostegno. Plinio risiedeva in Italia, ove attendeva l’*aduentus* dell’*optimus princeps*, previsto per l’autunno del 99. Occorre, inoltre, anche tener

nio il Giovane, in quei mesi, chiese a Traiano, per ricompensare adeguatamente i servigi di un *iatrialeiptēs* di nome Harpocras, di conferirgli la *civitas Romana*.⁵⁰

Harpocras – egli precisava – era un *peregrinus*,⁵¹ liberto di una *patrona*⁵² di nome Termuti e moglie di Teone:⁵³ di una donna, cioè, a sua volta di condizione peregrina,⁵⁴ già defunta da anni.⁵⁵

Il beneficio fu concesso – occorre presumere – quasi subito, ma, nel procedere alla registrazione del nome del nuovo cittadino nel *commentarius civitate Romana donatorum*, gli addetti a quest'ufficio, forse liberti alle dipendenze del *procurator a censibus*,⁵⁶ sollevarono un grave problema:⁵⁷

Plin. min., *ep.* 10.6.1-3 (1) *Ago gratias, domine, quod et ius Quiritium libertis necessariae*

presente che Plinio, tra il 98 e il 99, era *praefectus aerarii Saturni*: vd., comunque, A. N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny. A Historical and Social Commentary*, Oxford 1985², 575 s.

⁵⁰ È ciò che si riscontra anche nel caso della *tabula Banasitana*: sono stati i procuratori in carica della *Tingitana* a sostenere la richiesta della cittadinanza romana per i due *principes* della *gens Zegrensi* e per le loro famiglie.

⁵¹ E. VOLTERRA, *Manomissioni di schiavi compiute da peregrini* (1956), ora in *Scritti giuridici*, con una nota di M. TALAMANCA, *Famiglia e successioni*, II, Napoli 1991, 387, osserva che le manomissioni compiute da un peregrino secondo le sue leggi erano pienamente riconosciute dai Romani, nel senso che il manomesso era considerato libero e posto nella categoria dei liberti. Infatti Plinio, il quale desidera fare acquistare al suo protetto la cittadinanza romana, non può acquistarlo e manometterlo in una delle tre forme civili: egli non ha altro mezzo che impetrare dall'imperatore la concessione della cittadinanza: vd., comunque, *fgf. Dosith.* 12.

⁵² Per E. VOLTERRA, *Manomissioni di schiavi compiute da peregrini* cit., 387, è chiaro che il manomissore, anche se peregrino, acquistava diritti di patronato, quali almeno li qualifica Plinio. Evidentemente, non dovevano essere i medesimi diritti di patronato riconosciuti ai manomissori cittadini romani, ma, sostanzialmente, diritti analoghi, perché altrimenti non si spiegherebbe il termine adoperato nell'*epistula*.

⁵³ Questi nomi appaiono conformi all'onomastica propria degli Egizi ellenizzati, ma Theonis potrebbe anche essere un errore per 'Thonis': cfr Chrest. II, 2.304.

⁵⁴ Pertanto il protetto di Plinio non è soltanto un *peregrinus*, ma l'affrancato di una *peregrina*: ora in molte città grecofone i liberti non potevano acquistare la cittadinanza locale. La loro *origo*, nondimeno, alla luce delle regole che disciplinavano l'amministrazione romana era la medesima del *patronus*. Al fine d'accelerare la procedura, Plinio fa menzione della morte della *patrona*, ma non ricorda la possibile esistenza di suoi eredi. Se questi fossero esistiti e fossero stati ancora in vita, avrebbero potuto vantare diritti che l'ordine giuridico romano riconosceva. In effetti, se eredi diretti erano ancora in vita, essi ereditavano in parte i diritti di patronato sui liberti: Gai. 3.42, 45-46, 53. Cfr. G. FABRE, *Libertus. Patrons et affranchis à Rome*, Rome-Paris 1981, 59 ss., 64 ss.

⁵⁵ Plin. min. *ep.* 10.5. E. VOLTERRA, *Manomissioni di schiavi compiute da peregrini* cit., 387 s., osserva che il liberto non può mutare il suo *status civitatis* senza il consenso del proprio *patronus*. Per questo Plinio si premura di precisare che la *patrona* di Harpocras è defunta (ripetendolo anche nella lettera successiva). Lo schiavo liberato entra, secondo il Volterra, nella *civitas* del suo manomissore ed è sottoposto al suo medesimo ordinamento giuridico. Io direi, dal canto mio, che è vera unicamente la seconda parte della proposizione adesso esposta: lo schiavo liberato è sottoposto al medesimo ordinamento giuridico del manumissore, ma non è detto che ne acquisti anche la *civitas*.

⁵⁶ È una congettura formulata, sul piano generale (senza, cioè, alcun specifico riferimento alla testimonianza di Plinio), da W. ECK, *L'Empereur romain Chef de l'Armée. Le témoignage des diplômes militaires*, in CCG 13, 2002, 93 ss., in part. 101 s. e nt. 30. Su quest'*officium* cfr. S. DEMOUGIN, *Le bureau palatin a censibus*, in MEFRA 113.2, 2001, 621 ss.

⁵⁷ L. VIDMAN, *Étude sur la correspondance de Pline le Jeune avec Trajan* (ed. anast. Roma 1972) 29, sottolinea che manca la risposta di Traiano alla lettera 5, sebbene Plinio ricordi, in un'altra epistola (la VI), che la sua domanda è stata accolta.

mibi feminae et ciuitatem Romanam Harpocrati, iatraliptae meo, sine mora indulxisti. Sed, cum annos eius et censum, sicut praeceperas, ederem, admonitus sum a peritioribus debuisse me ante ei Alexandrinam ciuitatem impetrare, deinde Romanam, quoniam esset Aegyptius. (2) ego autem, quia inter Aegyptios ceterosque peregrinos nihil interesse credebam, contentus fueram hoc solum scribere tibi, esse eum a peregrina manumissum patronam que eius iam pridem decessisse. de qua ignorantia mea non queror; per quam stetit, ut tibi pro eodem homine saepius obligarer. (3) Rogo itaque, ut beneficio tuo legitime frui possim, tribuas ei et Alexandrinam ciuitatem et Romanam. annos eius et censum, ne quid rursus indulgentiam tuam moraretur, libertis tuis, quibus iusseras, misi.

Lo *iatraleiptēs* era Egizio perché a tale γένος apparteneva anche la sua *patrona*. Titolare pertanto, al pari di tutti gli altri *Aegyptii* dei *nomoi*,⁵⁸ di uno *status civitatis*⁵⁹ limitato in forza delle speciali regole che, per ragioni d'ordine soprattutto fiscale, il potere imperiale aveva imposto a tale *provincia*, gli era esplicitamente interdetto l'accesso diretto alla *civitas Romana*. Lo conferma, del resto, un'altra testimonianza quasi coeva: Ios. *Contra Apionem* 2.42 «(...) Anzi i Romani, che oggi sono padroni dell'ecumene, ai soli Egiziani hanno vietato di prendere una qualunque cittadinanza» (καίτοι μόνοις Αἰγυπτίοις οἱ κύριοι νῦν Ῥωμαῖοι τῆς οἰκουμένης μεταλαμβάνειν ἡστινοσούν πολιτείας ἀπειρήκασιν).

Traiano avrebbe potuto, volendo, violare prassi e discipline ormai da tempo assunte a modello dall'amministrazione imperiale:⁶⁰ ma l'*optimus princeps*, come Plinio stesso rileva utilizzando l'avverbio *legitime* ('*rogo itaque, ut beneficio tuo legitime frui possim, tribuas ei et Alexandrinam civitatem et Romanam*'),⁶¹ aveva vincolato sé stesso al pieno rispetto delle procedure.⁶² Per effettuarsi regolarmente, l'iscrizione nel *commentarius civitate Romana donatorum* doveva rispettare le norme⁶³ che autorizzavano i *principes* a concedere *viritim* la *civitas Romana*, senza

⁵⁸ In questo, ma solo in questo, si rileva un'effettiva somiglianza con la condizione dei cosiddetti *peregrini dediticii Aeliani*.

⁵⁹ E. VOLTERRA, *Manomissione e cittadinanza* (1956), ora in ora in *Scritti giuridici*, con una nota di M. TALAMANCA, *Famiglia e successioni*, cit., II, 397.

⁶⁰ In tutt'altro contesto, Ulpiano sottolineava che il *populus Romanus* e il *princeps*, volendo, avrebbero potuto sanare una causa assoluta di inelleggibilità alle magistrature come la schiavitù: cfr. D. 1.14.3 (38 *ad Sab.*).

⁶¹ Per la bibliografia e per altri riscontri testuali rinvio a V. MAROTTA, *Egyptians and Citizenship from the First Century AD to the Constitutio Antoniniana*, in L. CECCHET, A. BUSETTO (eds.), *Citizens in the Graeco-Roman World. Aspects of Citizenship from the Archaic Period to AD 212*, Leiden-Boston 2017, 172 ss., in part. 175-182.

⁶² E. VOLTERRA, *Manomissioni di schiavi compiute da peregrini* cit., 389, afferma che la concessione della cittadinanza da parte dell'imperatore produceva effetti giuridici solo se ne sussistevano i presupposti: in altre parole il suo beneficiario doveva esser titolare di uno statuto legale idoneo per conseguire la cittadinanza. Come è ovvio, ciò è vero solo nella misura in cui l'imperatore intenda rispettare le regole vigenti, quantunque non ne sia vincolato (*supra*, nt. 60).

⁶³ Forse una legge d'età augustea che riformulò il contenuto della *lex Munatia Aemilia* (cosiddetto editto di Rhosos, l. 10: A. RAGGI, *Seleuco di Rhosos. Cittadinanza e privilegi nell'Oriente greco in età tardo-repubblicana*, Pisa 2006, in part. 145 ss.) del 42 a.C. L. PELLECCHI, 'Quae triumviratu iusserat abolevit'. *Gli esordi del potere normativo di Augusto in materia fiscale*, in J.-L. FERRARY, J. SCHEID (a cura di), *Il princeps romano: autocrate o magistrato? Fattori giuridici e fattori sociali del potere imperiale da Augusto a Commodo*, Pavia 2015, 431-495, in part. 490 s., ha opportunamente sottolineato che le concessioni imperiali di cittadinanza e di immunità erano verosimilmente autorizzate, anche in età augustea (e, dunque, anche successivamente sulla scorta del meccanismo congegnato dalla clausola VII della cosiddetta *lex de imperio Vespasiani*), da 'deleghe legislative'.

violare, al contempo, alcun'altra disposizione. Sicché l'espressione '*legitimi cives Romani*', nel passo di Marciano – così come, per converso, nell'editto adrianeo del 119 (AÉ 2012, 1082, AÉ 2013, 2182, AÉ 2013, 2184) – indica quei cittadini divenuti tali a séguito di un procedimento conforme alla disciplina fissata dall'ordine giuridico vigente.

4. *USUS TOGAE* E CITTADINANZA ROMANA.

D. 49.14.32 propone più di un problema. Che l'espressione *usus togae* alluda anche al conferimento della *civitas Romana* è – alla luce di quel che emerge dall'insieme della letteratura romanistica e antichistica – tutt'altro che certo.⁶⁴ In effetti a quanto sembra, almeno per gli *obsides*, la concessione dell'*usus togae* non sarebbe stata di per sé sufficiente a garantire le aspettative e i diritti dei loro *heredes* e a dar corso, perciò, al *beneficium principale*, se non quando gli ostaggi avessero costantemente vissuto come *cives Romani*.

Invero se prima del 90 a.C. la *toga* era l'abito proprio degli Italici oltre che dei Romani e dei Latini, dopo quella data essa assurse a simbolo del possesso della cittadinanza. Di conseguenza al permesso di indossarla si connetteva anche il dovere di attenersi al *decorum* e agli obblighi di ogni cittadino romano.⁶⁵ Marciano ha formalizzato compiutamente questo legame tra *usus togae* e cittadinanza, ma già Plinio il Giovane, agli inizi del secolo precedente, aveva sottolineato che l'*exsilium*, cui conseguiva l'*amissio civitatis*,⁶⁶ faceva necessariamente venir meno il diritto di vestire la *toga* in pubblico.⁶⁷

Plin. min., ep. 4.11.3 *Idem, cum Graeco pallio amictus intrasset (carent enim togae iure, quibus aqua et igni interdictum est), postquam se composuit circumspectitque habitum suum, 'Latine', inquit, 'declamaturus sum'.*

⁶⁴ Cfr., *infra*, ntt. 68 e 73, da un canto l'ipotesi di Ettore De Ruggiero, dall'altro quella, ancor più risaltante, di J. Cujacius.

⁶⁵ Così O. BEHREND, *La lex Licinia Mucia de civibus redigendis de 95 a.C. Une loi néfaste d'auteurs savants et bienveillants*, in S. RATTI (éd.), *Antiquité et Citoyenneté. Actes du Colloque International de Besançon 3-5 novembre 1999*, Paris 2002, 32 s. e ntt. 39 e 40. Altri rilievi in A.N. SHERWIN-WHITE, *The Roman Citizenship*, Oxford 1973², 232 ss.

⁶⁶ Sull'antica *interdictio aqua et igni*, vd. C. GIOFFREDI, *L'aqua et igni interdictio e il concorso privato alla repressione penale*, in Archivio Penale 3.1, 1947, 426 ss.; ID., *Ancora su l'aqua et igni interdictio*, in SDHI 12, 1946, pp. 191 ss.; V. DEVILLA, *Exilium perpetuum*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 1, Milano 1953, 295 ss.; C. GIOFFREDI, *Aqua et igni interdictio*, in NNDI 1², Torino 1957, 817, ove ulteriori ragguagli bibliografici; G. CRIFÒ, *Ricerche sull'«exilium» nel periodo repubblicano. Parte prima*, Milano 1961, 1 ss.; ID., *Ricerche sull'«exilium». L'origine dell'istituto e gli elementi della sua evoluzione*, in *Studi in onore di Emilio Betti*, 2, Milano 1962, 229 ss.; ID., *Esilio (Parte Storica)*, in Enc. dir. 15, Milano 1966, 712 ss.; E.L. GRASMÜCK, *Exilium. Untersuchungen zur Verbannung in der Antike*, Paderborn-München-Wien-Zürich 1978, 62 ss.; G. CRIFÒ, *Exilica causa, quae adversus exulem agitur. Problemi dell'aqua et igni interdictio*, in *Du châtement dans la cité. Supplices corporels et peine de mort dans le monde antique. Table ronde de Rome (9-11 novembre 1982)*, Rome-Paris 1984, 481 ss.; L. MONACO, *Nota critica sul carattere gentilizio dell'antico «exilium»*, in G. FRANCIOSI (a cura di), *Ricerche sulla organizzazione gentilizia romana*, II, Napoli 1988, 91 ss. *Sulla sostituzione dell'interdictio con la deportatio* vd. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 251 e ntt. 226, 227. La *deportatio*, sanzione con la quale la quale si imponeva al condannato di risiedere coattivamente e in perpetuo *in insulam* (il più delle volte), comportava, inoltre, la perdita della cittadinanza e la confisca dei beni: D. 48.22.6 (Ulp. 9 *de off. proc.*): cfr. ID., *La situazione patrimoniale dei deportati in insulam*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamasca*, 7, Napoli 2001, 188 ss.

⁶⁷ A. N. SHERWIN-WHITE, *The Letters of Pliny* cit., 281. Cfr. Liv. 34.7.2.

Per Svetonio l'elemento simbolico inerente all'*usus togae* e la sua evidente connessione con l'esercizio stesso del *ius civitatis* convinse Claudio – nonostante la palese stravaganza della sua decisione – a stabilire, in un processo nel quale si controverteva sull'usurpazione dei diritti di cittadinanza, che il *reus* indossasse, a seconda che fosse accusato o fosse difeso, una *toga* o un *pallium*:

Suet. *Claud.* 15.2 *Peregrinitatis reum orta inter aduocatos leui contentione, togatumne an palliatum dicere causam oporteret, quasi aequitatem integram ostentans, mutare habitum saepius et prout accusaretur defenderetur, iussit.*

A suo tempo Ettore De Ruggiero⁶⁸ ricondusse il *ius togae*,⁶⁹ largito dall'imperatore, e, pertanto, l'*usus togae* al modo generale della concessione (*donatio*) della cittadinanza fatta dal «capo dello Stato» al pari della vendita della stessa.⁷⁰ Di conseguenza il rescritto riferito da Marciano – diversamente da quel che ha sostenuto Joel Allen⁷¹ – non alluderebbe a un puro e semplice mutamento di comportamenti e di abitudini. Da un canto non sarebbe vero che la mera integrazione culturale degli ostaggi – attestata, in primo luogo, dall'uso dell'abito proprio dei Romani (la *toga*) – di per sé bastasse per garantirsi la tutela del *ius heredum* e, innanzi tutto, del *ius* dei figli concepiti durante gli anni trascorsi, nell'Urbe o in Italia, in domicilio coatto. Dall'altro, viceversa, occorre riconoscere che contravvenire ai *mores romani*, il non attenersi ai canoni del '*pro cive agere*' o del '*pro cive se gerere*' comportava inevitabilmente la confisca dei beni degli *obsides* al momento della loro morte.

Postuliamo, per ora, che il rescritto di Marco Aurelio e Lucio Vero presupponesse che gli ostaggi avessero già ottenuto la cittadinanza, prescrivendo, inoltre, come ulteriore requisito – per dar corso a una piena tutela dei loro diritti e, in particolare, della loro capacità di lasciare eredi – che essi avessero sempre vissuto e agito come *cives Romani*.⁷² Invero occorre subito riconoscere che l'uso, in D. 49.14.32, di una formula come '*ideoque idem ius eis servandum, quod habent, si a legitimis civibus Romanis heredes instituti fuissent*' – che par-

⁶⁸ Cfr. Plin. min. *ep.* 4.11.3 (*supra*, p. 227): E. DE RUGGIERO, *Il diritto di cittadinanza romana nei primi tempi dell'Impero, Jus originis e Tribus*, Napoli 1867, 1.

⁶⁹ *Il diritto di cittadinanza* cit., 1 nt. 1: «Il *ius togae* largito dall'imperatore (l. 32 D. *de iure fisci* (49,14) e la vendita stessa della *civitas* (Cass. Dio LX,17) si riducono al modo generico della concessione (*donatio*) della medesima fatta dal capo dello Stato».

⁷⁰ Cass. Dio 60.17.5-6 Ἐπειδὴ γὰρ ἐν πᾶσιν ὡς εἶπεν οἱ Ῥωμαῖοι τῶν ξένων προετείμηντο, πολλοὶ αὐτὴν παρὰ τε αὐτοῦ ἐκείνου ἡτοῦντο καὶ παρὰ τῆς Μεσσαλίνης τῶν τε Καισαρείων ὠνοῦντο· καὶ διὰ τοῦτο μεγάλων τὸ πρῶτον χρημάτων πραθεῖσα, ἔπειθ' οὕτως ὑπὸ τῆς εὐχερείας ἐπευώνισθη ὥστε καὶ λογοποιηθῆναι ὅτι κἂν ὑάλινά τις σκεὺ συντετριμμένα δῶ τινι πολίτης ἔσται. «Infatti, dal momento che i Romani godevano di maggiori diritti rispetto agli stranieri sotto tutti gli aspetti, molti chiedevano la cittadinanza direttamente a Claudio, e molti la compravano da Messalina e dai liberti dell'imperatore. Per questa ragione, sebbene in un primo momento la cittadinanza venisse venduta dietro il pagamento d'ingenti somme, in seguito, a causa della facilità con cui poteva essere ottenuta, il prezzo si abbassò a tal punto che si cominciò a diffondere la diceria secondo cui uno avrebbe potuto diventare cittadino romano dando semplicemente dei cocci di vetro alla persona giusta». Cfr. *Act. Ap.* 22.28: vd., a tal riguardo, con bibl., A.M. MANDAS, *Il processo contro Paolo di Tarso. Una lettura giuridica degli Atti degli Apostoli (21.27-28.31)*, prefazione di G. RINALDI, Napoli 2017, 37 ss.

⁷¹ J. ALLEN, *Hostages and Hostages-Taking* cit., 160 s. Ma sottoscrive, in fondo, quest'interpretazione del passo anche S. ELBERN, *Geiseln in Rom* cit., 120.

⁷² Ch. LECRIVAIN, *L'institution des otages* cit., in part. 131 s. Per S. ELBERN, *ibid.*, la romanizzazione degli ostaggi aveva anche conseguenze giuridiche. A chi avesse adottato lo stile di vita romano, si riconosceva il diritto di testare.

rebbe conformarsi allo stile proprio di una finzione – autorizza, al contempo, a sospettare che, senza l'ulteriore intervento di Marco Aurelio e Lucio Vero, le autorità (il *fiscus Caesaris*, i *procuratores hereditatium*, etc.) avrebbero negato agli *obsides*, cui fosse stato concesso l'*usus togae*, lo *status* e i diritti propri dei *cives Romani*. E, a tal riguardo, il confronto con la *tabula Clesiana* e con l'editto di Adriano, poc'anzi richiamato, sembrerebbe deporre a favore di tale conclusione.⁷³

Non è però scontato che queste incertezze, pur trasparendo, debbano dipendere dal fatto che, in assenza dello *status civitatis*, se ne fingesse necessariamente l'esistenza. In altre parole l'artificio del diritto, utilizzato in D. 49.14.32, potrebbe non consistere in una *fictio civitatis*. Si constatarebbe, piuttosto, l'impiego, per mere esigenze esplicative, di una protasi dell'irrealtà mediante la quale si equiparava lo *status* di chi, ricevuto l'*usus togae Romanae*, si fosse sempre comportato come un *civis*, a quello di quanti fossero divenuti tali in base a un procedimento del tutto conforme alle regole ('*legitimi cives Romani*').⁷⁴ In tal modo i *divi fratres* avrebbero attribuito alla consegna di una *toga* – in un'occasione cerimoniale pubblica (si deve presumere)⁷⁵ – e al permesso di indossarla i medesimi effetti delle forme consuete di conferimento della cittadinanza. Ma tutto questo, comunque, non bastava per tenere i beni degli ostaggi al riparo dal rischio della confisca. Occorreva, al contempo, che la can-

⁷³ Cui, per esempio, pervenne anche J. CUJACIUS, *Opera. Ad Parisiensem Fabrotianam Editionem diligentissime exacta. Auctiora atque emendatiora*, Tomus IV. Editio Altera Pratensis, Prato 1860, 329: «(...): *sed ne fallamur, qui acceperunt a Principe usum togae Romanae, non sunt quidem legitimi cives Romani, quia non civitatem, sed togam tantum acceperunt, id est, habitum civis tantum. Toga sola non facit civem: igitur non sunt legitimi cives Romani, sed habentur tantum pro civibus legitimis, et ut, jus togae, ita jus omne civium Romanorum habent, qui ab civibus instituti heredes fuissent. Alii igitur sunt cives legitimi, alii fictitii, qui jus civium non habent, nec tamen sunt cives legitimi, ut qui facti sint naturales, ut vulgo loquimur. Advenae jus civium habent, nec sunt legitimi cives, sed pro civibus habentur (...)*».

⁷⁴ Rinvio, a tal riguardo, alle condivisibili precisazioni formulate da E. Volterra: *supra*, nt. 62. Detto altrimenti, qui (nel caso esposto in D. 49.14.32) non si procedeva dalla falsa supposizione che chi avesse ottenuto l'*usus togae* fosse *civis Romanus*, mentre, in realtà, non lo era (*fictio civitatis*) (così, invece, J. CUJACIUS, *ibid.*), ma si indicava una semplice equivalenza tra coloro i quali avessero ricevuto la cittadinanza, mediante una decisione imperiale non formalizzata nei modi consueti (ma comunque annotata nei registri di uno specifico ufficio: *infra*, nt. 75) – il rituale della consegna di una *toga* e il permesso di indossarla –, e quanti, al contrario, l'avessero ottenuta in base a un procedimento – culminante nell'iscrizione dei nomi dei beneficiari nel *commentarius civitate Romana donatorum* – del tutto aderente alle regole e alle prassi che dovevano essere seguite e fatte rispettare dall'amministrazione imperiale. Sulla finzione in diritto romano fondamentali i contributi di Y. THOMAS, *Fictio legis. L'empire de la fiction romaine et ses limites médiévales* (1995), ora in ID., *Les opérations du droit*, Paris 2011, pp. 133 ss. (= trad. it. Y. THOMAS, *Fictio legis. La finzione romana e i suoi limiti medievali*, Macerata 2016 e di E. BIANCHI, *Fictio iuris. Ricerche sulla finzione in diritto romano dal periodo arcaico all'epoca augustea*, Padova 1997; ID., *Per un'indagine sul principio conceptus pro iam nato habetur. (Fondamenti arcaici e classici)*, Milano 2009, in part. 108 ss.

⁷⁵ In tal caso – o nei *commentarii diurni*, quantunque questi ultimi (una sorta di «actes du palais»: Suet. *Aug.* 64.2) non abbiano carattere propriamente pubblico (C. MOATTI, *Archives et partage de la terre dans le monde romain (I^{er} siècle avant-J^{er} siècle après J.-C.)*, Rome-Paris 1993, 68) o in altri *commentarii* (ma, ovviamente, non in quelli *civitate Romana donatorum*, *infra*, nt. 76, perché, altrimenti ci troveremmo innanzi a un procedimento pienamente conforme alle prassi e alle regole) – della decisione del *princeps* sarebbe rimasta comunque qualche traccia. Era dovere del *procurator ab ephemeride* (cfr. CIL III, 536), chiamato così quanto meno in età severiana, conservare e tramandare il ricordo (nei *libri lintei*) di ogni evento che riguardasse il *princeps* e la sua famiglia: vd. O. HISCHELD, *Die kaiserlichen Verwaltungsbeamten* cit., 324; G. BOULVERT, *Esclaves et affranchis* cit., 329 s.; ID., *Domestique et Fonctionnaire sous le Haut-Empire romain*, Paris 1974, 135.

celleria imperiale procedesse, per dar pieno corso al *beneficium principale*, a un ulteriore accertamento: un accertamento volto soltanto a chiarire che gli *obsides* ‘ut cives Romani semper egerint’. Il dato preliminare, da appurare in ogni circostanza, era per l'appunto questo.

Qui – a differenza di quel che si riscontra nell'esame della *pro Archia* di Cicerone – l'incertezza forse non verteva – se si accoglie la congettura adesso formulata – sull'esistenza del presupposto cui si correlava anche il *ius civitatis* (nell'esempio proposto da D. 49.14.32 il *beneficium*⁷⁶ dell'*usus togae*, nell'orazione la registrazione del *nomen* di Archia tra i cittadini di Eraclea), ma sul fatto che l'*obses*, gratificato da tale privilegio, se ne fosse realmente giovato, comportandosi come un *civis Romanus*. Eppure – quantunque le situazioni concrete (cui queste due testimonianze, tanto lontane tra loro nel tempo, guardavano) differiscano notevolmente – entrambe alludono alla medesima nozione: quella di *pro cive se gerere* o di *pro cive agere*. Nel 62 a.C., per perseguire la sua strategia difensiva, anche l'oratore la richiama, adoperando, in effetti, un'espressione analoga a quella che si legge nella *tabula Clesiana*:

Cic., *Archia* 5.10-11 *Quae cum ita sunt, quid est quod de eius ciuitate dubitatis, praesertim cum aliis quoque in ciuitatibus fuerit ascriptus? (...) Quid? cum ceteri non modo post ciuitatem datam, sed etiam post legem Papiam aliquo modo in eorum municipiorum tabulas inreperunt (...). Sed, quoniam census non ius ciuitatis confirmat ac tantum modo indicat eum, qui sit census, ita se iam tum gessisse pro ciue, hic iis temporibus, quem tu criminari ne ipsius quidem iudicio in ciuium Romanorum iure esse uersatum, et testamentum saepe fecit nostris legibus et adiit hereditates ciuium Romanorum et in beneficiis ad aerarium delatus est a L. Lucullo pro consule.*

Cicerone, ricordando la concessione della cittadinanza ('*post civitatem datam*'), allude, verosimilmente, all'estensione generale della *civitas Romana* agli abitanti della penisola italica nell'89 a.C. L'Arpinate fa menzione, inoltre, dell'iscrizione abusiva di alcuni *peregrini* nei municipi italici, comportamento criminoso specifico oggetto della *lex Papia de peregrinis* del 65 a.C.⁷⁷ Come è noto, essere annoverato nei registri dei cittadini di un municipi-

⁷⁶ *Beneficium* che, implicando l'attribuzione della *civitas*, avrebbe dovuto, di conseguenza, comportare, perché il procedimento si perfezionasse, anche l'iscrizione del nome del beneficiario nel *commentarius civitate Romana donatorum*: IAM II = ILMaroc 94, (*Tabula Banasitana*), ll. 19-21 *uxori filiisq(ue) eius ciuitatem Romanam salluo iure gentis dedimus. quod [ut] in commentarios nostros referri / possit explora quae cui[us]q(ue) aeta[ti]s sit et scribe nobis*. Cfr. Plin. min., ep. 10.105 (...) *referri in commentarios meos iussi* (...). A proposito del *commentarius civitate Romana donatorum* si deve tener conto anche di AÉ 1999, 1250, ll. 3-10 *Descriptum et recognitum ex petitione rescripta diplomati id quod infra scriptum est: Descriptum et recognitum ex commentario ciuitate donatorum diui Augusti et Tiberii Caesaris Augusti et C. Caesaris et diui Claudii et Neronis et Galbae et diuorum Augustorum Vespasiani et Titi et Caesaris Domitiani et diuorum Augustorum Neruae et Traiani Parthici et Traiani Hadriani et Hadriani Antonini Pii* - - - -: vd. R. FREI-STOLBA-H. LIEB, *Un diplôme civil: le fragment de Carnuntum*, in ZPE 143, 2003, 243-254. Quanto ai *diplomata civitatis* cfr. anche Suet., *Cal.* 38.1 *negabat iure ciuitatem Romanam usurpare eos, quorum maiores sibi posterisque eam impetrasent, nisi si filii essent, neque enim intellegi debere posteros ultra hunc gradum; prolataque diuorum Iuli et Augusti diplomata ut uetera et osoleta deflabat; Nero 12.1 exhibuit et naumachiam marina aqua innantibus beluis; item pyrrichas quasdam e numero ephoborum, quibus post editam operam diplomata ciuitatis Romanae singulis optulit*. Sul tema, quando quest'articolo era già in bozza, ho potuto consultare J. PLATSCHEK, *Caligola e i Divorum Iuli et Augusti Diplomata*: Suet., *Cal.* 38.1, in MEP 20, 2017 (ma 2018), 17 ss.

⁷⁷ Cic., *Archia* 10; *Balb.* 52; *off.* 3.11; *Val. Max.* 3.4.5; *Cass. Dio* 37.9. Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 856 ss. Cfr. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, 1912 (1922), r. an. Hildesheim-Zürich-New York 1990², 376. P. FREZZA, *Note esegetiche di diritto pubblico romano I. «Pro cive se gerere» (acquisto della cittadinanza e iscrizione al censo)* (1956), ora in *Scritti cit.*, 2, 207 ss. Vd. inol-

pio equivaleva a essere *civis Romanus*. Per dimostrare la cittadinanza del proprio cliente, l'oratore insistette, in principal modo, su di un argomento: la sua iscrizione nei registri municipali e, in particolare, in quelli di Eraclea. Questa registrazione costituiva il mezzo di prova che avrebbe consentito di verificare lo *status civitatis* del poeta Archia. Purtroppo, però, i registri di Eraclea erano andati distrutti nel corso di un incendio.⁷⁸ Pertanto occorreva accontentarsi, in questa circostanza, della sola testimonianza orale dei magistrati del municipio.⁷⁹ Gli avversari del poeta accusarono Archia di non essersi fatto registrare nelle due ultime operazioni di censimento.⁸⁰ Ma Cicerone controbatté, sottolineando che il poeta, entrambe le volte, si trovava lontano dall'Italia impegnato – in altrettante, distinte circostanze – al fianco di Lucullo come suo collaboratore. Per giunta l'oratore negava all'iscrizione nei ruoli del censimento lo statuto di mezzo idoneo a comprovare il diritto di cittadinanza. Esso, in effetti, indicava soltanto che il censito, così agendo, aveva esercitato i diritti inerenti alla *civitas*. Comunque non sarebbe stato vero, come l'accusatore calunniosamente insinuava, che Archia, con la sua stessa astensione dal censo, avrebbe ammesso di non trovarsi nella condizione giuridica di un *civis Romanus* ('*ita se iam tum gessisse pro cive*'),⁸¹ dal momento che il poeta, già al tempo di quei censimenti, aveva fatto uso del diritto romano e, in particolare, di certe sue istituzioni, comportandosi, dunque, *pro cive*. Aveva redatto il proprio testamento secondo le regole proprie del *ius*; aveva ricevuto le eredità di cittadini romani; era stato segnalato, per decisione del proconsole Licinio Lucullo, tra i meritevoli di una gratificazione dell'*aerarium*.

Le medesime considerazioni – inutile sottolinearlo nuovamente – possono essere formulate a proposito dei rescritti d'età severiana riferiti in C. 7.21, nei quali gli imperatori indicarono i principi del *ius* cui conformarsi in cause che, fatte le debite proporzioni, riproponevano situazioni analoghe a quella che coinvolse Licinio Archia e il suo *patronus* Cicerone.⁸² Stante il venir meno della prassi dei periodici censimenti già nel corso degli ultimi decenni del I secolo d.C.,⁸³ è assolutamente evidente che, agli inizi del III secolo

tre, con ampia discussione della precedente letteratura, F. LUCREZI, *Cicerone in difesa di Archia. Per un'accusa di usurpatio civitatis*, in F. AMARELLI, F. LUCREZI, *I processi contro Archia e contro Apuleio*, Napoli 1997, 19 ss., in part. 25 s. Altra bibl. in F. MERCOGLIANO, *Hostes novi cives. Diritti degli stranieri immigrati in Roma antica*, Napoli 2017, 48 nt. 28.

⁷⁸ Y. THOMAS, «Origine et commune patrie». *Étude de droit public romain* (89 av. J.-C.-212 ap. J.-C.), Rome-Paris 1996, 103 ss.

⁷⁹ Non a caso, circa duecento anni dopo, Marcello – D. 22.3.10 (3 *dig.*) – sulla base di un senatoconsulto di data imprecisabile sosteneva che *census et monumenta publica potiora testibus esse senatus censuit*, ossia che i registri del censimento e i registri pubblici avevano più forza dei testimoni.

⁸⁰ In effetti Archia avrebbe potuto, quanto meno nel caso del censimento romano, farsi anche rappresentare: cfr. Varr., *De l.l.* 6.86 (...) *si quis pro se pro altero rationem dari uolet*, (...); Cic., *Att.* 1.18.8.

⁸¹ Cfr. Ascon., *Sch. in Corn.* 1, p. 54 Stangl. Per Cicerone, pertanto, il censimento avrebbe avuto valore unicamente dichiarativo, non costitutivo della cittadinanza ('*census non ius civitatis confirmat*'). L'oratore non intende sostenere che la registrazione da parte dei censori era sostanzialmente indifferente ai fini della sussistenza dello *status civitatis*, ma che, accanto al censimento, esistevano anche altri idonei mezzi di prova della propria condizione di *civis Romanus*. P. FREZZA, *Note esegetiche di diritto pubblico romano I. «Pro cive se gerere»* cit., 212; G. LURASCHI, *Sulle leges de civitate (Iulia, Calpurnia, Plautia Papiria)*, in SDHI 44, 1978, 321 ss.; ID., *La questione della cittadinanza nell'ultimo secolo della Repubblica*, in 'Res publica' e 'princeps', Atti Conv. Intern. Di diritto romano, Copanello 25-27 maggio 1994, Napoli 1996, 35 ss.

⁸² *Supra*, p. 223.

⁸³ Non esiste, comunque, alcuna buona ragione per concludere che, a partire dalla censura di Vespasiano e di Tito, non esistesse più un censo dei cittadini romani: vd. F. DE MARTINO, *Storia della costitu-*

d.C., le parti in causa, in assenza di una più solida documentazione da esibire,⁸⁴ avrebbero potuto utilizzare – ove si controvertesse sullo *status civitatis* di un individuo comune o di basso rango e non si potesse far valere la prescrizione quinquennale⁸⁵ – i medesimi mezzi di prova indicati, a suo tempo, dall'oratore e, dunque, l'aver redatto il proprio testamento secondo le regole del diritto romano, l'aver ricevuto eredità da cittadini romani e così via.

Facendo ritorno a D. 49.14.32, credo sia opportuno rilevare come, alla luce del confronto con D. 28.1.11 (Ulp. 10 *ad Sab.*) ('[...] *nisi eis permittitur*'), possa concludersi che la cancelleria imperiale procedesse a un'attenta valutazione di ogni singola posizione, distinguendo caso da caso, senza accontentarsi del fatto che l'*obses* avesse eventualmente⁸⁶ già ricevuto la *civitas* o, in alternativa, la mera distinzione onorifica dell'*usus togae*. È probabile, in altre parole, che l'oggetto della verifica consistesse, in primo luogo, nella disamina del comportamento *latro sensu* politico di ogni *obses*. Per quanti erano rimasti, fino alla morte, in domicilio coatto a Roma o in Italia⁸⁷ tutto si risolveva per forza di cose, a meno che non emergessero tracce o prove di contatti con potentati ostili all'Impero, in un atto di *indulgentia* da parte dei *principes*. Viceversa – qualora gli ostaggi avessero fatto ritorno, più o meno a lungo, nella loro *patria* d'origine – si poneva, al di là di ogni ovvia valutazione d'ordine meramente politico, una spinosa questione giuridica.

Per affrontarla in modo adeguato, dovremmo chiederci nuovamente se l'espressione *usus togae* rappresenti una metafora che allude, *tout court*, alla concessione della cittadinanza – quantunque, forse, non del tutto conforme alle prassi amministrative e alle regole stabilite dalle norme –, oppure se essa si limiti a indicare un differente campo di immagini e, in particolare, il punto di avvio di un percorso che potrebbe preludere, a determinate condizioni, a una piena integrazione dell'*obses* nella *civitas*.

Invero la prima soluzione – e mi colloco, in tal modo, nel solco di quel che, a suo tempo, osservò Ettore De Ruggiero⁸⁸ – mi appare la sola condivisibile. A cosa rinvierebbe, altrimenti, la formula *usus togae*? Dovremmo pensare a una sorta di usurpazione giustificata da circostanze eccezionali, tal quale quella che si era prodotta nel caso dei *milites* reclutati nelle coorti pretorie alla fine del regno di Traiano,⁸⁹ o supporre, piuttosto, che agli ostaggi, cui era conferito tale onore (l'*usus togae*), si attribuisse la *civitas Latina*, una posizione, cioè, in qualche modo analoga allo statuto che, secondo alcuni studiosi, era concesso, al momento della *probatio*, agli *equites singulares* e ai *milites classarii* delle flotte misenate e ravennate. In effetti questi ultimi, qualora non ottenessero, al termine del lungo periodo di

zione romana², IV.1, Napoli 1974, 481; *Storia della costituzione romana*² cit., IV.2, 920 s. Per le premesse tardorepubblicane, fondamentale E. LO CASCIO, *Il census a Roma e la sua evoluzione dall'età «serviana» alla prima età imperiale*, in MEFRA 113.2, 2001, 565-603.

⁸⁴ Che, in queste circostanze (soprattutto in caso di manumissioni evidentemente) poteva evidentemente mancare: vd. J.F. GARDNER, *Being a Roman Citizen*, London 1993, 186-191.

⁸⁵ *Supra*, p. 223 e nt. 44.

⁸⁶ Se si accede – è ovvio – alla congettura formulata da E. De Ruggiero (*supra*, nt. 68).

⁸⁷ Sulle condizioni di vita degli ostaggi vd. M.R. CIMMA, *Reges socii et amici populi Romani*, Milano 1976, 309; spunti in D.C. BRAUND, *Rome and Friendly King*, New York 1984, 9-17; S. ELBERN, *Geiseln* cit., 112; M.L. CHAUMONT, *Remarques sur la dedicacae d'un monument (ex voto) élevé à Cybèle par la fille d'un roi Tigrane à Falerii Veteres (Civita Castellana)*, in *Anc. Soc.* 23, 1992, 55; B. SCARDIGLI, *Germanische Gefangene und Geiseln in Italien*, in B. e P.G. SCARDIGLI (a cura di), *Germani in Italia*, Roma 1994, 117-150; S. NDIAYE, *Le recours aux otages* cit., 149-165; C. RICCI, *Principes et reges externi* cit., 561 ss.

⁸⁸ *Supra*, p. 228.

⁸⁹ *Supra*, p. 220 ss.

servizio, l'*honestas missio* e i privilegi che vi si riconnettavano (*in primis* la cittadinanza romana), ritornavano, verosimilmente, alla loro condizione originaria di *peregrini* (e sovente, nell'ipotesi della *classis* di Miseno, a quella senza dubbio deteriore di Egizi).⁹⁰ D'altra parte – prescindendo dalla peculiare posizione dei *coloniarii* e dei *Latini* delle comunità premiate con il *ius Latii*, perché nulla proverebbe a tal riguardo⁹¹ – l'esistenza, in età imperiale, di *Latini ingenui*, perfino tra i discendenti di quegli *Iuniani* che non avessero ottenuto la *civitas Romana*, è attestata da alcuni incontrovertibili riscontri testuali.⁹² E però, pur avendola formulata, ritengo che, quantunque non risulti a un primo sguardo del tutto implausibile, siffatta congettura – presa in esame al solo scopo (lo ricordo) di esplorare ogni possibilità – oltre a essere unicamente costruita su altre congetture, sia smentita, considerando il tenore attuale del testo riferito da D. 49.14.32, dalle parole '*accepto usu togae Romanae*', ove proprio l'impiego di quest'aggettivo non credo ammetta soluzioni divergenti rispetto a quella intravista da Ettore De Ruggiero. Rimarrebbe in campo, allora, soltanto l'ipotesi alternativa di una sorta di usurpazione in buona fede,⁹³ giustificata, in fondo, da un atto compiuto dallo stesso imperatore – la consegna di una *toga* e il permesso di indossarla come un *civis Romanus* – non idoneo di per sé, qualora non si perfezionasse il consue-

⁹⁰ Così già T. MOMMSEN, *Schweizer Nachstudien*, in *Hermes* 16, 1881, 458 ss. = ID., *Gesammelte Schriften*, V, Berlin 1908, 402 ss. Decisivi i rilievi di S. PANCIERA, *La condizione giuridica dei classarii (e degli equites singulares) in età imperiale. Stato della questione e prospettive di ricerca* (1984), in ID., *Epigrafia, Epigrafia, Epigrafisti. Scritti vari editi e inediti (1956-2005) con note complementari e indici*, II, Roma 2006, 1411-1414. A conclusioni sostanzialmente analoghe, nel solco dei rilievi a suo tempo avanzati dal Mommsen, è pervenuta anche B. PFERDEHIRT, *Die Rolle des Militärs für den sozialen Aufstieg in der römischen Kaiserzeit*, Mainz 2002, 167-173; per gli *equites singulares*, 175 ss.; a tal riguardo fondamentale, per la definizione del loro *status civitatis* durante il periodo di servizio, F. GROSSO, *Equites Singulares Augusti*, in *Latomus* 25, 1966, 905 ss. Un cenno in S. PERA YEBENES, *Collegia militaria. Asociaciones militares en el Imperio romano*, Madrid 1999 (reedición 2013), 228. Ulteriori ragguagli su questi temi in V. MAROTTA, *Egyptians and Citizenship* cit., in part. 181-190.

⁹¹ Un quadro in D. KREMER, *Ius Latinum. Le concept de droit latin sous la république et l'empire*, Paris 2006, 111 ss.

⁹² In primo luogo Sent. 4.9.8 (*Ad senatus consultum Tertullianum*) = PV 4.9.1 = Liebs 4.8.8: *Latina ingenua ius Quiritium consecuta si ter peperit, ad legitimam filii hereditatem admittitur: non est enim manumissa*. INTERPRETATIONE NON EGET. Vd., a tal riguardo, con conclusioni sostanzialmente convergenti su questo specifico punto, P. WEAVER, *Children of Junian Latins*, in B. RAWSON, P. WEAVER (eds.), *The Roman Family in Italy. Status, Sentiment, Space*, Oxford 1999, 55 ss. e I. RUGGIERO, *Una breve nota sulla condizione dei liberti latini e dei loro discendenti*, in *KOINONIA* 41, 2017, 461 ss., ove altra lett. Ho rammentato anche questa figura di *Latini* soltanto per indicare come l'insieme degli *status civitatis*, in età imperiale, fosse molto più frammentato di quanto non emerga dalle trattazioni manualistiche. È assolutamente evidente, infine, che le vicende degli ex schiavi, divenuti liberti Iuniani, e dei loro discendenti (*ingenui*) in nessun caso potrebbero essere comparate – a differenza dell'ipotesi degli *equites singulares* e dei *classarii* – con quelle degli *obsides* onorati con la distinzione dell'*usus togae*.

⁹³ Saremmo innanzi, altrimenti, a un autentico crimine: cfr. Epict. *Diss.* 3.24.41 (...) οἱ μὲν τῆς Ῥωμαίων πολιτείας καταψευδόμενοι κολάζονται μικρῶς, τοὺς δ' οὕτως μεγάλου καὶ σεμνοῦ καταψευδομένους πράγματος καὶ ὀνόματος ἁλώφους ἀπαλλάττεσθαι δεῖ; «Quelli che usurpano la cittadinanza romana sono duramente castigati, e quelli che usurpano una professione e un nome <scil. quello di filosofo> così grande e solenne, bisogna lasciarli andare impuniti?»; Suet., *Claud.* 25.3 *peregrinae conditionis homines uetuit usurpare Romana nomina dumtaxat gentilicia. Ciuitatem Romanam usurpantes in campo Esquilino securi percussit*. Questi due testi sottolineano, entrambi, come l'usurpazione di *status* fosse severamente repressa in età imperiale. Quanto alla *bona fides* nel possesso della *civitas* cfr., *supra*, nt. 31, C. 7.22.2.

to procedimento descritto dall'epistolario pliniano,⁹⁴ a conferire la *civitas*. Nessuno, tuttavia, avrebbe dubitato delle effettive intenzioni del *princeps*, quantunque esse non fossero state espresse in conformità con le regole vigenti, come, in effetti, a suo tempo sottolineava Plinio il Giovane a proposito della nota vicenda dello *iatraleiptēs* Harpocras ('[...] *beneficio tuo legitime frui* [...]').⁹⁵

Viene, infine, quasi spontaneo domandarsi, nel prospettare le conclusioni di quest'indagine, se i dubbi che si propongono sull'effettivo contenuto giuridico del rescritto riferito in D. 49.14.32 non si insinuino, nelle nostre menti, soltanto perché si dà per scontato, che, in epoca antonina, il principio giuridico enunciato da Cicerone nella *Pro Balbo*⁹⁶ – un principio in forza del quale '*duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest: non esse huius civitatis, qui se alii civitati dicarit, potest*'⁹⁷ – ormai non operasse più da tempo. Non è il caso, adesso, di riaprire l'annosa discussione sulla cosiddetta doppia cittadinanza, in età imperiale, prima della *constitutio Antoniniana*. Che, nel corso del principato, ai nuovi *cives*, sovente esponenti delle aristocrazie locali delle *póleis* d'Achaea e dell'Oriente grecofono, si concedesse quel che il Mommsen⁹⁸ definì, a suo tempo, l'*Heimathrecht*, in altre parole il diritto di rivestire magistrature e sacerdozi nella propria comunità d'origine, non vuol dire, però, che si possa parlare, sul piano propriamente giuridico, di doppia cittadinanza, una nozione, a mio giudizio, priva di consistenza anche rispetto ai primi due secoli della nostra era. Quantunque alcuni studiosi pensino il contrario, perfino un cittadino romano natura-

⁹⁴ *Supra*, p. 224 ss.

⁹⁵ Cfr. Plin. min. ep. 10.6.3: *supra*, p. 226.

⁹⁶ Cfr., ovviamente, anche *Caec.* 100.

⁹⁷ Cic., *Balb.* 28 *Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest: non esse huius civitatis qui se alii civitati dicarit, potest. Neque solum dicatione, quod in calamitate clarissimis uiris Q. Maximo, C. Laenati, Q. Philippo Nuceriae, C. Catoni Tarracone, Q. Caepioni, P. Rutilio Zmyrnae uidimus accidisse, ut earum civitatum fierent ciues, <cum> hanc ante amittere non potuissent quam hoc solum civitatis mutatione uertissent, sed etiam postliminio potest civitatis fieri mutatio. Neque enim sine causa de Cn. Publicio Menandro, libertino homine, quem apud maiores legati nostri in Graeciam proficiscentes interpretem secum habere uoluerunt, ad populum latum <est> ut is Publicius, si domum reuenuisset et inde Romam redisset, ne minus ciuis esset. Multi etiam superiore memoria ciues Romani sua uoluntate, indemnati et incolumes, his rebus relictis alias se in ciuitates contulerunt. Cfr. Cic. orat. 1.182 *Similique in genere, inferiore ordine, si quis apud nos seruisset ex populo foederato seseque liberasset et postea domum reuenuisset, quaesitum est apud maiores nostros, num is ad suos postliminio redisset et amisisset hanc ciuitatem*; D. 49.15.3.3 (Pomp. 37 ad Q. Mucium) *Captiuus autem si a nobis manumissus fuerit et peruenerit ad suos, ita demum postliminio reuersus intellegitur, si malit eos sequi quam in nostra ciuitate manere. Et ideo in Atilio Regulo, quem Carthaginenses Romam miserunt, responsum est non esse eum postliminio reuersum, quia iurauerat Carthaginem reuersurum et non habuerat animum Romae remanendi. Et ideo in quodam interprete Menandro qui posteaquam apud nos manumissus erat, missus est ad suos, non est uisa necessaria lex, quae lata est de illo, ut maneret ciuis Romanus: nam siue animus ei fuisset remanendi apud suos, desineret esse ciuis, siue animus fuisset reuertendi, maneret ciuis, et ideo esset lex superuacua*. Sul testo di Pomponio e sul lemma muciano che esso riferisce cfr. E. STOLFI in J.-L. FERRARY, A. SCHIAVONE, E. STOLFI, *Quintus Mucius Scaevola. Opera*, Roma 2018, 342-346, in part. 344 ss. e nt. 522, ove altra lett. su Cic., *Balb.* 28 e orat. 1.182. Su Cic., *Balb.* 28 fondamentale M. GENOVESE, «*Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest*» (*Balb.* 11.28): *visione ciceroniana e sua rispondenza al contesto storico-giuridico della tarda repubblica*, in *Studi in onore di Luigi Arcidiacono*, IV, Torino 2010, 1591 ss.; ID., *Libertas e civitas in Roma antica*, Acireale-Roma 2012, 1591 ss., ove bibl., cui *adde* il contributo di H.M. COTTON citato, *infra*, nt. 99. Qualche spunto sulla *Pro Balbo* anche in C. ANDO, *Roman Social Imagineries. Language and Thought in Contexts of Empire*, Toronto-Buffalo-London 2015, 22-28, 87-97.*

⁹⁸ Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, III.1, Leipzig 1887-1888, 642.

lizzato da poco non avrebbe potuto continuare a far uso del diritto della sua *pólis* d'origine, almeno in ambito matrimoniale, familiare e successorio.⁹⁹ Inoltre, nelle province spagnole d'epoca flavia, la *lex Salpensana* e la *lex Irnitana*, nel conferire la cittadinanza romana a chi avesse ricoperto una magistratura municipale, operavano «nella chiara prospettiva del mu-

⁹⁹ Sovente si invoca, per dimostrare il contrario (cfr. T. SPAGNUOLO VIGORITA, *Città e Impero. Un seminario sul pluralismo cittadino nell'Impero romano*, Napoli 1996, 113. ID., *Cittadini e sudditi tra II e III secolo, in Storia di Roma III.1. L'età tardoantica. Crisi e trasformazioni*, Torino 1993, 9 e 24) la cosiddetta *epistula* di Marco Aurelio agli Ateniesi: II. 7-11: "Ἐκκλητοὶ ἃς ἐποιήσαντο Σ[έν]-[τιος] Ἄτταλος καὶ Κλήμης Κλήμεντος καὶ Κλ. Χρύσιππος | ἀπὸ τοῦ δικαστηρίου καὶ ἀπὸ τοῦ βασιλέως Κλ. Εὐπρα-| ξίδου | πρὸς Οὐαλέριον Μαμερτεῖνον περιγεγραμμένοι. Μαμερτεῖνος | μὲν οὐ[ν], ἐπεὶ Εὐμολπίδης ὢν οὐδ' ἑτερον τ[ὼν] | γονέων ἔσχεν ἐκ τοῦ τῶν Κηρύκων γένους, ἐπιδέεται καθ' ὅνπερ | μόνον ἐφέται τὸν τρόπον τοῖς ἐξ[έ]κατέρου τῶν [δύ]-[ο] τούτων μὲν ὢν πρὸς θάτερον μεθίστασθαι· ἀφέζεται τοῦ τῆς | ἱεροκληρυκείας ἐφέισθαι. «Il caso degli appelli presentati da Senzio Attalo, Clemente figlio di Clemente e Claudio Crisippo, avversari di Valerio Mamertino, contro le decisioni del tribunale e dell'arconte re Claudio Euprasside sarà chiuso definitivamente. Mamertino, poiché è un Eumolpide e nessuno dei suoi genitori fa parte della famiglia dei Cerici, manca dell'unico requisito per cui viene concesso ai membri di una di queste due famiglie di passare nell'altra; rinuncerà pertanto ad aspirare alla carica di araldo sacro». Cfr. J.H. OLIVER, *Greek Constitutions of Early Roman Emperors from Inscriptions and Papyri*, Philadelphia 1989, n. 184, ove una prima bibl. Parrebbe quasi che la doppia cittadinanza avesse ricevuto dalle autorità romane una sorta di riconoscimento di fatto: in effetti norme di diritto attico furono applicate, in questo caso, in un processo avente quali protagonisti *cives Romani* e ateniesi allo stesso tempo (M. TALAMANCA, *I mutamenti della cittadinanza*, in MEFRA 103, 1991, 703-733). Ma (lo ribadisco) un cittadino romano, ancorché naturalizzato da poco, avrebbe potuto e dovuto far riferimento al diritto della sua *pólis* d'origine, in ambito matrimoniale o familiare, solo quando, come nelle ipotesi contemplate dalla cosiddetta lettera di Marco Aurelio agli Ateniesi, esso disciplinava l'assunzione di certi sacerdoti (o – mi sembra più che plausibile – certe magistrature o certi *munera*). Non di meno – e lo conferma Pausan. *Descriptio Graeciae* 8.43.5 – qualora Antonino Pio non fosse intervenuto, anche il neo-cittadino romano, che avesse voluto lasciare i propri beni a un figlio rimasto greco, non avrebbe trovato alcun modo per farlo: cfr. V. MAROTTA, *Doppia cittadinanza e pluralità degli ordinamenti. La tabula Banasitana e le linee 7-9 del Papiro di Giessen 40 col. I*, in Archivio Giuridico 236 3-4, 2016, 461 ss., in part. 474-486.; A. BESSON, *Fifty Years before the Antonine Constitution: Access to Roman Citizenship and Exclusive Rights*, in L. CECCHET, A. BUSETTO (eds.), *Citizens in the Graeco-Roman World* cit., 199-220, in part. 212 ss. Sui conflitti tra norme, in primo luogo nelle giurisdizioni provinciali romane, e dunque, in ultima analisi, sulla nozione di doppia cittadinanza, elementi interessanti fornisce l'esame dell'epistolario ciceroniano (vd., in particolare *fam.* 13.30, 13.19): cfr., a tal riguardo, H.M. COTTON, *The Evolution of the so-called Provincial Law, or. Cicero's Letters of Recommendation and Private International Law in the Roman World*, in G. DE KLEIJN, S. BENOIST (eds.), *Integration in Rome and in Roman World. Proceedings of the Tenth Workshop of the International Network Impact of Empire* (Lille, June 23-25, 2011) vol. 17, Leiden-Boston 2014, 43 ss., in part. 50 ss., nonché EAD., *The Role of Cicero's Letters of Recommendation: 'Iustitia versus Gratia'*, in Hermes 114, 1986, 443-460. Occorre, però, riconoscere, sulla scorta di quanto aveva già posto in evidenza V. ARANGIO-RUIZ, *Sul problema della doppia cittadinanza nella Repubblica e nell'Impero Romano* (1950), ora in ID., *Scritti di diritto romano*, IV, Napoli 1977, 159-181, in part. 163, nt. 1, che il caso di C. Maenius Gemellus (*fam.* 13.19.2) non produce alcuna prova a sostegno dell'esistenza della nozione di doppia cittadinanza. Anzi esso fornisce una serie di indizi tutti, nessuno escluso, di segno contrario. In questa lettera a Servio Sulpicio Rufo, a quel tempo proconsole di Acaia (46 a.C.), Cicerone raccomanda al giurista un giovane *quem C. Maenius Gemellus, meus cliens, cum in calamitate exilii sui Patrensis civis factus esset, Patrensiū legibus adoptauit*. Scopo della raccomandazione è *ut eius ipsius hereditatis ius causamque (scil. Servius) tuea<tur>*. In effetti, ritornando *civis* dopo l'esilio, Gemello aveva perduto, alla luce delle regole dell'ordine giuridico romano, la cittadinanza acquisita di Patraso: di conseguenza veniva meno anche l'adozione compiuta secondo la legge di una città straniera e in persona di un giovane *peregrinus*. Vincenzo Arangio-Ruiz opportunamente sottolineava, a tal riguardo, che si può dubitare che la grande abilità di Servio bastasse a venire a capo di una situazione così complessa.

tamento della cittadinanza e non del sommarsi della nuova alla precedente». Sicché, per garantire «la perdurante titolarità» della *manus*, del *mancipium*, della *patria potestas* e dei diritti di patronato sui propri liberti, tutti rapporti regolati, fino a quel momento, *iure Latino*, questi statuti sancirono, mediante l'impiego di una finzione (*'si civitati mutati mutatae non essent'*), che essi «si perpetuavano in capo ai neocittadini». ¹⁰⁰

Pertanto nulla vieta di concludere che il principio giuridico enunciato in *Balb. 28* fosse ancora vigente in età antonina e severiana, a maggior ragione – inutile sottolinearlo – nel caso di individui appartenenti a *gentes* o comunità ancora, almeno in parte, estranee al sistema imperiale romano. ¹⁰¹ Di conseguenza quegli *obsides* che – ottenuta la *civitas* (quantunque in maniera difforme dalle procedure usualmente seguite, come appunto accadeva nell'ipotesi dell'*usus togae*) – avessero esplicitamente dichiarato un'altra appartenenza civica o avessero tenuto comportamenti dissonanti dallo stile di vita di un cittadino, oppure avessero, addirittura, compiuto atti contrari ai doveri politici o militari di un Romano, manifestando così la chiara volontà di dismettere tale *civitas*, l'avrebbero senz'altro persa, assieme, ovviamente, a ogni diritto posto a salvaguardia delle proprie disposizioni testamentarie. In tale circostanza – quella dell'*hostis rei publicae*, del *proditor* o del *perduellis* – quest'effetto ablativo sarebbe stato prioritariamente determinato, prima ancora che dalla volontà di chi rinunciava alla *civitas*, da una decisione imperiale conforme al supremo interesse della *res publica*. ¹⁰²

5. CONCLUSIONI.

Ma, se si abbandona il piano della storia del diritto e si fa ritorno, per un momento, a quello della storia politico-sociale, occorre riconoscere che – nel solco di una tradizione di studi che risale fino a Charles Leclercq e ad André Aymard – Joel Allen coglie un dato di fondamentale rilievo. In effetti i governanti romani, nella repubblica come nel principato, avevano il preciso interesse di trattare con ogni riguardo gli ostaggi e, in particolare, i figli dei Re e gli altri membri delle famiglie più ragguardevoli di una certa comunità, così da infondere loro le proprie idee e i propri costumi, sino al punto di trasformarli, talvolta, in docili strumenti della politica imperiale. Nella prima metà del II secolo a.C. Perseo riuscì a ottenere dal padre Filippo V la condanna di suo fratello Demetrio, indicandolo come agente e spia di Roma. ¹⁰³ In qualche occasione anche i figli dei Re dei Parti assunsero, come propri, i costumi romani. In effetti, in età tiberiana, una parte almeno della nobiltà partica prese a pretesto, per sbarazzarsi di Vonone e rimpiazzarlo con Artabano – un esponente, quest'ultimo, di un ramo cadetto della dinastia arsacide –, la sua antica condizione di *obses*. ¹⁰⁴ In tal modo la presa

¹⁰⁰ Così, puntualmente, M. GENOVESE, «*Duarum civitatum civis noster esse iure civili nemo potest*» (*Balb. 11.28*) cit., 1631 ss., in part. 1635 s., richiamando i *capita* XXII e XXXIII della *lex Irnitana*.

¹⁰¹ Cfr., per questa nozione, F. GRELLE, *Le relazioni internazionali dei Romani* (1970), ora in ID., *Diritto e società nel mondo romano*, a cura di L. FANIZZA, Roma 2005, 128; *Città e trattati nel sistema imperiale romano* (1990), ora in ID., *Diritto e società* cit., 313 ss.

¹⁰² Già Cicerone, del resto, giustificò quel provvedimento del senato che, per reprimere un *tumultus*, mise al bando alcuni cittadini in quanto *hostes rei publicae*, privandoli così di ogni garanzia inerente alla condizione di *cives Romani*: *Cat. 4.5.10*.

¹⁰³ Liv. 33.13.14-15, 30.10; Diod. 28.15.1; App., *Mak. 9.2*; Plut., *Flamin. 9*. Ch. LECLERCQ, *L'institution des otages* cit., 115-139; A. AYMARD, *Les Otages barbares* cit., 141; S. ELBERN, *Geiseln in Rom* cit., 106 e nt. 63; J. ALLEN, *Hostages and Hostage-Taking* cit., 2 s.

¹⁰⁴ *Ios., Ant. Iud. 18.2.4* [46] *πρεσβεύσαντες δὲ εἰς Ῥώμην ἤτοῦντο βασιλεῖα τῶν ὀμηρεόντων, καὶ πέμπεται Βονώνης προκριθεὶς τῶν ἀδελφῶν: ἐδόκει γὰρ χωρεῖν τὴν τύχην, ἣν αὐτῷ δύο μέγιστα τῶν*

d'ostaggi, nelle strategie egemoniche dell'Impero, si trasformò in un meccanismo di creazione di nuovi cittadini. Non si può negare che i Romani coltivassero quel che noi definiamo 'imperialismo culturale' o, da qualche tempo – con un fortunato anglicismo in uso nella lingua tecnica della teoria delle relazioni internazionali – *soft power*. Gli obiettivi perseguiti dal senato e dai *principes*, nei loro rapporti con le *gentes externae*, furono, perciò, non soltanto le ricchezze, le terre e la forza-lavoro dei nuovi territori da assoggettare o da egemonizzare, ma anche 'le menti e i cuori' dei loro abitanti, in primo luogo quelli dei più giovani esponenti delle *élites* locali.¹⁰⁵

ὑπὸ τὸν ἥλιον ἡγεμονία προσέφερον, ἰδία καὶ ἀλλοτρία. [47] ταχεῖα δ' ἀνατροπὴ τοὺς βαρβάρους ὕπαισιν ἄτε καὶ φύσει σφαλεροὺς ὄντας πρὸς τε τὴν ἀναξιοπάθειαν, ἀνδραπόδῳ γὰρ ἀλλοτρίῳ ποιήσιν τὸ προστασσόμενον ἡξίου, τὴν ὁμηρίαν ἀντὶ δουλείας ὀνομάζοντες, καὶ τῆς ἐπικλήσεως τὴν ἀδοξίαν: οὐ γὰρ ἂν πολέμου δικαίῳ δεδόσθαι τὸν βασιλευσόντα Πάρθοις, ἀλλὰ, δὲ τῷ παντὶ χεῖρον, εἰρήνης ὕβρει. (...) [51] (...) μηχανὴ δ' ἦν ἑτέρας βασιλείας οὐδεμία, καὶ γὰρ οἱ περὶ Νιφάτην δυνατοὶ τῶν Ἀρμενίων Ἀρταβάνῳ προστίθενται, [52] παραδίδωσιν αὐτὸν Σιλανῷ τῷ τῆς Συρίας στρατηγῷ. κάκεῖνος μὲν κατὰ αἰδῶ τῆς ἐν Ῥώμῃ κομιδῆς ἐν Συρίᾳ παρεφύλασσετο. «Quando l'ambasciata giunse a Roma chiese uno degli ostaggi per loro re; fu scelto Vonone a preferenza dei suoi fratelli; e si mandò lui. In quanto egli parve degno della fortuna che gli offrivano i due più grandi imperi sotto il sole, uno il loro e l'altro straniero. Ma un veloce rovescio di sentimenti intaccò i Barbari che sono di indole disdegnosa, quando videro l'indegnità che dovevano inghiottire; poiché non volevano tollerare l'obbedienza a uno che era stato schiavo di un forestiero, termine che usavano in luogo di ostaggio, non vollero quindi sopportare l'obbrobrio trasmesso dall'epiteto. Poiché, dicevano, non era stato dato ai Parti come Re per verdetto di guerra, ma, molto peggio, in tempo di pace con un'offesa alla loro dignità. (...) (...) Non avendo alcun mezzo per assicurarsi il trono, perché gli abitanti lungo il Nifate che erano i popoli più valorosi dell'Armenia si erano uniti ad Artabano, Vonone si consegnò a Silano governatore della Siria; Vonone restò rifugiato in Siria per deferenza alla sua educazione in Roma». Su tutta questa complessa vicenda vd. E. DABROWA, *Les premiers "otages" parthes à Rome* cit., in part. 64 s., ove si sottolinea che, quanto meno alla luce della testimonianza di Giuseppe, l'invio a Roma dei quattro figli di Fraatès IV (Seraspadanès, Rhodaspès, Fraatès e Vononès), delle loro mogli e dei loro rispettivi figli fu interamente benevola, determinata, cioè, più che dalle pressioni romane, dalle pressanti richieste della moglie Thea Mousa (una schiava romana che Augusto aveva donato al Re nel 20 a.C.) decisa a garantire il trono al proprio figlio Fraatacès. A proposito di questi complessi giochi politici interessante anche la vicenda sulla quale si sofferma Tac., *Ann.* 14.25.1-14-26.

¹⁰⁵ Alcune iscrizioni dell'età del principato tramandano probabilmente il ricordo di questi nuovi Romani giunti in Italia o nell'Urbe come ostaggi: CIL VI, 2608 = ILS 846 = AE 2010, 67 (10 a.C.-20 d.C. ca.) *Sitalces divi / Augusti / oP>ses Thracum // Iulia Phyllis / soror eius*. Sitalces era un principe tracio, forse della famiglia degli Odrysae. Non si può, però, neppure respingere *a priori* l'ipotesi di C. RICCI, *Principes e reges* cit., 564-566, secondo la quale Sitalce sarebbe stato ridotto in schiavitù: sicché, dopo *Augusti*, dovrebbe leggersi *servus*. È vero che per gli schiavi imperiali si adoperava soprattutto l'espressione *Caes. ser.* e non *Aug. ser.*, ma anche quest'ultimo uso è attestato. Più ambigua la testimonianza di CIL VI, 1799 = ILS 842 *Seraspadanes Phraatis / Arsacis regum regis f(i)lius / Parthus / Rhodaspes Phraatis / Arsacis regum regis f(i)lius* / *Parthus*: vd., *supra*, nt. 104. Non parrebbe proprio che, nel caso di CIL III, 3224, l'ostaggio, di cui l'iscrizione fa menzione, abbia ricevuto la cittadinanza romana: CIL III, 3224 *[S]cemaes(?) Liccav[i] / f(i)lius Amantinus ho[b]ses(!) a<n>M>norum dec[e]m gente Undius / centuria secundae in flumen per(i)t Hemona posuere Liccaus patelr Lorigus et Licalios cognati*. Cfr., inoltre, J. ALLEN, *Hostages* cit., 161 nt. 46.

LEO PEPPE
(Università di Roma Tre)

Nota su Ioh. Malalas, *Chron.* 18.47 (e D. 1.1.1.1)

ABSTRACT

First the attention is focused on Ioh. Malalas, *Chronographia* 18.47. This text is important for the history of philosophy and the history of law teaching in 529 CE; this study allows us to achieve a better understanding of these topics. The results achieved are also used to study the context of the first fragment of Justinian's Digest (D. 1.1.1) and the meaning of the expressions '*iuris sacerdotes*' and '*vera/simulata philosophia*'.

PAROLE CHIAVE

Malalas; scuola di Atene; Ulpiano; Cristianesimo; Agapito; *iustitia*.

NOTA SU IOH. MALALAS, *CHRON.* 18.47 (E D. 1.1.1.1)

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Introduzione a Mal. 18.47. – 3. L'oggetto di Mal. 18.47. – 4. Mal. 18.47: sua lettura 'tradizionale'. – 5. Mal. 18.47: non νόμιμα, ma ἀστρονομίαν; e non solo. – 6. Alcune conclusioni sulla base di Mal. 18.47. – 7. D. 1.1.1.1. – 8. Agapito diacono. – 8.1. 'Sacerdotes iuris'. – 8.2. 'Vera/simulata philosophia'. – 8.3. *Iuris praecepta sunt haec*. D. 1.1.10 pr.-1/I. 1.1 pr. e 3.

1. PREMESSA.

Talvolta un fatto ben noto non suscita l'attenzione finché una sua particolare rappresentazione (ad es. per la qualità della narrazione e/o per il contesto) non lo mette in una nuova luce. Nel caso oggetto di questa nota si tratta della chiusura della Scuola di Atene nel 529 CE, così come messa a fuoco nella pagina di uno splendido libro che può dirsi riduttivamente "di viaggio" scritto da uno di quegli straordinari inglesi del '900 che si devono collocare in quell'area esperienziale indefinibile che spazia da Lawrence d'Arabia a Bruce Chatwin, Patrick Leigh Fermor;¹ il libro è *Mani. Viaggi nel Peloponneso*.² All'interno di pagine dedicate all'arte religiosa nell'Oriente cristiano, vi si legge: «Se Giustiniano aveva sperato, chiudendo le scuole filosofiche di Atene, di spegnere il pensiero speculativo del mondo precristiano, la sua fu una speranza vana».³ Un segnalibro rimase a segnalare la pagina, finché molti anni dopo una circostanza casuale fece scattare l'idea della possibilità di un collegamento diretto di quella notizia con l'operato di politica del diritto di Giustiniano e in particolare con le sue motivazioni e/o giustificazioni più profonde.

Nel discorrere in IVRA del volume *Celso teorico del diritto*⁴ e dei vari contributi in esso pubblicati, in particolare di quello di Miglietta⁵ e delle fonti citate dall'A. a proposito dell'opera di rinnovamento intrapresa da Giustiniano, chi scrive⁶ ha recuperato il ricordo della pagina di Fermor come uno dei possibili elementi di quell'operato di Giustiniano; alla ricerca di un concreto collegamento con tale attività imperiale, ho rintracciato l'unica fonte che menziona esplicitamente la 'chiusura' della Scuola di Atene: 'chiusura' attribuita ap-

¹ 1915-2011.

² 1958, tr. it. Milano 2006.

³ P. 283.

⁴ L. PEPPE, *Intorno a "Celso teorico del diritto"*, Rec. a L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, Atti del convegno su Celso, Torino 10 aprile 2015, in IVRA 65, 2017 [pubbl. 2017], 371-294. Altra, successiva Rec. al volume ad opera di M. Varvaro, in SDHI 83, 2017 [pubbl. 2018], 765-771.

⁵ M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la 'legum permutatio' giustiniana*⁵, in L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto* cit., 3-61.

⁶ L. PEPPE, *Intorno* cit., 376-379.

punto ad un 'decreto' di Giustiniano. Si tratta di un passo della *Chronographia* di Iohannes Malalas, *Chron.* (d'ora in poi Mal.) 18.47, che ha consentito alcune riflessioni in quella sede, peraltro abbastanza incidentali, al fine almeno di richiamare l'attenzione su di esso.

2. INTRODUZIONE A MAL. 18.47.

Successivamente è apparso opportuno riprendere ed approfondire il discorso in modo autonomo, in primo luogo perché potrebbe trattarsi di un argomento di per sé di una qualche importanza, meritevole cioè di un'attenzione superiore a quella possibile per un *obiter dictum*. In secondo luogo e soprattutto perché subito dopo la pubblicazione del mio intervento in IVRA, in due occasioni mi sono imbattuto in citazioni del passo su citato e in entrambi i casi basate su di una restituzione 'tradizionale', restituzione che recentemente – come si vedrà – è stata messa in dubbio con buoni argomenti, anche se alla fin fine quella lettura mi sembra aver retto alla critica. Ma il dibattito scientifico che ha così avuto luogo ha consentito di mettere ulteriormente a fuoco le questioni e – direi – ha consentito di trarre dal passo di Malalas molte più informazioni e con un margine maggiore di attendibilità rispetto a quanto possibile in precedenza.

La prima mia occasione recente di incontro con la fonte è stata nel novembre 2017 quando, nel corso di una permanenza scientifica in Atene,⁷ ho visitato il nuovo Museo dell'Acropoli, ove – ad illustrazione di una statua tarda – si riportava alla lettera la sostanza (restituita in modo 'tradizionale'⁸) del passo di Malalas.

La seconda e successiva occasione è stata la lettura di un pregevole libro di Orazio Licandro,⁹ ove¹⁰ si legge la seguente traduzione del testo, Mal. 18.47:

«Sempre durante il consolato di Decio, l'imperatore emise un decreto e lo notificò in Atene, prescrivendo che nessuno si desse all'insegnamento della filosofia né all'esegesi del diritto né al gioco d'azzardo in alcuna città dell'impero, giacché a Bisanzio dei giocatori, sorpresi a commettere tali terribili blasfemie, erano stati puniti con il taglio della mano ed esibiti sul dorso di cammello.»¹¹

⁷ La partecipazione al Sem. Interdisciplin. di Fil. e Storia del diritto (23/24 nov. 2017) *Atto, caso fortuito e diritto*, organizzato dalla Soc. Ellenica di Ricerca Fil. e St. del Dir., ove ho presentato la relazione *I rischi processuali insiti nella figura del giudice in diritto romano*, Atti i.c.s.

⁸ Su questa qualificazione di 'tradizionale' vd. *infra*, § 4.

⁹ O. LICANDRO, *Cicerone alla corte di Giustiniano "Dialogo sulla scienza politica"* (Vat. gr. 1298), Roma 2017.

¹⁰ O. LICANDRO, *Cicerone cit.*, 46 nt. 129.

¹¹ M. DI BRANCO, *La città dei filosofi. Storia di Atene da Marco Aurelio a Giustiniano. Con un'appendice su "Atene immaginaria" nella letteratura bizantina*, con un'interessante Prefazione di G. PUGLIESE CARRATELLI, Firenze 2006, 193. Lo stesso A., in una lezione postata in <http://www.oilproject.org/lezione/filosofia-a-bisanzio-19933.html> (accesso 8 apr. 2018) con il titolo *Filosofia a Bisanzio*, usa l'espressione «lo studio dei nomima (le 'leggi')». Di questo libro interessante in questa sede l'ultimo capitolo (*"Quod ergo Athenis et Hierosolymis?" Pagani e cristiani ad Atene da San Paolo a Giustiniano*, 181-197). Nella Rec. di V. RUGGERI al libro di Di Branco (*Atene e la parabola della filosofia: una nuova analisi*, in *OCP-Orientalia christiana periodica* 76, 2010, 213-217) così si commenta il provvedimento di Giustiniano (216): in Atene «l'inizio di un nuovo mondo, quello medievale, è già percepibile nella seconda metà del V sec. e il decreto di Giustiniano non fa che porre un termine che altro non è se non l'inizio di Atene come normale città bizantina».

Licandro utilizza questo passo famoso perché esso – ed è l'unica testimonianza al proposito – riporta «l'intransigente, drammatica decisione di Giustiniano [...] di chiudere l'Accademia filosofica di Atene», una decisione la cui portata è però assai discussa: un atto di ostilità verso tutta la filosofia, solo verso la filosofia neoplatonica, esclusivamente nei confronti della Scuola di Atene, come sede di cultura pagana? Licandro riflette a lungo su questi interrogativi, in primo luogo sulla scorta di un libro non più recente, ma «dalla freschezza inalterata»,¹² di Giuliana Lanata, *Legislazione e natura nelle Novelle giustiniane*, del 1984,¹³ della quale la conclusione finale – che è quanto qui interessa, come si vedrà – è certamente da condividere: «reale ... era l'ostilità [*di Giustiniano*] nei confronti della filosofia platonica».¹⁴ Un'ostilità che si concretizza in diversi provvedimenti; scrive Lanata: «Per estirpare definitivamente questo corpo estraneo dallo stato cristiano, in qualche momento del 529 Giustiniano emanò il noto provvedimento in cui si prevedevano, per i pagani che rifiutassero la possibilità di conversione contestualmente offerta, la confisca dei beni e l'esilio; ai pagani inoltre si vietava ogni forma d'insegnamento e si sopprimevano i sussidi pubblici erogati alle loro scuole. Un provvedimento particolare proibiva poi l'insegnamento della filosofia e del diritto nella città di Atene». È strano come nella nota 28 di p. 233 Lanata citi come fonti solo C. 1.11.9-10, con un rinvio bibliografico a Cameron e Honoré, plausibilmente non ritenendo necessario citare Mal. 18.47, il cui contenuto però le è evidentemente noto in quanto lo riproduce parzialmente nell'oggetto del non precisato «provvedimento particolare» ed è studiato a fondo da Cameron, autore fondamentale in questa materia e sui cui contributi si tornerà tra breve.¹⁵

Per una sintesi su questo punto nella particolare prospettiva della storia del pensiero nel tardo antico riporto le stringate righe della *Cronologia* posta in fine del suo libro da Pierre Hadot, in *Che cos'è la filosofia antica?*:¹⁶ «[aa.] 400 sgg. Nascita dell'insegnamento neoplatonico in Atene e ad Alessandria (scuole private): ... Il neoplatonismo è un focolaio di resistenza al cristianesimo. 529 L'imperatore Giustiniano proibisce ai pagani di insegnare. I filosofi neoplatonici, Damascio, Simplicio e Prisciano lasciano Atene per rifugiarsi in Persia. ... ».¹⁷

¹² O. LICANDRO, *Cicerone* cit., 47. Un giudizio del tutto condivisibile.

¹³ Napoli 1984.

¹⁴ G. LANATA, *Legislazione* cit., 233. Più precisamente, a proposito delle dottrine filosofiche di quel periodo, Lanata ha scritto (231): «La presenza della filosofia, e specificamente del neoplatonismo aristotelizzante in forme più o meno radicali, nella cultura del quinto-sesto secolo non è dunque soggetta a discussione». In questo contesto dei rapporti tra Giustiniano e la filosofia (e le diverse scuole filosofiche), vi è da chiedersi quanto sia una mera coincidenza il fatto che Giustiniano all'inizio dell'*Imperatoriam* si definisca '*iuris religiosissimus*' e che questo sintagma ricorra una sola volta nel *Corpus iuris*, accompagnato a '*providentissimus*', in D. 31.67.10 (Pap. 19 *quaest.*), a proposito di Marco Aurelio, circostanza che difficilmente poteva sfuggire ai compilatori ed alle loro eventuali forbici. Sarà ancora casuale, ma due righe dopo, sempre nell'*Imperatoriam*, ricorre '*summa providentia*': 1. *Quorum utramque viam cum summis vigiliis et summa providentia adnuente Deo perfecimus*.

¹⁵ Il divieto di insegnamento è in C. 1.11.10.5.

¹⁶ P. HADOT, *Che cos'è la filosofia antica?* (1995), Torino 1998, 279-280. Le prospettive di Pierre Hadot, studioso di Wittgenstein e collega (con forti sintonie) di Foucault, oltre che ovviamente in primo luogo profondo conoscitore del pensiero greco e romano, sono state importanti per le riflessioni che concluderanno questo studio.

¹⁷ Nell'avversione cristiana per Atene come sede della filosofia certamente non poteva non rilevare il ricordo del comportamento ivi tenuto nei confronti dell'apostolo Paolo secondo la narrazione degli *Atti degli Apostoli* 17.16-34 (ove – Ac 17.18 – si propongono come interlocutori di Paolo dei filosofi, sia pure 'epicurei e stoici').

Infine, rimanendo nel contesto dell'opera di Malalas, non si può omettere il fatto che nella *Chronographia* quanto si riferisce alla terminologia 'ellenico' indica il mondo pagano e ciò che si contrappone alla giusta fede; nello stesso anno 529 (18.42) vi è una persecuzione degli Ἕλληνες, accusati di 'credere alla greca' (τὸς ἑλληνίζοντας), nel 561 (18.136) i pagani (chiamati Ἕλληνες) vengono arrestati, i loro libri bruciati.

3. L'OGGETTO DI MAL. 18.47.

Mal. 18.47 è stato assai studiato pure in tempi recentissimi, anche nel contesto dell'opera di Malalas; nel brevissimo lasso di tempo intercorso tra le pubblicazioni del mio intervento su Celso e del libro di Licandro, si sono succedute importanti iniziative editoriali: a titolo di esempio, nelle diverse prospettive: a) sull'opera di Malalas, *Die Weltkronik des Johannes Malalas. Author-Werk-Überlieferung*,¹⁸ b) su Giustiniano in Malalas la ristampa di un articolo di Roger D. Scott di non facile reperimento,¹⁹ al quale si può aggiungere (in particolare sulla fine del suo regno) il contributo di Philippe Blauveau;²⁰ c) la pubblicazione di una raccolta di scritti di Alan Cameron,²¹ nella quale è inserito – con l'ingannevole medesimo titolo *The Last Days of the Academy at Athens* – un saggio che riprende un tema già da lui trattato nel 1969 in un articolo che si è affermato come fondamentale²² e che l'A. sottopone ad una completa ed aggiornata rivisitazione,²³ anche se non ne cambia l'impostazione di fondo, arrivando alla conclusione che forse una vera 'chiusura' della Scuola di Atene non vi è stata, ma piuttosto la volontà di impedirne il funzionamento inaridendole le fonti di sostentamento. Questo lungo, recentissimo saggio di Cameron è un autentico *resta-tement* di tutte le questioni che sono sorte in merito a Mal. 18.47.

Comunque in Cameron 2016 non appare più l'*incipit* iniziale del 1969, spesso citato nella letteratura successiva e che non può che far sorridere un giusromanista: «Even those who know nothing else of Justinian know that he closed the Academy at Athens in A.D. 529».²⁴

¹⁸ M. MEIER, CHR. RADTKI, F. SCHULZ (a cura di), Stuttgart 2016.

¹⁹ R.D. SCOTT, *Writing the Reign of Justinian. Malalas versus Theophanes*, in P. ALLEN, E. JEFFREYS (a cura di), *The Sixth Century: End or Beginning?* (Byzantina Australiensia 10, Brisbane 1996), rist. Leiden-Boston 2017, 20-34.

²⁰ PH. BLAUVEAU, *Malalas and the Representation of Justinian's Reign: a Few Remarks*, in M. MEIER, CHR. RADTKI, F. SCHULZ, *Die Weltkronik* cit., 77-89.

²¹ A. CAMERON, *Wandering Poets and Other Essays on Late Greek Literature and Philosophy*, Oxford 2016.

²² A. CAMERON, *The Last Days of the Academy at Athens*, in PCPhS-Proceedings of the Cambridge Philological Society 195 n.s. 15, 1969, 7-29.

²³ Il saggio (appunto ancora con il titolo *The Last Days of the Academy at Athens*) del 2016 è di una lunghezza più che doppia (202-245 di testo+331-344 di note, che iniziano con l'affermazione «This is an entirely new version») rispetto a quello del 1969.

²⁴ A. CAMERON, *The Last Days* (1969) cit., 7. Ma, al di là dell'ovvia diversità di angolazioni che le specificità disciplinari comportano, queste mie pagine mostrano l'utilità fondamentale dell'incrocio dei differenti saperi; tra i più recenti contributi su quelle che Maria Campolunghi ha felicemente chiamato le 'costituzioni programmatiche', particolarmente importante appare quello di un filologo classico, G. DI MARIA, *Tantalδένδωκεν. Quando la retorica assume forma e vigore di legge*, in *Medieval Sophia. Studi e ricerche sui saperi medievali* E-Review semestrale dell'Officina di Studi Medievali 12 (lu.-dic. 2012) 116-140 (= in <https://unipa.academia.edu/GiorgioDiMaria>).

Presso gli storici del diritto questa testimonianza di Malalas è ben nota in quanto consente di affermare l'esistenza (in quel momento e fino ad allora) di una scuola di diritto ad Atene: una conclusione piuttosto diffusa e prevalente, anche se non condivisa all'unanimità (perplexità espresse con il silenzio al proposito o con la negazione di tale esistenza).²⁵

Ma in realtà tutti e tre gli ambiti oggetto dell'intervento di Giustiniano narrato da Malalas (la cui cronaca del resto è pervenuta in forma abbreviata, pur rimanendo «la fonte principale della cronachistica bizantina»)²⁶ presentano questioni complesse.

Forse l'unico dato veramente sicuro è l'anno del provvedimento, il 529 CE, grazie alla menzione di Decio: Flavio Decio, console ordinario senza collega del 529 CE.²⁷ A proposito della datazione si può aggiungere qualcosa di più preciso, perché, poco prima, per lo stesso anno 529, in 18.38 Malalas scrive:

Ἐν αὐτῷ δὲ τῷ χρόνῳ ἀνακωδίκευσις ἐγένετο τῶν παλαιῶν νόμων·καὶ ποιήσας ἰδίους νόμους κατέπεμψεν ἐν πάσαις ταῖς πόλεσι πρὸς τὸ τοὺς δικαζομένους μὴ περιπίπτειν θλίψεσι καὶ ζημίαις, ἀλλὰ ταχεῖαν ἔχειν τὴν ἀπαλλαγὴν·ὅπερ μονόβιβλον κατασκευάσας ἐπεμφεῖν ἐν Ἀθήναις καὶ ἐν Βηρυτῷ.

Le costituzioni di Giustiniano vengono inviate a tutte le città dell'impero al fine di sveltire i processi: quindi non per le esigenze dell'insegnamento. Il riferimento esclusivo al *Codex* è solo per l'invio ad Atene e Berito.

Quattro anni dopo, nella Cost. *Omnem* (§ 7) Giustiniano dirà a riguardo dell'insegnamento che le tre compilazioni saranno inviate alle 'regiae urbes' ed a Berito, quindi anche a Roma; ma già Savigny²⁸ ha chiarito una volta per tutte che le 'regiae urbes' non sono 'le capitali delle province' (come pure talvolta era stato affermato e si continua a fare), ma Bisanzio e Roma. Si tratta di una traccia del passato imperiale di Roma, mentre i veri, effettivi destinatari ora sono solo Costantinopoli e Berito, come mostra il prosieguo della *Omnem*.

Essendo il *Codex Iustinianus* stato promulgato il 7 aprile 529 (ed entrato in vigore il 16 aprile dello stesso anno), si può ragionevolmente credere che in quel momento fosse ancora attiva in Atene (come a Berito) una scuola di diritto. Una conclusione importante, che si è cercato di contestare – ma senza validi elementi – sol perché l'unico argomento a favore è quest'isolata testimonianza di Mal. 18.38.

Alla luce di quanto or ora detto, si può concludere che il 'decreto' di 18.47 sia successivo alla promulgazione del *Codex* e che comunque esso presuppone una scuola di diritto attiva in Atene.

Questa conclusione non osterebbe, anzi sarebbe con esso pienamente compatibile, al collegamento (o addirittura identità, come è stato prospettato, nella parte finale del decreto) con una costituzione del 22 settembre 529, in C. 3.43, nella quale Giustiniano lamenta

²⁵ La letteratura, giusromanistica e non, è accuratamente esaminata in J. BEAUCAMP, *L'enseignement à Athènes au VI^e siècle: droit ou science des astres?*, in H. HUGONNARD-ROCHE (a cura di), *L'enseignement supérieur dans les mondes antiques et médiévaux*, Paris 2008, 201-217, 205 s. Da ult., sulla base di letteratura precedente, cita Atene tra le scuole di diritto operanti in Oriente A.M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico*, Soveria Mannelli 2011, 26.

²⁶ Così V.M. MINALE, *La Regina di Saba e la Sibilla: divagazioni su legge, diritto e giustizia nel Tardoantico e in Età Bizantina*, in F. BATTIATO, D. HARTMAN, G. STABILE (a cura di), *La regina di Saba. Un mito tra Oriente e Occidente*, Napoli 2016, 179-208, 183.

²⁷ *sv. Decius*, 1, PLRE III, 391.

²⁸ F. VON SAVIGNY, *Storia del diritto romano nel Medio Evo I*, Firenze 1844, t.1, 295 s.

le conseguenze per chi si dedica al gioco in modo compulsivo e così si rovina, sia moralmente (*'blasphemare conantur'*) sia economicamente (*'instrumenta conficiunt'*).²⁹ È interessante notare, ai fini della comprensione del terzo oggetto del decreto in 18.47, come in questa costituzione il gioco d'azzardo sia visto in modo negativo (e perciò vietato) non in sé quanto per le conseguenze che ne possono derivare, in primo luogo la bestemmia per la rabbia del perdente, quella bestemmia che ricorre in 18.48 come conseguenza del gioco e la cui sanzione è gravissima nel caso ricordato in Bisanzio: è la bestemmia, non il gioco ad essere così sanzionato.

A suffragare questa considerazione può essere addotto un altro testo, di 4 anni, circa, successivo a C. 3.43,³⁰ che non risulta essere mai stato citato in questo contesto, ma che mostra lo stesso rapporto tra pratica del gioco d'azzardo e conseguenze negative, addirittura specificatamente criminose, in un rapporto di causa/effetto; si tratta di cost. *Omnem*, al § 9,³¹ ove ricorre il divieto di *'ludos exercere'*, per coloro *'qui legitima peragunt studia'* a Costantinopoli e Berito. Di quali *ludi* (definiti *'indignos et pessimos, immo magis serviles'*) si tratti in *Omnem* 9 è impossibile dire, anche se sembra trattarsi di *ludi* ben più riprovevoli e soprattutto criminogeni³² del giuoco d'azzardo o del semplice giuoco dei dadi che qualcuno ha affermato (come e perché si vedrà nei successivi §§ 5 e 6) potrebbe essere il terzo oggetto di divieto in Mal. 18.47. Contro questo collegamento si potrebbe opporre il dato che in Malalas questo divieto è esteso a tutto l'impero e non – come in *Omnem* 9 – riferito solo a Costantinopoli e Berito, ma si potrebbe spiegare l'apparente limitazione di efficacia nella cost. *Omnem* con il fatto che questa costituzione è indirizzata ai professori di quelle scuole³³. A favore del collegamento potrebbe addursi la circostanza che l'esempio di applicazione della feroce punizione *'per causa di gioco'* è ambientato a Bisanzio.

A conclusione di queste considerazioni sul gioco, si può dire con certezza che questi divieti hanno una ragione essenzialmente educativa (e ovviamente dissuasiva, con le sanzioni previste), volta cioè ad evitare in generale (e tra gli studenti in particolare) che si tengano

²⁹ C. 3.43.1 pr.: *Imperator Justinianus Alearum lusus antiqua res est et extra operas pugnantibus concessa, verum pro tempore prodiit in lacrimas, milia extraneorum nominationum suscipiens. quidam enim ludentes nec ludum scientes, sed nominationem tantum, proprias substantias perdidierunt, die noctuque ludendo in argento apparatu lapidum et auro. consequenter autem ex hac inordinatione blasphemare conantur et instrumenta conficiunt*. Vd., su questo passo, con la letteratura precedente, G. GRECO, *Gioco d'azzardo e deterrenza: brevi note sui susceptores*, in *Iura & Legal Systems*, 2016, B(4) 45-55, 54 s.

³⁰ In queste pagine si operano frequenti confronti e rinvii tra diversi momenti dell'attività normativa di Giustiniano: pur essendo preso in esame un lasso di tempo piuttosto breve, vi è la piena consapevolezza che l'opera dell'imperatore si svolge crescendo su se stessa in modo complesso; su questa prospettiva vd. spec. A. LOVATO, *Giustiniano e la consummatio nostrorum digestorum*, in *MEFRA* 125.2, 2013, 397-405.

³¹ *Omnem* 9: *Illud vero satis necessarium constitutum cum summa interminatione edicimus, ut nemo audeat neque in hac splendidissima civitate neque in Berytiensium pulcherrimo oppido ex his, qui legitima peragunt studia, indignos et pessimos, immo magis serviles et quorum effectus iniuria est ludos exercere et alia crimina vel in ipsos professores vel in socios suos et maxime in eos, qui rudes ad recitationem legum perveniunt, perpetrare. quis enim ludos appellet eos, ex quibus crimina oriuntur? hoc etenim fieri nullo patimur modo, sed optimo ordini in nostris temporibus et hanc partem tradimus et toto postero transmittimus saeculo, cum oportet prius animas et postea linguas fieri eruditos*.

³² *Quis enim ludos appellet eos, ex quibus crimina oriuntur?* Vd. una rassegna di possibilità in M. CAMPOLUNGI, *Potere imperiale e giurisprudenza in Pomponio e in Giustiniano II.2*, Perugia 2007, 414-417.

³³ La diversità dei destinatari delle diverse costituzioni giustinianee emanate in questi anni è particolarmente importante in A. SCARCELLA, *Adnotatiunculae su una costituzione greca indirizzata da Giustiniano ai professori di diritto*, in *AUPA* 60, 2017, 163-184.

comportamenti riprovevoli, dei quali il peggiore (più del danno economico personale) è la blasfemia: blasfemia che in questo momento è ovviamente ed esclusivamente nei confronti della religione cristiana.

Per gli storici del diritto e in particolare per gli studiosi dell'insegnamento del diritto in età giustiniana ovviamente il dato più rilevante è costituito dall'esistenza o meno in quel momento di una scuola di diritto ad Atene: conclusivamente, si può solo dire che da una parte si è rilevato che – pur in presenza di una buona informazione sulle scuole attive in Atene dal I sec. CE fino a questi anni – non si ha mai notizia dell'esistenza di una siffatta scuola in Atene,³⁴ cosicché un divieto di insegnamento di diritto ad Atene non avrebbe senso; dall'altra (e Cameron nel 2016 lo ha ribadito³⁵) in un passo di poco precedente di Malalas (18.38) si è visto che una copia del *Codex* appena completato fu mandata ad Atene e Berito, il che proverebbe l'esistenza di una scuola di diritto ad Atene, come a Berito. Un argomento testuale unico, ma certamente rilevante, tale da far propendere a favore dell'esistenza della scuola.

Ma per questa conclusione non si può omettere di ricordare che recentemente di Mal. 18.47 è stata proposta una restituzione completamente diversa.

4. MAL. 18.47: SUA LETTURA 'TRADIZIONALE'.

Se si guarda al testo greco, è chiaro che Licandro ha adottato una traduzione letterale per quanto riguarda νόμιμα ἐξηγεῖσθαι, traducendo il sintagma con “esegesi del diritto”. Questo il testo greco, Mal. 18.47:

Ἐπὶ δὲ τῆς ὑπατείας τοῦ αὐτοῦ Δεκίου ὁ αὐτὸς βασιλεὺς θεσπίσας πρόσταξιν ἔπεμψεν ἐν Ἀθήναις, κελεύσας μηδένα διδάσκειν φιλοσοφίαν μήτε νόμιμα ἐξηγεῖσθαι μήτε κόττον ἐν μιᾷ τῶν πόλεων γίνεσθαι, ἐπειδὴ ἐν Βυζαντίῳ εὗρεθέντες τινὲς τῶν κοττιστῶν καὶ βλασφημίαις δειναῖς ἑαυτοὺς περιβαλόντες χειροκοπηθέντες περιεβωμβήθησιν ἐν καμήλοις.

Come si è visto, Lanata ha unificato in un'unica espressione i due divieti di insegnamento: «Un provvedimento particolare proibiva poi l'insegnamento della filosofia e del diritto nella città di Atene». Guardando alle più recenti traduzioni italiane del testo (che sono nell'ambito della storia della filosofia e del pensiero, come nei casi di Di Branco³⁶ o Roberto Limonta),³⁷ l'opinione comune è appunto concorde sulle espressioni sostanzialmente equivalenti di ‘esegesi/insegnamento del diritto’. Quanto alle motivazioni del divieto, esse sarebbero riconducibili alla volontà di riportare l'insegnamento al controllo delle scuole pubbliche controllate dall'Impero.

Questa traduzione risale all'edizione (e traduzione) tradizionale: «*Eiusdem Decii sub consulatu, edicto Athenas misso, Imperator sancivit, ne cui liceret philosophiam publice profiteri aut leges interpretari. Sed et aleatoriam etiam exerceri, universum per imperium, prohibuit*»,³⁸

³⁴ E. WATTS, *Justinian, Malalas, and the End of Athenian Philosophical Teaching in A.D. 529*, in JRS 94, 2004, 168-182, 172, ripreso in E.J. WATTS, *City and School in Late Antiquity Athens and Alexandria*, Berkeley 2006, 131 ss.

³⁵ A. CAMERON, *The Last Days* (2016) cit., 208.

³⁶ M. DI BRANCO, *La città dei filosofi* cit., 193.

³⁷ R. LIMONTA, R. LONGOBARDI, *Il silenzio delle idee. Libri, letture e censure*, Milano 2012, 11-17.

³⁸ Ioh. Malalas, *Chronologia* (Dindorf 1831, ma precedente), 451; Migne, PG XVIII, 47.

ove *'leges interpretari'* traduce appunto νόμιμα ἐξηγεῖσθαι. Una tradizione/traduzione fortunata, non solo in Italia; si veda, ad es., quella in inglese del 1986 («interpret the laws»).³⁹ Questa testimonianza in questi termini sarebbe veramente interessante, anche perché poco prima – come si è visto – in 18.38 per lo stesso anno Malalas ha ricordato la *'ricodificazione di antiche leggi'*, cosicché si potrebbe inserire 18.47 in una complessiva politica del diritto. Ed anche dei *ludi* si è già detto.

5. MAL. 18.47: NON NOMIMA, MA ΑΣΤΡΟΝΟΜΙΑΝ; E NON SOLO.

A séguito della collazione di altri manoscritti della *Chronographia*, è stata avanzata diversa recensione del testo, in primo luogo con la sostituzione di ἀστρονομίαν a νόμιμα, sostituzione accettata dalla ed. Thurn della *Chronographia*,⁴⁰ divenuta centrale in Watts,⁴¹ che così traduce Ioh. Mal. 18.47: «During the consulship of Decius, the emperor issued a decree and send it to Athens ordering that no one should teach philosophy nor interpret astronomy nor in any city should there be lots cast using dice» (con la possibilità che questo riferimento ai dadi si riferisca a pratiche augurali).

Mentre non si avrebbe notizia di insegnamento di diritto ad Atene in quel momento (sminuendosi così l'importanza della notizia in Mal. 18.38 già ricordata), è invece certo che Giustiniano fosse fortemente contrario alle pratiche astrologiche,⁴² così come è sicuro il riferimento alla proibizione dell'insegnamento della filosofia ad Atene nel 529, un momento importante della lotta di Giustiniano verso i pagani ed al contempo fondamentale della storia della filosofia.

Altri, come si è visto, hanno continuato a preferire la recensione più tradizionale: e questa appare tuttora da preferire per le ragioni che sono state esposte.

6. ALCUNE CONCLUSIONI SULLA BASE DI MAL. 18.47.

Quanto si è visto emergere dallo studio di Mal. 18.47 consente di poter affermare che con buona probabilità agli inizi dell'impero di Giustiniano vi è ad Atene una scuola di diritto, ma soprattutto e con certezza che – anche se non vi fossero altre fonti a testimoniare – quasi immediatamente la politica del diritto del nuovo imperatore è ispirata da due linee guida: da una parte il Cristianesimo come fondamento e ispirazione del diritto imperiale e simmetricamente l'ostilità verso il mondo pagano, in particolare nei confronti del pensiero filosofico (in specie neoplatonico); dall'altra l'insegnamento del diritto, al pari della produzione del diritto e della sua interpretazione, è di competenza esclusiva dell'imperatore.

³⁹ E. JEFFREYS, M. JEFFREYS, R. SCOTT (eds.), *The Chronicle of John Malalas*, Melbourne 1986, 264. Con l'ampia discussione alla quale si è fatto cenno A. CAMERON, *The Last Days* (2016) cit., 209 traduce νόμιμα ἐξηγεῖσθαι «interpret the law»: Giustiniano vuole che il diritto sia insegnato bene e (quindi) solo a Costantinopoli e Berito.

⁴⁰ Berlin 2000, 379, l. 69, preferenza senza spiegazioni.

⁴¹ E. WATTS, *Justinian* cit., 171. La lettura proposta da Watts è ormai adottata di frequente nella letteratura di lingua inglese; vd., ad es., A.P. URBANO, *The Philosophical Life. Biography and the Crafting of Intellectual Identity in Late Antiquity*, Washington 2013, 315 ss.

⁴² Del resto l'accostamento tra filosofia ed astrologia in Procopio è ricordato a proposito di questo passo di Malalas già nelle *Annotationes* di E. Chilmead nella ed. Dindorf, 651.

In altri termini, quali che siano le diverse letture che si sono date di Mal. 18.47, i dati che in vario modo sono stati messi in luce comunque confermano la volontà di Giustiniano di ostacolare in ogni modo la sopravvivenza e la diffusione della cultura filosofica pagana, in particolare neoplatonica, e di portare sotto il suo rigido e pervasivo controllo di imperatore cristiano l'insegnamento del diritto. Ci si potrebbe fermare a queste conclusioni in relazione alla testimonianza di Malalas, ma mi sembra che esse comportino una ulteriore questione, proprio per quanto pongono con forza.

In un siffatto contesto, ci si deve chiedere cioè quale significato può assumere l'aver affidato un momento fondamentale quale l'*incipit* dei *Digesta* alla riflessione sul diritto contenuta nel celeberrimo D. 1.1.1.1: ovviamente non può essersi trattato di una scelta casuale o poco meditata e il suo significato deve essere compatibile con le linee politiche ed ideologiche attestate in Malalas. Il periodo è praticamente lo stesso, le costituzioni 'programmatiche' degli ultimi mesi del 533 concludono il lavoro avviato nel 529, l'imperatore è lo stesso, gli uomini che lo affiancano sono praticamente gli stessi, tra di loro vi sono del tutto plausibilmente gli estensori materiali dei provvedimenti del 529 di cui in Malalas.

7. D. 1.1.1.1.

Come si è appena detto, essendo così concluso l'esame delle problematiche inerenti Mal. 18.47, il discorso potrebbe chiudersi qui. Tuttavia la rilevanza giuridica che è risultata emergere dal contesto delle vicende della filosofia in quegli anni, conduce quasi necessariamente al celeberrimo D. 1.1.1.1 ed alla coppia *vera / simulata philosophia* che vi ricorre:

D. 1.1.1 pr.-1(Ulp. 1 inst.) [pr.] *Iuri operam daturum prius nosse oportet, unde nomen iuris descendat. est autem a iustitia appellatum: nam, ut eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi. [1] Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus et boni et aequi notitiam profitemur, aequum ab iniquo separantes, licitum ab illicito discernentes, bonos non solum metu poenarum, verum etiam praemiorum quoque exhortatione efficere cupientes, veram nisi fallor philosophiam, non simulatam affectantes.*

L'attribuzione del frammento ad Ulpiano è incontestata, così come la sua fedeltà all'originale ulpiano è opinione comune, come Gallo ha più volte affermato⁴³. Altrettanto generalizzata è l'affermazione della familiarità di Ulpiano con la cultura filosofica, verso la quale avrebbe avuto un'attenzione rilevante anche nel contesto della sua attività di giurista. Cose ovvie queste: ma nella interpretazione del frammento queste acquisizioni sono state condizionanti, nel senso che al centro delle indagini sul frammento in realtà si è posto più l'accento sulla questione della ricostruzione del pensiero del giurista che sul significato della scelta nel VI sec. CE di questo frammento per l'inizio del Digesto.

Se si prende avvio dalla regola interpretativa fondamentale che un testo deve essere esaminato in primo luogo con approccio emico (cioè di attenzione esclusiva agli attori sociali romani ed al loro mondo concettuale) e quindi al contesto del 533, sorge la domanda di quale sia la *philosophia simulata* evocata nel lettore del Digesto in un contesto così decisivo come l'inizio dell'opera, lettore che viene addirittura sollecitato a prendere posizione den-

⁴³ A partire dal fondamentale F. GALLO, *Diritto e giustizia nel titolo primo del Digesto*, in SDHI 54, 1988 (= in ID., *Opuscula selecta* [a cura di F. BONA, M. MIGLIETTA], Padova 1999, 605-648, 608 ss.), 1-36, 2 ss.: «In conclusione, mancano, relativamente al brano in esame, supporti plausibili per sostenere sia manipolazioni parziali sia l'interpolazione totale».

tro di sé dall'inciso *nisi fallor*. Il frammento non lo dice né in realtà offre elementi decisivi in una qualsiasi direzione interpretativa; né è questo l'unico testo giustiniano nel quale ricorre un problema 'teorico' di questo tipo: questione analoga si è infatti posta per un sintagma abbastanza simile che ricorre in *Omnem* 7, 'adulterina doctrina'.⁴⁴ Ma per D. 1.1.1.1 il problema si impone 'al quadrato': nel momento in cui è di gran lunga prevalente l'opinione che il testo raccolto in D. 1.1.1.1 è pienamente riferibile ad Ulpiano, si hanno due contesti interpretativi (l'età di Ulpiano e quella di Giustiniano) estremamente diversi tra di loro, cosicché l'originario referente ulpianoo (qualora fosse anche possibile individuarlo con certezza) appare difficilmente utilizzabile per il tempo di Giustiniano. Si pensi, per fare qualche esempio, a due delle ricostruzioni più recenti, quelle proposte da Falcone⁴⁵ e da Marotta.⁴⁶ In estrema sintesi, Falcone opera un diretto collegamento di D. 1.1.1.1 con la 'verbosa simulatio prudentiae' di Cic., *Mur.* 14.30 e i rapporti con la filosofia e i valori sociali contemporanei ad Ulpiano. Marotta utilizza in primo luogo Quintiliano, arrivando a concludere che Ulpiano qui propone «la piena assimilazione, non a parole ma nei fatti, della *iuris professio* alla *vera philosophia* nel suo significato più ampio: i giuristi, infatti, onorano davvero, nella quotidianità del loro operare (nt. 110),⁴⁷ gli *officia* rivendicati dai filosofi come propri. Entro questi confini, l'esordio delle *Institutiones* senza dubbio nasconde anche un ruolo politico-propagandistico (nt. 111)». Ma deve essere detto che, a seguire, nella nt. 111, Marotta così conclude questa parte del suo contributo: «Probabilmente tutte le ipotesi avanzate in questi ultimi decenni da differenti studiosi [...] hanno apportato elementi utili alla comprensione dell'esordio delle *Institutiones* ulpiane. Senza dubbio alcune tesi appaiono più solide di altre: nessuna, però, come ogni congettura – e, in fondo, avremmo dovuto meravigliarci del contrario, considerando l'insieme delle fonti pervenuteci – varca la soglia della verosimiglianza».

Ovviamente in età giustiniana era disponibile una quantità di fonti ben maggiore rispetto all'oggi, ma la decontestualizzazione della testimonianza ulpiana dovuta alla distanza temporale di tre secoli certamente doveva rendere la loro utilizzabilità e riferibilità ben poco perspicue per una comprensione che almeno si avvicinasse all'originario retroterra del discorso di Ulpiano.

Che questo retroterra potesse essere evocato dalla lettura del frammento al tempo di Giustiniano appare cioè scarsamente credibile e nello stesso tempo esso apparirebbe non congruo con il momento della politica imperiale del diritto del VI sec. CE. E poiché l'uso di *simulata* non è giustificabile con una sicura interpretazione tutta interna al frammento stesso, si potrebbe pensare che la filosofia 'simulata' che viene alla mente del lettore giustiniano sia quella pagana della scuola platonica di Atene in primo luogo,⁴⁸ ma anche di

⁴⁴ Sui possibili referenti, in questo caso, vd. M. CAMPOLUNGH, *Potere imperiale* cit., II.2, 407-409.

⁴⁵ G. FALCONE, *La 'vera philosophia' dei 'sacerdotes iuris': Sulla raffigurazione ulpiana dei giuristi (D.1.1.1.1)*, in AUPA 49, 2004, 1-109 (con importanti integrazioni in G. FALCONE, *Un'ipotesi sulla nozione ulpiana di ius publicum*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE [a cura di], *Tradizione romanistica e Costituzione*, 2, Napoli-Roma 2006, 1166-1195).

⁴⁶ V. MAROTTA, *Iustitia, vera philosophia e natura. Una nota sulle Institutiones di Ulpiano*, in D. MANTOVANI, A. SCHIAVONE (a cura di), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 563-601.

⁴⁷ In questa nt. 110 di p. 591 MAROTTA cita per esteso Plin. *epist.* 1.10.9-10, riferendosi alla quale scrive: «Può dirsi filosofia anche l'esercizio dei pubblici uffici»; forse il massimo immaginabile della concretezza operativa.

⁴⁸ Come evidenzia G. FALCONE, *Un'ipotesi* cit., 1171, Ulpiano in D. 1.1.1.10 rappresenta «la *prudentia* dei giuristi in termini squisitamente filosofici» (affermazione fatta anche da Marotta).

tutte quelle pratiche ‘magiche’ contro cui Giustiniano si scaglia più volte. Si tratta di una possibilità interpretativa che il testo di Malalas sembra asseverare: tra il 529 (anno di chiusura della Scuola di Atene) e il 533 trascorrono pochi anni; inoltre – cosa non dimostrabile ma non priva di plausibilità – per le funzioni svolte in quel lasso di tempo Triboniano avrebbe potuto essere anche l’estensore (o almeno il responsabile dell’ufficio relativo) dei provvedimenti descritti da Malalas.

Rimarrebbero ovviamente impregiudicate le problematiche della natura della coppia *veralsimulata philosophia* nell’originario contesto di Ulpiano. Ma non avrebbe ancora risposta la questione della natura della ‘vera philosophia’ al tempo di Giustiniano; la stessa ricchezza argomentativa ed al contempo forza normativa delle costituzioni ‘programmatiche’ inducono a ritenere che in qualche modo la scelta del frammento di apertura del Digesto deve necessariamente collegarsi con l’attualità della politica giustiniana. In altri termini, se si adotta un atteggiamento realmente emico nell’approccio al testo, di assunzione cioè della mentalità e dei valori ad esso contemporanei e di coloro che ne furono autori, ci si potrebbe chiedere in che modo la riflessione sul diritto contenuta in D. 1.1.1.1 sia stata fatta propria dai compilatori e quindi sia risultata compatibile con la cultura giuridica del tempo di Giustiniano e con la riflessione cristiana su quei temi e – soprattutto – con le caratteristiche della politica del diritto perseguite da Giustiniano. E non si dimentichi che nel progetto di Giustiniano l’uso dei *Digesta* doveva essere assai importante, obbligatorio e fondamentale nell’insegnamento e diffuso nella pratica (probabilmente più di quanto effettivamente avvenne).

Per tentare di avvicinarmi ad una risposta, considerata l’utilità che si è vista di una fonte estranea alla compilazione giustiniana come Mal. 18.47, mi è sembrato un buon approccio cercare un’altra fonte di medesimo contesto che potesse dare una rappresentazione d’insieme delle linee di fondo di quegli anni giustiniani.

8. AGAPITO DIACONO.

Nel momento in cui qui si è scelto di cercare di leggere i testi oggetto del presente studio con gli occhi dei loro contemporanei, un’opera verosimilmente utile potrebbe essere uno *speculum principis*, cioè un’operetta indirizzata ad un imperatore come deferente rassegna di consigli: un lavoro che per definizione non può essere in contrapposizione alle opzioni politiche di fondo di quell’imperatore e quindi può dirci qualcosa al loro proposito, tanto più se si può anche metterlo a confronto con i comportamenti politici e la produzione normativa in particolare di quell’imperatore. Un’opera siffatta per il periodo iniziale di Giustiniano esiste, databile con certezza tra il 527 e il 548 CE, anche se sulla base di ragionamenti di contesto e del suo carattere indubitabilmente parenetico⁴⁹ si è largamente a favore per i primi anni del periodo, se non proprio del 527: in primo luogo l’ovvia circostanza che un’opera siffatta trova il suo migliore contesto in quello dell’ascesa al trono di un nuovo imperatore; ma è stato ribattuto che quando Giustiniano sale il soglio imperiale ha già avuto una pluriennale esperienza di sommo governo a fianco di Giustino I, cosicché – anche per la fortuna che l’opera incontrò presto – si può ipotizzare che essa fosse pensata in primo luogo come strumento della propaganda imperiale. E qui proprio Mal. 18.47, che non mi risulta essere mai stato utilizzato in questo contesto, può risultare profittevole, perché, se il ‘decreto’ del 529 è contro le scuole filosofiche di Atene e in primo luogo certamente quella neoplatonica, opere successive non avrebbero potuto contenere riferimenti fa-

⁴⁹ Sin nel titolo dell’opera.

vorevoli a quella scuola: e invece nell'opera di cui stiamo parlando gli studiosi hanno colto sfumature di quel pensiero, menzionato del resto alla lettera nel cap. 17, I cpv., come si vedrà. Ed allora si può concludere con maggiore plausibilità che essa risale proprio al 527 o, al massimo, all'anno successivo.

L'opera di cui sto parlando è la '*Scheda Regia* o *Ekthesis* [il titolo più usato in letteratura], *Esposizione di capitoli parenetici scritta estemporaneamente per l'Imperatore Giustiniano da Agapito, diacono della santissima chiesa*',⁵⁰ in brevissimi capitoli. Di Agapito non si conosce nulla, oltre alla sua qualità di diacono. Non è questa la sede per affrontare il tema delle fonti di Agapito; qui mi sembra solo utile evidenziare, in quello che dovrebbe essere un momento iniziale del governo di Giustiniano, come vengano proposti due temi per noi importanti.

Il primo tema: il rapporto tra l'imperatore e la giustizia. È addirittura all'inizio nel cap. I: «Dacché tu ricopri la carica più elevata di ogni dignità, o imperatore, prima di ogni altro onora Dio, giacché ti ha reso degno di essa, in quanto, a somiglianza del regno celeste, ti ha affidato lo scettro del potere terreno, perché tu insegnassi agli uomini a conservare la giustizia e costringessi a latrare quelli che nella loro follia ad essa si oppongono, obbedendo ai suoi principi e governando i tuoi sudditi conformemente alla legge».⁵¹

Il secondo tema: il rapporto tra l'imperatore e la filosofia. Cap. XVII: «Ai vostri tempi si è mostrata l'era della vita felice, che qualcuno degli antichi predisse che vi sarebbe stata allorché o i filosofi governeranno o gli imperatori filosoferanno; ed infatti, filosofando, siete stati ritenuti degni del potere, e, regnando, non vi siete allontanati dalla filosofia.

«Se, inverso, amare la sapienza induce a filosofare, il principio della sapienza [ἀρχὴ δὲ σοφίας] è il timor di Dio, che avete diffuso nei vostri cuori: chiare e veritiere siano le mie parole».⁵²

La giustizia è il primo compito che Dio assegna a chi ha voluto imperatore; costui è reso degno del potere dalla pratica della filosofia, ma questa ha il suo fondamento nella religione cristiana. E se il primo insegnamento circa l'arte del governare del cap. 1 di Agapito è la provenienza divina del potere imperiale e che esso è dato da Dio, il secondo è che quel potere è stato conferito per istruire gli uomini 'τὴν τοῦ δικαίου φυλακὴν' e punire chi vi si oppone.

⁵⁰ Traduzione di F. IADEVAIA, *Scheda Regia. Introduzione, testo critico, vers. it.*, Messina 1995, 133, che specifica «santissima chiesa di S. Sofia», opinione generalmente condivisa. La tradizione successiva sull'opera ha tramandato il ricordo di una particolare vicinanza di Agapito all'imperatore, se non addirittura con un ruolo di precettore. Ma di tutto ciò non vi è prova. Trad. inglese e interessante presentazione in P.N. BELL, *Three Political Voices from the Age of Justinian. Agapetus, Advice to the Emperor. Dialogue on Political Science*. Paul the Silentiary, Description of Hagia Sophia, Liverpool 2009, con un giudizio molto positivo sulla qualità dell'operetta (37). Il confronto tra questa e i vari interventi di Giustiniano sono oggetto specifico di studio di I. KAPITÁNFY, *Justinian and Agapetus*, in *Acta Antiqua et Archaeologica* 26, 1994, 65-70, e – molto più approfonditamente – di R. RODRÍGUEZ LOPEZ, *Principios de gobierno Ad specula principis in las Novelas de Justiniano*, in *Fundamina* 20, 2014, *Meditationes de iure et historia. Essays in honour of L. Winkel*, 2, 801-813.

⁵¹ F. IADEVAIA, *Scheda cit.*, 135.

⁵² F. IADEVAIA, *Scheda cit.*, 139. È interessante notare come nel cap. immediatamente precedente (cap. XVI) si legga: «Mi pare oltremodo assurdo che i ricchi e i poveri subiscano ugual danno da cose dissimili».

«I primi, invero, scoppiano per l'abbondanza di cibo; i secondi muoiono di fame; i primi posseggono terre fino all'estremità del mondo; i secondi non hanno dove porre i piedi. Perché, dunque, gli uni e gli altri stiano bene, è necessario reggerli aumentando i possedimenti degli uni e diminuendo quelli degli altri, riportando la disuguaglianza all'uguaglianza».

Il secondo capoverso del cap. XVII pone evidentemente il problema del rapporto tra fede e filosofia, tra Cristo e la filosofia: rapporto che trova fin dal III sec. CE a Roma e poi nel monachesimo orientale il suo coagulo nella rappresentazione (anche iconografica) del Cristo filosofo e/o insegnante,⁵³ ove filosofia è sapienza, ma è anche vita cristiana praticata nel mondo.⁵⁴

È interessante rilevare come anche la rappresentazione iconografica di Cristo, nella sua riconducibilità di fondo a modelli imperiali, è stata in tempi abbastanza recenti contestata a favore dell'autonomia delle sue rappresentazioni da Mathews.⁵⁵ Chi scrive non ha la minima competenza in materia; vorrei solo evidenziare come nella interpretazione di un medesimo mosaico absidale, quello posto in opera tra il 527 e il 530 nella chiesa dei SS. Cosma e Damiano in Roma,⁵⁶ possano sovrapporsi due diverse rappresentazioni, che non si elidono vicendevolmente del tutto, anzi potrebbero convivere: Cristo è rappresentato con il braccio sinistro disteso lungo in corpo e la mano sinistra stretta intorno ad un rotolo,⁵⁷ mentre il braccio destro è sollevato, ben oltre la spalla, ad indicare una stella. Mathews guarda alla figura del Cristo ed al suo braccio sinistro, affermando che è vestito da filosofo e «ha in mano il rotolo della sua filosofia»; Thunø⁵⁸ guarda alla mano destra, che collega «to pagan imagery of the rising sun god, who later became associated with the emperor as *sol invictus*», quindi al nucleo centrale della religione cristiana nel Cristo sorgente (e che risorge). Filosofia e fede sembrano essere compresenti.

8.1. 'Sacerdotes iuris'.

Un primo punto rilevante è proprio il ruolo dei giuristi, cioè del ruolo che essi sembrerebbero avere nella ricerca della giustizia e dello *ius*. Gallo ha efficacemente scritto:⁵⁹ «La

⁵³ «Christus, der himmlische Lehrer», così titola un capitolo G. SCHILLER, *Ikongraphie der christlicher Kunst* 3, Gütesloh 1976, 216 ss. Un'importante testimonianza iconografica di questa rappresentazione è nell'abside di Santa Pudenziana in Roma (precedente di più di un secolo l'abside della chiesa dei SS. Cosma e Damiano, alla quale si farà riferimento tra breve).

⁵⁴ Con lo sguardo fino al passato recente, vd. G. MARCHESI, *Il Cristo dei filosofi. È possibile una cristologia filosofica?*, in *La Civiltà Cattolica* 1991.2, 571-583; ma vd. soprattutto P. HADOT, *Che cos'è cit.*, 227 ss. Le molti fonti patristiche – anche della prima Patristica – ivi citate integrano e conferiscono 'un segno' più contestualizzato alle due citazioni da Iust. *Apologia* che chiudono G. CRIFÒ, *Ulpiano. Esperienze e responsabilità del giurista*, in *ANRW* 2.15, 1976, 708-789, 785 in fondo a nt. 478. Sul punto, tra breve, in § 8.3.

⁵⁵ Th.F. MATHEWS, *Scontro di dei. Una reinterpretazione dell'arte paleocristiana* (2003²), Milano 2005, con un impegnato saggio di presentazione di Eugenio RUSSO (IX-XLVI). Non si tratta di studi irrilevanti per i giuroromanisti, ad es., a pp. XVII-XVII, Russo fornisce utili spunti di riflessione in relazione alle conclusioni di V. MAROTTA, *Liturgia del potere. Documenti di nomina e cerimonie d'investitura fra principato e tardo impero romano*, in *Ostraka* 8, 1999, 168-187. Per quanto il libro di Mathews abbia incontrato forti opposizioni (fino al sarcasmo), appare almeno in buona misura incontestabile quanto egli scrive a p. 103: «Era un potente ruolo quello in cui Cristo si manifestava, sia come personificazione del suo proprio elevato insegnamento, sia come maestro di un circolo di filosofi discepoli; la sua scuola aveva preso il posto delle antiche accademie.»

⁵⁶ Chiesa sorta riadattando due ambienti del tempio della Pace, donato al papa Felice IV dagli Ostrogoti nel 526. Mi sono soffermato su questa chiesa in ragione dell'assoluta coincidenza temporale (anche se non geografica) con il periodo oggetto di questo studio.

⁵⁷ Il rotolo nella mano sinistra, presente in molte immagini, può avere significati diversi; emblematico, in riferimento alla vita di Cristo, *Sal.* 40.8-9: «Ecco, vengo! Nel rotolo del libro per me c'è scritto che io faccio la tua volontà». A Roma il rotolo nella mano sinistra è anche nella chiesa di Santa Costanza.

⁵⁸ E. THUNØ, *The Apse Mosaic in Early Medieval Rome*, Cambridge 2015, 101.

⁵⁹ F. GALLO, *Valore perdurante dei criteri del 'bonum et aequum'*, in L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto cit.*, 249-272, 267 nt. 67.

rivendicazione [*ai giuristi della cultura della vera filosofia, non di quella simulata*] è tramandata, com'è noto, nel § 1 del frammento con cui si apre il Digesto (e, in questo, il titolo primo *De iustitia et iure*). Ai tanti e dibattutissimi problemi suscitati dal paragrafo, aggiungo una questione viceversa trascurata dalla dottrina. In esso Ulpiano asserisce che i giuristi possono meritamente dirsi sacerdoti del diritto, adducendo come giustificazione i compiti da essi svolti (fra i quali la separazione dell'equo dall'iniquo). È risaputo, da un lato, che tali compiti sono stati sottratti ai giuristi da Giustiniano, secondo il quale essi (i professori di diritto) devono unicamente trasmettere agli allievi il contenuto normativo e dottrinale delle nuove compilazioni, astenendosi da ogni apporto personale. È certo, dall'altro lato, che la conservazione di tali compiti ai giuristi nel Digesto (addirittura nell'*incipit* di esso) costituiva una grave violazione delle prescrizioni impartite dall'imperatore per la sua confezione. Non ritengo inoltre credibile che nessuno dei compilatori del Digesto abbia avuto contezza della violazione compiuta. La chiarificazione di tutto ciò potrà aver luogo con lo svolgimento delle ricerche rese necessarie dal recupero dell'evento storico, in precedenza rimosso, della *legum permutatio* compiuta da Giustiniano.» Quindi sarebbe essenziale partire dal VI sec. CE, non dal II/III.

Un'altra fonte di perplessità rispetto a questa 'centralità' dei giuristi come fondamentale ed autonoma (rispetto all'imperatore) viene dal fatto che il frammento iniziale del Digesto sia tratto da Ulpiano: il mero dato statistico dell'importanza di Ulpiano come fonte della compilazione giustinianea potrebbe giustificare la circostanza, ma a questo proposito mi sembra importante una osservazione di Honoré.⁶⁰ Giustiniano, proprio per questa rilevanza di Ulpiano, avrebbe potuto – come per il *Gaius noster* – chiamarlo *Ulpianus noster*, ma non lo avrebbe fatto a causa della macchia che un'importante tradizione cristiana poneva a carico di Ulpiano. Non sarebbe stato cioè, per Honoré, «politically correct» un simile riconoscimento per un giurista al quale quella tradizione attribuiva la compilazione di una lista di costituzioni avverse al Cristianesimo ad uso dei governatori provinciali.

Lact., *div. inst.* 5.11.19: *Domitius de officio proconsulis libro septimo rescripta principum nefaria collegit, ut doceret quibus poenis adfici oporteret eos qui se cultores dei confiterentur.*⁶¹

Ma evidentemente questa eventuale 'macchia' non sarebbe stata comunque rilevante nel contesto dell'inizio del Digesto, perché la figura storica del giurista doveva sfumare a semplice notizia nell'*inscriptio*: quella figura era irrilevante, forse un altro indizio che lo sguardo dell'imperatore e dei lettori non guarda ad una effettiva funzione 'creatrice del diritto' dei giuristi classici.

Un'altra domanda sorge a proposito del generico '*quis*' che inizia D. 1.1.1.1, subito dopo la menzione di Celso (... *nam et eleganter Celsus definit, ius est ars boni et aequi*. 1. *Cuius merito quis nos sacerdotes appellet: iustitiam namque colimus* ...) nella quale il *namque* ha funzione esplicativa ('infatti') rispetto a quanto lo precede. Le traduzioni correnti conside-

⁶⁰ T. HONORÉ, *Justinian's Digest. Character and Compilation*, Oxford 2010, 6; come noto, per H. Ulpiano è l'autore guida per la compilazione del Digesto.

⁶¹ Le *Istituzioni* di Lattanzio sono dedicate a Costantino (dedica apposta forse successivamente alla stesura dell'opera, nel 324). Vd. G. LETTIERI, *Lattanzio ideologo della svolta costantiniana*, in Enc. Costantiniana, 2013, <http://www.treccani.it/enciclopedia/lattanzio-ideologo-della-svolta-costantiniana/Enciclopedia-Costantiniana>. Su Lact., *div. inst.* 5.11.19 e Ulpiano vd., da ult., F. TUCCILLO, *Editto e ius novum sulle tracce del quod quisque iuris*, Napoli 2018, 96 nt. 40; l'A. si limita a ricordare che «Lattanzio [...] racconta di un certo Domitius che raccolse ...», soffermandosi invece sul rapporto tra Ulpiano e il cristianesimo, pervenendo alla conclusione che non è possibile «formulare un giudizio sulle propensioni religiose di Ulpiano» (p. 99) e tutt'al più potendosi cogliere i segni di una politica imperiale del tempo non ostile ai cristiani.

rano *quis* un pronome indefinito e volgono *appellet* all'indicativo, di fatto appiattendo lo svolgersi del discorso: in realtà il congiuntivo *appellet* (un congiuntivo potenziale?) e l'intera frase nella quale appare sono una possibile conseguenza dell'affermazione celsina: possibilità che si colora di realtà grazie all'avverbio *merito*, che qualifica in senso fortemente positivo ed al contempo effettivo quella possibilità. Il celsino '*eleganter*' attribuisce peso e qualità alla definizione dello *ius*, assistita dall'indicativo *est*; l'anonimo '*merito*' simmetricamente conferisce solidità ad una qualifica di '*iuris* *sacerdotes*' attribuita con un congiuntivo a *nos*. Se questa era (più o meno) la formulazione originaria del frammento, necessariamente *nos* vi individuava i giuristi ed al contempo il *quis* che 'regge' *appellet* non può riferirsi a persona (o giurista) determinata e qualificata dall'uso da questa praticato, cosa che avrebbe imposto l'indicativo (ed assai probabilmente, almeno nella stesura originale, l'indicazione del nome a contraltare del nome di Celso). In questo modo il pensiero di Ulpiano si sarebbe svolto prima adottando la premessa celsina, da questa facendone discendere una esaltazione di ceto, poi giustificando questa esaltazione. In conclusione Ulpiano, autonomamente, avrebbe esplicitato qualcosa che era 'nell'aria' del tempo oppure avrebbe *ex novo* qualificato i giuristi come *sacerdotes*. È quest'ultima la ricostruzione di Falcone,⁶² che spiega *quis* con un artificio retorico dello stesso Ulpiano: questi non «prende atto di un appellativo corrente, non dice "qualcuno ci chiama '*sacerdotes*'", ma è lui stesso ad escogitare appositamente questa raffigurazione e ad incoraggiarne l'uso: "ben a ragione qualcuno ci chiami pure '*sacerdotes*'"». L'ipotesi è ben costruita, il congiuntivo *appellet* la giustifica; forse questa volontà da parte di Ulpiano di addirittura promuovere l'uso di *sacerdotes* in relazione ai giuristi potrebbe essere non così consapevole.

Come che sia, sta di fatto che *nos* qui sottintende 'giuristi' e ciò contribuirebbe ad aumentare il disagio evidenziato da Gallo. Ma una soluzione potrebbe essere trovata proprio guardando al testo con gli occhi di un lettore del VI sec. CE; infatti già a partire da Cuiacio nel suo commento a D. 1.1.1.1⁶³ la parola *sacerdotes* è stata collegata anche alla figura di Giustiniano: «*Ergo Jurisconsulti merentur laudem et appellationem sacerdotum [...] quae appellatio etiam tribuitur principibus in oratione ante Institutiones, ubi Justin. se juris religiosissimum dicit*».⁶⁴ Ed infatti lo stesso Falcone si avvicina a questa considerazione quando scrive: «Ebbene, posto che, indubbiamente, la qualifica '*iuris religiosissimus*' discende direttamente dall'operato subito prima descritto come '*iniquitates expellere*', come non scorgere in questa qualifica un preciso collegamento con quella '*iuris sacerdotes*', che nel frammento d'apertura del Digesto, poc'anzi richiamato, è motivata con le attività di '*iustitiam colere*', '*boni et aequi notitiam profiteri*', '*aequum ab iniquo separare*'? In sostanza, si direbbe che Giustiniano, artefice di un Digesto inteso quale un *templum iustitiae*, abbia ascripto a se stesso la funzione sacerdotale di cultore e garante della coppia *ius/iustitia* scolpita nel brano-intestazione di quel *templum* stesso (D. 1.1.1.1, il cui contenuto, però, era originariamente riferito ai giuristi)».⁶⁵

Ed esistono anche due fonti che coniugano *sacerdos* e *iustitia*. La prima, un'iscrizione funeraria di provenienza romana di un pagano altrimenti sconosciuto,⁶⁶ la seconda fonte,

⁶² G. FALCONE, *La vera philosophia* cit., 51.

⁶³ *Recitationes solemnes ad titulum I. Lib. I. Digestorum De Iustitia et jure, Opera omnia* VII, Prati 1839, cc. 11-12. Successivamente, nella stessa linea, ad es., E. SCHRADER, *Corpus Juris Civilis* I, Berolini 1832, 9.

⁶⁴ Nel famoso *incipit* della *Imperatoriam*.

⁶⁵ G. FALCONE, *Giustiniano, i giuristi classici e i professori di diritto*, in P. DI LUCIA, F. MERCOGLIANO (a cura di), *Lezioni Emilio Betti. Camerino 2001-2005*, Napoli 2006, 71-100, 77 s.

⁶⁶ CIL, VI, 2250=ILMN-01,00059=EDCS-1820001.

molto importante per la sua ufficialità, è la famosa *Relatio* III, *De ara Victoriae*, del 384 CE, indirizzata dal prefetto di Roma Simmaco agli imperatori Valentiniano, Teodosio, Arcadio, ove ricorre '*iustitiae sacerdotes*' riferito agli imperatori: è interessante notare che il loro intervento non viene sollecitato perché c'è una violazione dello *ius* (in quanto il comportamento di cui ci si lamenta è in realtà del tutto legittimo), ma perché vi è una discriminazione (legale) nella successione di vergini e ministri del culto rispetto ad altri che non incorrono negli stessi limiti, è cioè una questione di *iustitia*.⁶⁷

Per concludere sul punto, non sembra una forzatura del testo affermare che, nella mente dei compilatori e soprattutto dei fruitori del Digesto, tra i *sacerdotes* vi siano in primo luogo coloro che sono stati preposti alla compilazione e soprattutto colui che l'ha voluta, ne ha scelto gli esecutori e ne ha dato loro i parametri vincolanti, cioè che per *nos sacerdotes* si debba guardare innanzi tutto a Giustiniano.

8.2. '*Vera/simulata philosophia*'.

A questo punto del discorso dovrebbe essere attendibile l'ipotesi che, agli occhi dei compilatori e dei contemporanei, la *simulata philosophia* è quel sapere e quelle pratiche di vita riconducibili alla filosofia (in particolare neoplatonica) ed al mondo pagani, mentre la *vera philosophia* è il sapere giuridico e i comportamenti ad esso conseguenti in quanto ispirati dalla fede cristiana. A partire dalla fine dell'età classica, muovendosi del resto nel solco della filosofia pagana, nasce una *philosophia christiana*, per la quale rinvio direttamente alle pagine di Pierre Hadot,⁶⁸ ponendo l'accento sulla valenza di questo sintagma come modello di vita (e di regole).

8.3. *Iuris praecepta sunt haec*. D. 1.1.10 pr.-1/I. 1.1 pr. e 3.

A proposito di regole fondamentali, ben dopo l'*incipit* che ci ha occupati finora il Digesto riporta un frammento tratto da un'altra opera di Ulpiano:

D. 1.1.10 pr.-1 (Ulp. 1 reg.) [pr.] *Iustitia est constans et perpetua voluntas ius suum cuique tribuendi*. [1] *Iuris praecepta sunt haec: honeste vivere, alterum non laedere, suum cuique tribuere*.

Il frammento è riprodotto agli inizi delle *Institutiones*, spezzato in due parti, con un intervento non del tutto perspicuo, ma in questa sede interessa – per quanto si vedrà tra

⁶⁷ Symm., ep. 10.3.13-14: [13] *Agros etiam virginibus et ministris deficientium voluntate legatos fiscus tentat. Oro vos, iustitiae sacerdotes, ut urbis vestrae sacris reddatur privata successio. Dictent testamenta securi et sciant sub principibus non avaris stabile esse, quod scripserint. Delectet vos ista felicitas generis humani. Coepit causae huius exemplum sollicitare morientes. Ergo Romanae religiones ad Romana iura non pertinent? Quod nomen accipiet ablatio facultatum, quas nulla lex, nullus casus fecit caducas?* [14] *Capiunt legata liberti, servis testamentorum iusta commoda non negantur, tantum nobiles virgines et fatalium sacrorum ministri excludentur praediis hereditate quaesitis? rell.*

⁶⁸ P. HADOT, *Che cos'è cit.*, 217 ss. Basta pensare agli scritti di Agostino, che sul finire della vita scrive parole celebri (Aug. *Contra Iulianum* 4.14.72): *Obsecro te, non sit honestior philosophia gentium quam nostra Christiana, quae una est vera philosophia, quandoquidem studium vel amor sapientiae significatur hoc nomine. Vide enim quid in Hortensii dialogo dicat Cicero*. Il vero filosofo è colui che ama Dio: il filosofo è colui che ama la sapienza (Agostino ha appreso questa nozione da giovane, *Conf.* 3.4.7-8, dall'*Ortensio*) e la sapienza è identificata con Dio. Non solo *vera*, ma addirittura *verissima philosophia* quella cristiana già in Aug. *Contra Academicos* 3.19.42 (per tutti vd. gli scritti di G. D'Onofrio).

breve – solo il contenuto delle tre regole e come esse potessero essere state interpretate e/o fatte proprie dal pensiero cristiano.

Se si guarda alla Patristica, vi sono molte testimonianze che mostrano come una riflessione quale quella prodotta in D. 1.1.1.1 sia ben presente nella cultura cristiana, ma con una ‘curvatura’ originale rispetto al pensiero ulpiano ed al pensiero filosofico che lo sottende.

La testimonianza più recente (*post* 412) è

Aug., *De civitate Dei* 19. 21.1: *Iustitia porro ea virtus est quae sua cuique distribuit.*

Il contesto di questo luogo di Agostino è quello di un serrato confronto con Cicerone ed è evidente la derivazione⁶⁹ di questa definizione di *iustitia* da quella ciceroniana.⁷⁰ Ma in realtà questa definizione di *iustitia* potrebbe essere entrata nel pensiero cristiano direttamente dalla filosofia stoica, anche senza il tramite di Cicerone, come si vede in Clemente Alessandrino.⁷¹

Più interessante per il nostro contesto è un'altra testimonianza, di poco precedente a quella di Agostino; è un passo dal *De officiis ministrorum* di Ambrogio, datato intorno al 388-9:

Ambros., *de off.* 1.24.115: *Quarum [virtutum] primo loco constituerunt prudentiam [...]; secundo iustitiam quae suum cuique tribuit, alienum non vindicat, utilitatem propriam negligit ut communem aequitatem custodiat.*⁷²

Il passo è veramente interessante,⁷³ un confronto con il *De officiis* ciceroniano mostrerebbe tutta la complessità dell'operazione di adeguamento intrapresa da Ambrogio, ma il punto per noi rilevante è la struttura ternaria dell'illustrazione della nozione di *iustitia* tramite la descrizione di tre modi di agire giuridicamente e socialmente: una struttura ternaria che appare sostanzialmente identica a quella di Ulpiano nell'esposizione dei tre *iusuris praecepta*. In Ulpiano il percorso concettuale ed espositivo certamente era più complesso ed articolato: alla definizione della *iustitia* come *constans et perpetua* ... seguivano i tre *iusuris praecepta*. Nell'adozione da parte di Ambrogio dello schema ulpiano e nella necessaria ricomposizione della terna sotto l'egida della *iustitia* (e non dello *ius*, perché ciò che Ambrogio vuole definire è la *iustitia*), il fatto che in Ulpiano la nozione di *iustitia* si sostanziava autonomamente e inizialmente nello '*ius suum cuique tribuendi*' ha provocato in Ambrogio lo slittamento del '*suum cuique tribuere*' (del resto identico come definizione della *iustitia*

⁶⁹ La si ritroverà ancora, sempre per il tramite di Cicerone, in Isyd., *Etym.* 2.24.6; 18.15.2.

⁷⁰ Ad es. Cic., *nat. Deorum* 3.15.38: ... *iustitia, quae suum cuique distribuit* ...

⁷¹ Clement., *Strom.* 6.17.159.3-4.

⁷² Ambrosius, *De officiis*, ed. Belles Lettres, M. TESTARD, Paris 1984, 150. Il *De officiis* di Ambrogio è consapevolmente scritto in contrapposizione al *De officiis* di Cicerone, cosicché il confronto può rivelarsi prezioso; proprio in queste pagine Ambrogio sintetizza ed al contempo si allontana da Cicerone (M. TESTARD, *De officiis* cit., 248 *sub* 16 e 17; v. anche ID., *Recherches sur quelque méthodes de travail de saint Ambroise dans les De officiis*, in *Recherches Augustiniennes* 24, 1989, 65-122). Sull'originalità di Ambrogio rispetto ai modelli ciceroniani G. MAZZOLI, *Ambrogio de beneficiis: da Cicerone a Seneca*, in L. CRISTANTE, T. MAZZOLI (a cura di), *Il calamo della memoria VI. Riuso di testi e mestiere letterario nella tarda antichità*, Trieste 2015, 101-117.

⁷³ La complessità del pensiero di Ambrogio non è del tutto colta da C.A. MASCHI, *Un problema generale del diritto in Sant'Ambrogio e nelle fonti romano-barbariche*, in *Pubbl. Univ. Catt.*, Sez. V, 18, 1940, 2 (ove pure si pongono in serie Cic., *inv.* 2.53.160; D. 1.1.10 pr.; Tommaso II, II, q. 58, di cui si dirà tra breve).

alla formulazione di Agostino che si è vista in precedenza) dall'ultima alla prima posizione. Ciò per quanto riguarda *'suum cuique tribuit'* in Ambrogio e la posizione che tale sintagma occupa nella sua esposizione.

Anche i due successivi (in Ambrogio) modi di essere della *iustitia* possono essere ricondotti al pensiero ciceroniano, ma in questi due casi tale riferimento opera più nettamente nello spirito del cristianesimo e soprattutto del suo concreto modo di porsi nella società: al posto di *honeste vivere* vi è la centralità della *'communis aequitas'*⁷⁴, infine, in luogo dell'*'alterum non laedere'* si trova *'alienum non vindicat'*. Particolarmente interessante appare quest'ultimo punto perché il principio dell'*'alterum non laedere'* – del quale assai di frequente si afferma l'inconsistenza giuridica – viene invece rappresentato nella sua piena giuridicità ma anche effettività: «Ecco una interpretazione concreta, connessa a una fattispecie precisa, dell'*'alterum non laedere'*».⁷⁵

In Ambrogio vi è già una maggiore tensione verso comportamenti concreti e soggettivi, aprendo così la strada verso la *iustitia* come *'actus iustitiae'* in Tommaso d'Aquino:⁷⁶ *Propterea actus iustitiae nihil est aliud quam reddere unicuique quod suum est*.

In conclusione, i *tria praecepta* ulpiane bene potevano inserirsi nella *philosophia* pervasa di cristianesimo del VI sec. CE.

⁷⁴ Sulla categoria ulpiana e ciceroniana dell'*honestum* vd. spec. G. FALCONE, *La 'vera philosophia'* cit., *passim*. Questo tema cristiano della subordinazione della *propria utilitas* al bene comune richiederebbe un discorso molto complesso, che qui non è possibile fare, anche perché la terminologia usata da Ambrogio appare già variamente in testimonianze classiche, come Cic., *inv.* 2.53.160 (*'communi utilitate'*) e *rep.* 3.7.10 (*'aequitatem in omnibus'*); sulla definizione di *iustitia* in Ambrogio espressa in termini altruistici in diversi contesti e sulla sua lontananza dal modello ciceroniano, v. L.J. SWIFT, *Iustitia and ius privatum: Ambrose on Private Property*, in *AJPh* 100, 1979, 176-187, spec. 179 ss. Ma è un tema che arriva fino ai nostri giorni, con sfumature di attualità; vd., ad es., l'Enc. *Gaudium et spes: Partes autem politicae ea promovere debent, quae earum iudicio ad bonum commune requiruntur; numquam vero propriam utilitatem communi bono praeponere licet*.

A proposito di *'utilitatem propriam negligi'* B. BIONDI, *Il diritto romano cristiano* II, Milano 1952, 100, scrive: «Il principio della *utilitas*, in cui l'antica saggezza faceva consistere l'essenza della giustizia, è rovesciato per dar luogo al precetto della carità. La giustizia è ormai carità ...».

⁷⁵ Così Cesarini-Sforza, nella *v. Alterum non laedere* di F. CALASSO, W. CESARINI-SFORZA, S. PUGLIATTI, in *Enc. dir.* 1, Milano 1958, 96-98, 97. Per un esempio italiano recente di utilizzazione 'concreta' del *praeceptum* vd. *Mass.* 2 Cass. 4 marzo 2003, n. 3185: «La buona fede nell'esecuzione del contratto si sostanzia tra l'altro in un generale obbligo di solidarietà – che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere tanto da specifici obblighi contrattuali, quanto dal dovere extracontrattuale del *'neminem laedere'*», trovando tale impegno solidaristico il suo limite precipuo unicamente nell'interesse proprio del soggetto, tenuto, pertanto, al compimento di tutti gli atti giuridici, e/o materiali che si rendano necessari alla salvaguardia dell'interesse della controparte nella misura in cui essi non comportino un apprezzabile sacrificio a suo carico». Ma vd. già Cass. 9 marzo 1991, n. 2503, in *Foro it.* 1991, 1, c. 2077.

⁷⁶ *Summa Theologiae*, II, II, q. 58, a. 11 co. (ed. elettronica del *Corpus Thomisticum*, basata sulla *Ed. Leonina* e sulla versione elettronica di Padre Busa). Sul percorso accennato nel testo vd. già L. PEPPE, *Jedem das Seine, (uni)cuique suum, 'a ciascuno il suo'*, in M.P. BACCARI, C. CASCIONE (a cura di), *Tradizione romanistica e Costituzione* cit., 2, 1707-1748, 1727 ss.

MARIANGELA RAVIZZA
(Università di Firenze)

Il *senatusconsultum ultimum*:
un provvedimento senatorio
tra opportunità politica
e legittimità costituzionale

ABSTRACT

The *senatusconsultum ultimum* was a summary measure taken by the senate with the total exclusion of the *comitia*, suspending any constitutional guarantee for the citizens. This essay raises the question whether this institute conflicted with the republican constitution or it was legitimate and justified by social needs. The analysis of the most important cases where it was applied, since the late republic, tries to give an answer, with the awareness, however, that from the point of view of the *populares* or the *optimates* it can never be univocal.

PAROLE CHIAVE

Senatusconsultum ultimum; evocatio; bacchanali; tumultus; iustitium.

IL *SENATUSCONSULTUM ULTIMUM*: UN PROVVEDIMENTO SENATORIO TRA OPPORTUNITÀ POLITICA E LEGITTIMITÀ COSTITUZIONALE

1. La profonda crisi della costituzione repubblicana che, come sappiamo, divenne evidente negli ultimi due secoli della repubblica, è testimoniata in modo chiaro da alcuni provvedimenti di cui il senato fu protagonista, provvedimenti solo formalmente conformi alle sue tradizionali competenze.

Trovandosi a fronteggiare diverse situazioni di crisi, il senato, infatti, si spinse a incaricare i magistrati ad assumere responsabilità decisionali, o provvedimenti sommari, con la totale esclusione dei comizi e la sospensione di ogni garanzia costituzionale per i cittadini. Possiamo ricordare, nel 186 a.C., il deferimento ai consoli della *quaestio de Bacchanalibus*, con la quale questi avrebbero dovuto porre in salvo la *res publica* da una *coniuratio* clandestina¹ e, dagli anni '20 del secondo secolo a.C. in poi, l'emanazione di *senatusconsulta ultima*, volti a esortare, generalmente ancora i consoli, a 'difendere la *res publica*', e cioè a far uso dei loro poteri in presenza di situazioni di grave pericolo, al fine di preservare la *salus rei publicae*. Presupposti di tutti questi *consulta* erano l'esistenza di una situazione di emergenza e di un impellente rischio per la *res publica*.

Le fonti, in realtà, ci riferiscono di un ricorso ancora più risalente a misure di tal genere. In particolare, Livio definisce *senatusconsultum ultimum* un provvedimento posto in essere dal senato, motivato dal timore per la recente sconfitta di Roma per mano degli Equi: il consesso decretò, in questo caso, che uno dei due consoli *videret ne quid res publica detrimenti caperet*.² L'episodio risalirebbe al 464 a.C.,³ ma è quasi sicuramente leggendario, e vale, eventualmente, a dimostrare la volontà dello storico di retrodatare, e forse legittimare costituzionalmente, la scelta effettuata in seguito e in più occasioni da parte del senato di affidare, con provvedimenti d'urgenza, pieni poteri ai magistrati qualora nemici esterni avessero messo in pericolo la sicurezza di Roma, una scelta che appariva perfettamente in linea con le competenze del senato e con l'*imperium militiae* dei consoli.

La questione si pose diversamente nei confronti di *senatusconsulta*, emanati in seguito dai *patres*, per risolvere situazioni di tensione causate non più da nemici esterni ma da concittadini, privati e magistrati: conferendo a queste delibere potere esecutivo immediato, si

¹ Liv. 39.8.3: *consulibus ambobus quaestio de clandestinis coniurationibus decreta est*.

² Liv. 3.4.9.

³ In proposito v. F. CALDINI, *Livio e il senatus consultum ultimum del 464 a.C.*, in *Prometheus* 28, 2002, 71-86.

precludeva ai *cives* la possibilità di esercitare la *provocatio ad populum* e al tribuno il *ius intercessionis*.

È evidente che tali provvedimenti, fortemente avversati dal movimento democratico in quanto consentivano ai magistrati di esercitare i loro pieni poteri nell'ambito dell'*imperium domi* e di sospendere le garanzie costituzionali, dovevano porre forti dubbi di costituzionalità.⁴ Mancando una legge che avesse espressamente istituito il *senatusconsultum ultimum*, molti studiosi ne hanno affermato l'inesistenza come strumento giuridico.⁵ Altri,⁶ pur sostenendo il carattere di «struttura aperta» della costituzione romana, hanno negato che il provvedimento senatorio ne avesse fatto parte; altri ancora,⁷ richiamando l'attenzione sull'evoluzione della storia, hanno sostenuto l'inopportunità di restare ancorati ad un concetto troppo formalistico della costituzione. Seppur infatti l'ordinamento repubblicano avesse un sistema di garanzie ben definito, l'uso reiterato del senatoconsulto aveva fatto

⁴ Sul problema della costituzionalità o meno del senatoconsulto ultimo v. soprattutto P. WILLEMS, *Les mesures de salut public décrétées par le sénat pendant la République romaine*, in *Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence en France et à l'étranger*, 3, Paris 1879, 77-94; C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei Romani. Il Senatusconsultum ultimum* Roma 1900 (rist. Napoli 1980), 81 ss.; G. PLAUMANN, *Das sogenannte Senatus consultum ultimum, Die Quasidiktatur der späteren römischen Republik*, in *Klio* 13, 1913, 321 ss.; E. ANTONINI, *Il «Senatus Consultum Ultimum»: note differenziali e punti di contatto col moderno stato d'assedio*, in *Ann. Ist. St. Dir. Rom.* Catania 1914-1915, 204 ss.; B. RÖDL, *Das «senatus consultum ultimum» und der Tod der Gracchen*, Bonn 1968; E. BETTI, *La rivoluzione dei tribuni in Roma dal 133 all'88*, in *Labeo* 9, 1963, 57 ss. e 69 ss.; S. MENDNER, «Videant consules» in *Philologus* 110, 1966, 258 ss.; P. WILLEMS, *Le Sénat de la République romaine: sa composition et ses attributions*, II, Louvain 1883, (rist. 1968), 247 ss.; E. ADAMO SILLA, s.v. 'Senatus Consultum Ultimum' in *NNDI* 16, Torino 1969, 1079; J.B. UNGERN-STERBERG, *Untersuchungen zum spätrepublikanischen Notstandsrecht, «Senatusconsultum ultimum» und «hostis»-Erklärung*, München 1970, *passim*; G. CRIFO, *In tema di 'senatus consultum ultimum' (a proposito del volume di J.B. Ungern-Stenberg)*, in *SDHI* 36, 1970, 424; S.A. FUSCO, *Rec. a J.B. UNGERN-STERBERG, Untersuchungen cit.*, in *Iura* 21, 1970, 300 ss.; U. VINCENTI, *Brevi note in tema di «senatus consultum ultimum» in Sodalitas. Scritti in onore di A. Guarino*, 4, 1970, 1941-1954; A. GUARINO, «Senatus consultum ultimum» in *Sein und Werden im Recht, Festgabe für Ulrich von Lübtow*, Berlin 1970, 292 ss.; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*², III, Napoli 1973, 320; A. ORMANNI, s.v. 'Necessità' (stato di) (dir. rom.), in *Enc. dir.* 27, Milano 1977, 842 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *Il senato romano nella repressione penale*, Torino 1977, 80 ss.; TH.N. MITCHELL, *Cicero and the Senatusconsultum ultimum*, in *Historia* 20, 1980, 47-61; L. LABRUNA, *Il console 'sovversivo'. Marco Emilio Lepido e la sua rivolta*, Napoli 1983, 60 ss.; A. DUPLA' ANSUATEGUI, *Videant consules. Las medidas de exception en la crisis de la República Romana*, Zaragoza 1990, 169 ss.; F. CASSOLA, L. LABRUNA, *Linee di una storia delle istituzioni repubblicane*³, Napoli 1991, 291 ss.; R. FIORI, *Homo sacer. Dinamica politico-costituzionale di una sanzione giuridico-religiosa*, Napoli 1996, 441; L. LABRUNA, *Nemici non più cittadini e altri testi di storia costituzionale romana*, Napoli 1995, 12 ss.; C. MASI DORIA, 'Salus populi suprema lex esto'. *Modelli costituzionali e prassi del 'Notstandsrecht' nella 'res publica' romana*, in *Scritti in onore di M. Scudiero*, Napoli 2008, 1254 ss.; A. GIOVANNINI, *Le senatus consultum ultimum. Les mensonges de Cicéron*, in *Athenaeum* 100, 2012, 181 ss.; R. SCEVOLA, *Intorno alla controversa natura del senatusconsultum ultimum e alle sue eventuali connessioni con l'originaria accezione del termine-concetto 'colpo di Stato'*, in «*Cahiers Adriana Petracchi. Quaderni di studi storici*», III, 2012-2013, 141 ss.; F. GIUMETTI, *Il cd. «Senatus consultum ultimum»: questioni di costituzionalità tra diritto romano e storiografia moderna*, in *Riv. dir. rom.* 16-17, 2016-17, 1-24; C. MASI DORIA, «Periculum rei publicae», in *Index* 45, 2017, 16 ss.

⁵ E. ANTONINI, *Il «Senatus Consultum Ultimum» cit.*, 239 ss.; S. MENDNER, «Videant consules» cit., 258 ss.

⁶ A. GUARINO, *Senatus consultum ultimum cit.*, 282 nt. 3; S.A. FUSCO, *Rec. a J.B. UNGERN-STERBERG VON PÜRKEL, Untersuchungen cit.*, 308.

⁷ U. VINCENTI, *Brevi note cit.*, 1951; A. ORMANNI, *Necessità (stato di) cit.*, 845.

assurgere quest'ultimo a istituto costituzionale. Sin dal tempo della repressione dei Bacchani, infatti, il senato, espressione degli interessi degli *optimates*, aveva decretato misure durissime che non avevano mai tenuto conto delle garanzie stabilite dalla *lex Valeria de provocatione*.⁸ Il valore normativo del senatoconsulto ultimo andava dunque rintracciato «nella conformità del provvedimento politico alle esigenze sociali, tale da ingenerare la convinzione che il principio stabilito sia norma di diritto».⁹

Partendo da tali presupposti, è utile, a mio avviso, riprendere in esame i caratteri del *senatusconsultum ultimum* per cercare di valutare, con l'aiuto delle fonti a nostra disposizione e con riferimento ai casi più noti, se l'applicazione di questo temuto provvedimento fosse in conflitto con la costituzione repubblicana o se, al contrario, fosse legittimo e giustificabile, se non rispetto all'astratta impostazione dei poteri repubblicani, almeno rispetto all'evoluzione dei tempi e degli equilibri istituzionali.

1.1. Il primo caso di senatoconsulto ultimo ritenuto unanimemente autentico fu quello emesso nel 121 a.C. nei confronti del tribuno Caio Gracco,¹⁰ ma per comprendere le problematiche che esso pone è necessario soffermarsi sulle vicende, precedenti di circa un decennio, che coinvolsero suo fratello Tiberio.

La nota proposta di riforma agraria avanzata dal tribuno, pur essendo un progetto democratico e come tale pienamente apprezzabile,¹¹ indusse Tiberio a scelte politicamente rischiose, come la deposizione del collega Ottavio¹² e l'impiego del tesoro di Attalo

⁸ A. ORMANNI, *Necessità (stato di)* cit., 839 ss.

⁹ S.A. FUSCO, Rec. a J.B. UNGERN-STERNBERG, *Untersuchungen* cit., 309.

¹⁰ In realtà, Liv. 6.19.3 sembrerebbe far risalire il primo caso di senatoconsulto ultimo, emanato contro un nemico interno, al 384 a.C. in occasione della sedizione plebea capitanata da Marco Manlio Capitolino. L'espressione '*ut videant magistratus ne quid ex perniciosis consiliis M. Manli res publica detrimenti capiat*' è verosimilmente solo un'anticipazione di un provvedimento successivo emanato contro Caio Gracco. L'inattendibilità della notizia liviana è messa in rilievo da R. SCEVOLA, *L'adfectatio regni* di M. Capitolino: 'eliminazione sine iudicio' o persecuzione criminale? in L. GAROFALO (a cura di), *Sacertà e repressione criminale in Roma arcaica*, Napoli, 2013, 290 ss. e nt. 24. Diversamente U. VINCENTI, *Brevi note* cit., 1954 nt. 40, che non esclude l'emanazione di tale provvedimento nel 384 a.C., poiché esso presenterebbe presupposti e contenuto analoghi a quelli dei senatoconsulti ultimi emanati alla fine della repubblica.

¹¹ Publio Mucio Scevola offrì infatti a Tiberio la sua piena collaborazione. Plutarco (*Ti.G.* 9.1) ci informa infatti che Tiberio si valse dei consigli di Publio Mucio Scevola, console in carica, di Crasso Muciano, pontefice massimo, e del suocero Appio Claudio. In proposito v. E. GABBA, *Il tentativo dei Gracchi*, in AA.VV., *Storia di Roma*, II, Torino 1990, 671 s. Sulla politica dei tre uomini v. le riflessioni di P. FRACCARO, *Studi sull'età dei Gracchi. La tradizione storica sulla rivoluzione graccana*, Studia Historica 41, Roma, 1967, 79 ss. Su Tiberio Gracco e i suoi rapporti con P. Mucio si veda O. BEHERENDS, *Tiberius Gracchus und die Juristen seiner Zeit – die römische Jurisprudenz gegenüber der Staatskrise des Jahres 133 v. Chr.*, in K. LUIG, D. LIEBS, *Das Profil des Juristen in der europäischen Tradition. Symposium aus Anlaß des 70. Geburtstages von Franz Wieacker*, Ebelsbach, 1980, 25 ss. [= *Zur römischen Verfassung. Ausgewählte Schriften*, Göttingen 2014, 17 ss.].

¹² Plut., *Ti.G.* 11.4; 12.1. Da un punto di vista logico-astratto – sottolinea E. BETTI, *La rivoluzione dei tribuni* cit., 65 – l'abrogazione di Ottavio non poneva problemi di costituzionalità: alla plebe, formalmente sovrana, era consentita la deposizione del proprio tribuno, né la costituzione richiedeva a questo fine la deliberazione preliminare del senato. Lo studioso tiene però a precisare che, in questo modo, si veniva ad attuare un "abuso della logica" perché non poteva non essere considerata una violenza politica la votazione di una legge da parte del popolo contro l'espressa volontà del senato. In proposito, v. anche E.

III.¹³ Tali atti, nell'affermare implicitamente l'assoluta sovranità popolare, sferravano un deciso attacco alle prerogative senatorie ponendosi indubbiamente contro la prassi politica romana.¹⁴

Le minacce degli avversari di perseguirlo giudizialmente appena fosse scaduto l'anno del suo tribunato,¹⁵ spinsero Tiberio a ricandidarsi anche per l'anno successivo,¹⁶ pur sapendo che, se non la legge, certamente la prassi vietava l'iterazione della magistratura prima di un intervallo di dieci anni.¹⁷

GABBA, *Il tentativo dei Gracchi* cit., 676. Contro l'incostituzionalità del provvedimento, sostenuta da gran parte della dottrina, si è pronunciato A. GUARINO, *L'abrogazione di Ottavio*, in Atti Acc. Napoli 81, 1970, 242 ss. [= *Pagine di diritto romano*, III, Napoli 1994, 303 ss.], sostenendo che una deliberazione popolare sarebbe stata sufficiente a cancellare quanto disposto da una precedente pronuncia assembleare qualora si fosse verificato un problema di incompatibilità tra il magistrato e il popolo. Partendo tuttavia dal presupposto che la costituzione romana, provvista di pochi principi generali, era sostanzialmente priva di una struttura normativa, era anche possibile sostenere – ad avviso dello studioso – sia che il magistrato, una volta eletto, avesse il diritto di compiere il suo tragitto sino alla fine del suo mandato, sia che a decidere fosse l'assemblea; cfr. anche A. GUARINO, *L'affare dei Gracchi*, in Index 1, 1970, 201 [= *Pagine di diritto romano*, cit., III, 331 ss.]. Sul tema dell'*abrogatio*, v. anche le puntuali riflessioni di F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² cit., II, 470 nt. 30 e di P. FRACCARO, *Studi sull'età dei Gracchi* cit., 93 ss.

¹³ E. BETTI, *La rivoluzione dei tribuni* cit., 66, parla in proposito di "manifesta usurpazione di competenza". Sui territori conquistati, infatti, il popolo non può decidere autonomamente, senza il parere del governo. Una disposizione internazionale, infatti, viene sottoposta alla ratifica del popolo solo dopo che sia stata approvata dal senato e dal magistrato: eventuali pareri contrari bloccano ogni ulteriore iniziativa.

¹⁴ Plutarco (*Ti. G.* 10.8) ci informa che, dopo le accese discussioni con il collega Ottavio, Tiberio pubblicò un editto col quale vietò a tutti i magistrati di prendere qualunque iniziativa almeno fino a quando non fosse stata messa ai voti la sua legge. Sulla questione relativa alla possibilità di identificare o meno l'editto di Tiberio con un vero e proprio *iustitium* v. Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³, I, Berlin 1887-88, 236 nt. 6; P. FRACCARO, *Studi sull'età dei Gracchi* cit., 100 e in particolare la nt. 3; R. THOMSEN, *Erliess Tiberius Gracchus ein Iustitium?*, in Class. et Mediev. 6, 1944, 60 ss.; J. CARCOPINO, *Autour des Gracques*², Paris 1967, 16 ss.; P.P. BONENFANT, *Le «iustitium» de Tibérius Sempronius Gracchus*, in *Homm. à M. Renard* 2, Bruxelles 1969, 113 ss.; P. PINNA PARPAGLIA, *Un celebre «diagramma» di Tiberio Gracco*, in *Labeo* 34, 1988, 336-349; A. GUARINO, *Minima de Gracchis*, in *Studi in onore di A. Biscardi*, I, Milano 1982, 59 ss [= *Pagine di diritto romano*, III, cit. 345 ss.]; L. PERELLI, *I Gracchi*, Roma 1993, 108; L. SCALIA, *Osservazioni su due 'iustitia' repubblicani (Cic., Planc. 33 e Plut. Tib. 10.4)*, in *Med. Ant.* 2/2, 1999, 673 ss.

¹⁵ Soprattutto per aver violato una carica sacra e inviolabile: App., *B.C.* 1.13.57. In realtà, non tutti gli studiosi ritengono che fosse stato il timore di subire violenze da parte dei nemici a spingere Tiberio a ricandidarsi come tribuno: lo esclude, ad esempio, L. PERELLI, *I Gracchi* cit., 124, sia per l'atteggiamento risoluto e combattivo dimostrato da Tiberio nel giorno della votazione, sia per la grande popolarità di cui godeva, sia infine per l'appoggio che avrebbe sicuramente ricevuto da Crasso Muciano, console in carica, appartenente al partito gracciano. Più verosimilmente, ad avviso dello studioso, fu semplicemente il fermo proposito del tribuno di continuare la sua lotta contro l'oligarchia, presentando eventuali nuove riforme, a indurlo a ricandidarsi. In tal senso R. FIORI, *Homo sacer* cit., 411 e, precedentemente G. NICCOLINI, *Il tribunato della plebe*, Milano 1934, 77.

¹⁶ Liv., *ep.* 58; Plut., *Ti. G.* 16.1; *de vir. ill.* 64.; Oros. 5.9.1; App., *B.C.* 1.14.58; Cic., *Cat.* 4.2.4. Nel 131 a.C. il tribuno G. Papirio Carbone propose una legge (*de tribunis plebis reficiendis*) per l'iterazione consecutiva del tribunato, ma fallì. Se la legge fosse stata approvata avrebbe scagionato Tiberio Gracco dalla grave accusa di aver violato la legge al fine di trasformare il tribunato in *regnum*. Scipione volle evitare tutto questo e pronunciò contro la legge un'orazione definita *gravissima* da Liv., *per.* 59: cfr. R.F. ROSSI, *Dai Gracchi a Silla*, (collana *Storia di Roma*, IV), Bologna 1980, 96. Un plebiscito successivo al 131, e sicuramente anteriore al 124, prevede la possibilità di rieleggere i tribuni della plebe usciti di carica qualora non ci fossero candidati sufficienti a formare il collegio dei tribuni per l'anno successivo: Plut., *Ti. G.* 16.1.

¹⁷ Il plebiscito Genucio del 342 a.C., a cui fa riferimento Liv. 7.42.2 (*aliis plebi scitis cautum, ne quis*

Durante le operazioni di voto, in un contesto di disordini e tumulti tra graccani e avversari, Tiberio, venuto a conoscenza dell'intenzione dei senatori di ucciderlo,¹⁸ comunicò con un cenno, ai suoi seguaci, di essere in pericolo: il gesto di portare la mano sul capo fu però frainteso dagli ottimati e interpretato come richiesta del diadema.¹⁹ L'accusa di aspirare al regno indusse Scipione Nasica, pontefice massimo, a invitare il console Scevola affinché provvedesse alla salvezza dello stato e annientasse il tiranno.²⁰ A tale richiesta seguì il rifiuto di Publio Mucio il quale, tuttavia, dopo aver dichiarato che non avrebbe preso l'iniziativa di alcuna violenza né avrebbe messo a morte un cittadino senza processo,²¹ precisò che se il comizio, spontaneamente o per imposizione di Tiberio, avesse assunto provvedimenti illegali, egli non avrebbe ritenuto valido quanto deliberato nel *concilium*.²²

Per quanto riguarda le ragioni che avevano spinto Publio Mucio a rifiutare la richiesta di Nasica, alcuni studiosi hanno avanzato l'ipotesi dell'appartenenza del giurista alla medesima corrente popolare del tribuno.²³ A me sembra preferibile ritenere, come già altri hanno sostenuto,²⁴ che il diniego si giustificasse unicamente sulla base di valutazioni giuridiche: in primo luogo, Scevola sapeva bene che, se avesse interrotto un'assemblea riservata esclusivamente alla plebe, avrebbe violato la *sacrosanctitas* tribunizia esponendo se stesso al rischio d'*intercessio*;²⁵ era inoltre perfettamente consapevole del fatto che, se avesse preso le armi contro *cives indemnati*, avrebbe disatteso le leggi sulla *provocatio* e che la sospensione della fondamentale garanzia del cittadino non sarebbe potuta essere costituzionalmente corretta neanche di fronte a una situazione di emergenza. Assecondare la pretesa di Nasica lo avrebbe portato a infrangere i principi della costituzione romana, principi saldi dei quali un fine giurista non poteva non tener conto.

In dottrina è stata avanzata l'ipotesi che già nel 133 a.C. fosse stato emanato un senato-

eundem magistratum intra decem annos caperet) e al quale si appellarono probabilmente gli ottimati, in realtà, almeno originariamente, non si riferiva al tribunato ma al consolato: Liv. 10.13.8 (*legem recitari iussit qua intra decem annos eundem consulem refici non liceret*). Ciò non toglie che, sebbene non illegale, l'iterazione del tribunato andasse contro il *mos maiorum*.

¹⁸ L'avvertimento venne da Fulvio Flacco, senatore graccano: Plut., *Ti.G.* 18.3.

¹⁹ Plut., *Ti.G.* 19.2-3. In realtà, Tiberio, durante il tumulto, ricevuta la notizia da Fulvio Flacco che il console si preparava a risolvere la questione con la violenza, comunicò la notizia ai vicini, e ai più lontani cercò di spiegare quanto stesse per accadere portando la mano sul capo, a indicare che la sua vita era in pericolo. Ma il gesto fu interpretato diversamente dagli *optimates*. V. anche Flor. 2.2.7 (3.14). Diversa è la versione di Appiano (*B.C.* 1.15.64) secondo cui fu Tiberio Gracco a radunare di notte i suoi seguaci dando loro un segnale in caso di un possibile scontro con gli *optimates*. Occupò il tempio del Campidoglio dove doveva svolgersi l'assemblea e solo a quel punto fu raggiunto e assalito, insieme ai suoi partigiani, da Nasica (App., *B.C.* 1.16.69) che si era avvalso, a tale scopo, della formula dell'*evocatio*.

²⁰ Plut., *Ti.G.* 19.3.

²¹ Val. Max. 3.2.17.

²² Plut., *Ti.G.* 19.4. In proposito, v. E. GRUEN, *The Political Allegiance of P. Mucius Scaevola*, in *Athenaeum* 53 (1965) 321-332; T.P. WISEMAN, *A Note on P. Mucius Scaevola*, in *Athenaeum* 48, I-II, (1970) 152-153.

²³ A. ORMANNI, s.v. *Necessità (stato di)* cit., 840; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*³, Roma 1974, 258 che però attribuisce il rifiuto anche alla incostituzionalità della richiesta. Un quadro più ampio sull'argomento in J.B. UNGERN-STERNBERG, *Untersuchungen* cit., 11 nt. 82.

²⁴ A. GUARINO, *L'abrogazione* cit., 257 (= *Pagine di diritto romano* cit., III, 323); ID., *Senatus consultum ultimum* cit., 293 (= *Pagine di diritto romano* cit., 369). R. FIORI, *Homo sacer* cit., 417.

²⁵ Il divieto in base al quale nessuno avrebbe potuto interrompere o disturbare il tribuno mentre parlava all'assemblea plebea, fu sancito dalla *lex sacra* del 492 a.C. (Dion. Hal. 7.17.5).

consulto ultimo contro Tiberio Gracco;²⁶ nel silenzio delle fonti, ritengo sia da escludere non solo la sua emanazione,²⁷ ma anche la semplice proposta.²⁸ L'uccisione di Tiberio e dei suoi fedeli fu invece ascrivibile al ricorso, da parte di Nasica, a un'altra misura straordinaria, già altre volte utilizzata in casi di emergenza. Si trattava della *evocatio*,²⁹ provvedimento che consentiva a un cittadino privato di arruolare volontari per la salvezza della patria.³⁰ A seguito del diniego del console, infatti, il pontefice massimo, dopo averlo biasimato per aver tradito gli interessi della *respublica*, seppur riconoscendo che Scevola avesse agito nell'ambito della legalità,³¹ interruppe l'assemblea, chiamò a raccolta un gruppo di seguaci e pronunciò le seguenti parole: *qui rem publicam salvam esse volunt me sequantur*.³² Nello scontro che seguì sul Campidoglio perirono più di trecento gracciani tra i quali lo stesso tribuno. I corpi furono gettati nel Tevere e i sopravvissuti vennero uccisi o mandati in esilio senza processo.³³

Non può non apparire strano che Publio Mucio, sempre vicino a Tiberio e rigorosamente rispettoso dei principi giuridici, dopo la morte del tribuno avesse non solo approvato ma addirittura lodato il comportamento di Nasica, ritenendo che questi avesse preso le armi contro Gracco nella più assoluta legalità.³⁴ La stranezza, in realtà, è solo apparente.

²⁶ Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³ cit., III, 1242; S. MENDNER, «*Videant consules*» cit., 258; C.H. BRECHT, *Perduellio. Eine Studie zu ihrer begrifflicher Abgrenzung bis zum Ausgang der Republik*, München 1938, 246.

²⁷ In tal senso, tra gli altri, anche A.W. ZUMPT, *Das Criminalrecht der römischen Republik*, Berlin 1865, 401; C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei Romani* cit., 18 nt. 1; P. FRACCARO, *Studi sull'età dei Gracchi* cit., 179; E. BETTI, *La rivoluzione dei tribuni* cit., 69; Th.N. MITCHELL, *Cicero and the Senatusconsultum ultimum* cit., 47 nt. 2.

²⁸ Così anche J.B. UNGERN-STERNBERG, *Untersuchungen* cit., 14 nt. 30; G. CRIFÓ, *In tema di 'senatus consultum ultimum'* cit., 427. Diversamente H. SIBER, s.v. *Provocatio*, in ZSS 62, 1942, 389; J. GAUDEMET, *Institutions de l'antiquité*, Paris 1967, 436; E.S. GRUEN, *Roman Politics and the Criminal Courts*, 149-78 B.C., Cambridge 1968, 59; B. RÖDL, *Das Senatus Consultum Ultimum* cit., 154.

²⁹ Serv., *ad Aen.* 7.614: *evocatio, quod genus nunc tangit. nam ad subitum bellum evocabantur, unde etiam consul solebat dicere 'qui rem publicam salvam esse vult me sequatur'*; Serv., *ad Aen.* 8.1; Val. Max. 3.2.17; Plut., *Ti.G.* 19.5; App., *B.C.* 1.16.68; Flor. 2.2.7 (3.14); *de vir. ill.* 64.7. Sul tema v. soprattutto Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*² cit., III, 1248 e 1072; I, 695; G. PLAUMANN, *Das sogenannte Senatus consultum ultimum* cit., 359 s.; S. TONDO, *Il sacramentum militiae nell'ambiente culturale romano-italico*, in SDHI 29, 1963, 21 ss.; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*³, Roma 1974, 258 e nt. 28; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² cit., II, 487 e nt. 96; J. LE GALL, *Evocatio* in *Mélanges offerts à J. Heurgon. L'Italie préromaine et la Rome républicaine*, Rome 1976, 519 ss.; J.B. UNGERN-STERNBERG, *Untersuchungen* cit., 18 s. e 63.

³⁰ Cic., *pro Planc.* 36.88; Cic., *Tusc.* 4.51; Cic., *Cat.* 1.1.3; Val. Max. 3.2.17.

³¹ Val. Max. 3.2.17: ... «*Quoniam*» inquit «*consul, dum iuris ordinem sequitur, id agit ut cum omnibus legibus Romanum imperium corrumpat*...».

³² Val. Max. 3.2.17; cfr. anche *de vir. ill.* 64.7: *sequi se iussit, qui salvam rempublicam vellent*. La ricostruzione dei fatti prospettata da Appiano (*B.C.* 1.15.64), fonte ostile a Tiberio, è invece diversa: fu il tribuno a premeditare la violenza. Inviò infatti un segnale ai suoi seguaci per dare inizio allo scontro quando quest'ultimo, a suo avviso, era diventato inevitabile. Il fatto, però, che i gracciani fossero andati disarmati all'assemblea, rende poco credibile la versione appiana.

³³ Plut., *Ti G.* 20.4.

³⁴ Cic., *pro Planc.* 36.88: ... *ubi enim mihi praesto fuissent aut tam fortes consules, quam L. Opimius, quam C. Marius, quam L. Flaccus, quibus ducibus improbos civis res publica vicit armatis, aut, si minus fortes, at tamen tam iusti, quam P. Mucius, qui arma, quae privatus P. Scipio ceperat, ea Ti. Graccho inte-*

L'affermazione del giurista trovava la sua spiegazione nel dissenso verso non pochi comportamenti assunti nel tempo da Tiberio, alcuni discutibili in quanto non allineati alla prassi politico-sociale, altri non condivisibili sotto il profilo strettamente giuridico. Infatti, il tentativo di Tiberio di farsi rieleggere al tribunato³⁵ nonché l'iniziativa di partecipare a un'assemblea nella quale lasciava intendere di essere disposto a far uso anche delle armi³⁶ erano decisioni che venivano a infrangere una serie di regole ormai radicate nella tradizione romana, sì da essere considerate dal senato di portata rivoluzionaria. Fu però soprattutto la deposizione del collega Ottavio a giustificare, agli occhi di Publio Mucio, il comportamento di Nasica: violando la *sacrosanctitas* tribunitia, Tiberio aveva disatteso il *iusiurandum plebis* incorrendo automaticamente nella condizione di *homo sacer*.³⁷ La sacertà,³⁸ inevitabile conseguenza per il tribuno che aveva offeso le divinità infrangendo così la *pax deorum*, non colpiva invece il privato che avesse ucciso Tiberio. Al fine di ricostituire l'armonia con gli uomini, gli dei consentivano a chiunque di uccidere l'*homo sacer*.³⁹ Nasica, dunque, non aveva commesso sacrilegio in quanto mero esecutore del volere divino.⁴⁰

rempto, iure optimo sumpta esse defendit? ... L'atteggiamento di Publio Mucio potrebbe apparire strano non solo da un punto di vista strettamente giuridico, ma anche umano visti i rapporti sempre molto stretti che lo avevano legato a Tiberio, nei cui confronti era sempre stato prodigo di consigli e pareri giuridici. Appariva quindi incomprensibile che il giurista, nel momento più importante e politicamente più pericoloso per il tribuno, se ne fosse allontanato al punto da condividere addirittura l'operato di Nasica. In realtà, non fu una dimostrazione di scarsa coerenza come a prima vista potrebbe sembrare: di fronte a discutibili iniziative di Tiberio, Scevola prese le distanze. È possibile che il tribuno non avesse ascoltato i consigli offerti dal giurista: in tal senso A. GUARINO, *L'abrogazione di Ottavio* cit., 263 (= *Pagine di diritto romano* cit., III, 329).

³⁵ V. *supra* nt. 16.

³⁶ App., B.C. 1.15.64.

³⁷ Dio Cass. 53.17.9 escludeva infatti la necessità di una sentenza di condanna. Liv. 3.55.10: ... *tribunos vetere iure iurando plebis, cum primum eam potestatem creavit, sacrosantos esse*: lo storico mette in luce la connessione tra *ius iurandum* e inviolabilità dei tribuni. Cfr. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 42 nt. 40; B. ALBANESE, 'Sacer esto', in BIDR 91, 1988, 159 ss. (= *Scritti Giuridici*, III, Torino 2006, 17 s.) e R. FIORI, *Homo sacer* cit., 419 ss. che attribuisce la sacertà di Tiberio anche a un suo tentativo di *adfectatio regni*.

³⁸ Chiunque rechi offesa a un tribuno è considerato *sacer* e può essere liberamente ucciso (*consecratio capitis*) e privato dei suoi beni a favore delle divinità della plebe (*consecratio honorum*): Fest. v. 'sacer mons' (424.9-12 L.) 'nam lege tribunitia prima cavetur si quis eum, qui eo plebei scito sacer sit, occiderit, parricida ne sit'.

³⁹ Come infatti sottolinea R. FIORI, *Homo sacer* cit., 62, la *consecratio capitis* non comportava un dovere di uccisione dell'*homo sacer*, ma solo la possibilità di farlo. Era lecito ucciderlo, non sacrificarlo: così anche K. KERENYI, *Religione antica* (trad. it. di Dora Sassi), Milano 2001, 81; L. GAROFALO, *Homo liber e homo sacer: due archetipi dell'appartenenza*, in *Studi in onore di A. Metro* (a cura di C. Russo Ruggeri), III, Milano 2010, 27 nt. 54.

⁴⁰ In tal senso L. GAROFALO, *Homo liber e homo sacer* cit., 27; G. AGAMBEN, *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Torino 1995, 91 ss. che definisce la vita dell'*homo sacer* 'una vita insacrificabile e, tuttavia, uccidibile'. In proposito, cfr. E. STOLFI, *Il diritto, la genealogia, la storia. Itinerari*, Bologna 2010, 104 ss. Sul tema della sacertà, si vedano le interessanti osservazioni di F. ZUCCOTTI, *Dall'arcaica sacertà consuetudinaria alla sacertà politica proto repubblicana*, in *Scritti in onore di G. Melillo* (a cura di A. Palma), III, Napoli 2009, 1549 ss.: l'Autore esclude che al termine "sacertà" possa essere attribuito un significato unitario in periodo monarchico e repubblicano. Indurrebbero in quest'equivoco le fonti greche, soprattutto Dionigi di Alicarnasso, incuranti del cambiamento assunto da tale pena nei due periodi storici. In realtà, osserva Zuccotti, *sacertas* in senso arcaico era sinonimo di *impietas* e prevedeva la consegna agli dei

L'uccisione di Tiberio è stata vista da taluni come il sacrificio di un uomo dichiarato *sacer*⁴¹ in ragione del gesto di Scipione Nasica, pontefice massimo, di portare un lembo della toga sul capo nel momento in cui usciva dal tempio di Giove per attaccare il tribuno:⁴² accosciatura rituale che non lasciava dubbi sull' intenzione di sacrificare un sedizioso, rendendo così omaggio alla divinità.

Una testimonianza di Verrio Flacco, pervenutaci tramite l'epitome di Festo,⁴³ sembra tuttavia orientare diversamente: la *consecratio*, infatti, non si perfezionava attraverso l'uccisione in forma rituale dell'*homo sacer* giacché quest'ultimo, con la sacertà, era già entrato nella 'disponibilità' degli dei,⁴⁴ in particolare degli dei inferi che lo avevano accolto «come dono, non come vittima»:⁴⁵ un'immolazione alla divinità come offerta sacrificale, oltre a non essere richiesta, sarebbe stata, dunque, anche priva di senso.

L'*evocatio* di cui si avvale Nasica per attaccare non solo Tiberio ma anche i suoi numerosi seguaci, non trovava il suo fondamento in una deliberazione ufficiale del senato:⁴⁶ era piuttosto un provvedimento, ormai radicato nella tradizione giuridica romana, che aveva lo scopo di eliminare i nemici stranieri. Nel 133, in occasione della persecuzione di Tiberio Gracco, tale rimedio, come abbiamo visto, trovò invece applicazione per la prima volta e in modo distorto ed arbitrario anche nei confronti di concittadini, senza che fosse accertata la loro responsabilità, senza il rispetto delle loro garanzie, senza una legge che ne prevedesse l'esistenza, costituendo così il precedente di una prassi lunga e pericolosa che da lì innanzi avrebbe sottoposto Roma ad anni di tumulti e violenze.

1.2. L'anno successivo all'uccisione di Tiberio e dei suoi seguaci, il senato invitò i consoli del 132, P. Popilio Lenate e P. Rupilio, a perseguire mediante una *quaestio extra ordinem* i graccani sopravvissuti al massacro.⁴⁷ Fu sicuramente contro questa prassi, che apparve evidentemente di dubbia costituzionalità, che nel 124 a.C. fu emanata, da parte di Caio Gracco, la *lex Sempronia de capite civis* che sanciva il divieto di costituire *quaestiones extraordinariae*, volte all'applicazione della pena capitale, con la sola autorizzazione del senato. Essa contene-

del soggetto empio; in un secondo momento, invece, la *sacertas* comportò direttamente l'uccisione del reo ed ebbe non tanto lo scopo di punire quest'ultimo, quanto di salvaguardare il giuramento con cui Roma si era impegnata a non reintrodurre la monarchia e a non violare la *sacrosanctitas* dei tribuni plebei. L'uccisione dell'*homo sacer* diventava in questo caso non solo lecita ma anche doverosa: punire lo spergiuro significava tutelare la *pax deorum*.

⁴¹ Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht*, Leipzig 1899, 902; P. VOCI, *Diritto sacro romano in età arcaica*, in SDHI 19, 1953, 61 s.61; P. DE FRANCISCI, *Primordia civitatis*, Roma 1959, 300; P. FRACCARO, *Studi sull'età dei Gracchi* cit., 167 nt. 1; sul tema v. anche F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² cit., II, 487; S. TONDO, *Leges regiae e paricidas*, Firenze 1973, 109 nt. 58 (sebbene lo studioso precisi che la sacertà fosse configurabile come sacrificio rituale solo fino al regno di Romolo); P. CERAMI, *Strutture costituzionali romane e irrutuale asunzione di pubblici uffici*, in AUPA 31, 1969, 202 nt. 78; P. FREZZA, *Corso di storia del diritto romano*³ cit., 258 nt. 28; L. PERELLI, *I Gracchi* cit., 137.

⁴² Plut., *Ti G.* 19.5; App., *B.C.* 1.16.68.

⁴³ Fest., v. '*sacer mons*' (424.6-8 L.): *neque fas est eum immolari, sed qui occidit, parricidi non damnatur*.

⁴⁴ G. AGAMBEN, *Homo sacer* cit., 81 e 90 ss.; B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*² cit., 10 nt. 19; L. GAROFALO, *Homo liber e homo sacer* cit., III, 25 ss.; E. CANTARELLA, *I supplizi capitali. Origine e funzioni delle pene di morte in Grecia e a Roma*², Milano 2005, 291 ss.

⁴⁵ K. KERENYI, *Religione antica* cit., 81.

⁴⁶ Cic., *Cat.* 1.1.3.

⁴⁷ Vell. Pat. 2.7.4.

va, con molta probabilità, una clausola retroattiva proprio contro il console Lenate.⁴⁸

Mentre l'attività riformatrice di Tiberio aveva soprattutto uno scopo sociale e solo alla fine, in risposta all'opposizione dell'oligarchia, divenne rivoluzionaria, quella del fratello Caio si dipanò in una serie di iniziative anche di carattere politico, dirette, com'è noto, a ridurre il predominio della classe senatoria, a indebolire l'aristocrazia, a potenziare la sovranità del popolo, sovvertendo così l'equilibrio dei poteri della costituzione repubblicana.

Quando il collega Druso, d'accordo col senato, prese misure più favorevoli rispetto a quelle graccane,⁴⁹ Caio non riuscì ad essere riconfermato nella carica per la terza volta⁵⁰ e il successore Minucio si attivò per abrogare molti dei suoi provvedimenti.⁵¹ Gracco, insieme al suo alleato Marco Fulvio Flacco e numerosi seguaci, si recò dunque sul Campidoglio, dove era in corso un'assemblea, per opporsi all'approvazione delle proposte del tribuno; un grave episodio, tuttavia, offrì al senato il pretesto per uccidere Caio, sebbene quest'ultimo fosse totalmente estraneo al sanguinoso evento. Plutarco ci informa che un tal Quinto Antillo, mentre trasportava i visceri di un sacrificio fatto dal console Opimio, di cui era inser-viente, si fece strada tra la folla dei graccani insultandoli e offendendoli con gesti osceni; fu allora che uno di essi, avvalendosi di uno degli stili adibiti alle votazioni, reagì uccidendo Antillo.⁵² L'assemblea venne sospesa e il giorno seguente Opimio fece trasportare la salma del defunto dalla piazza alla Curia affinché tutti i senatori, attratti dai pianti e dai lamenti, si rendessero esattamente conto dell'esecrabile gesto. In realtà il console ottenne l'effetto contrario perché il popolo, lungi dal commuoversi da tale messa in scena, colse l'occasione per rivangare la morte di Tiberio, impietosamente ucciso dagli oligarchi e gettato nel Tevere, mentre Antillo veniva portato in città in modo trionfale col solo scopo di mettere in cattiva luce Caio Gracco, l'uomo che tanto si era adoperato per salvaguardare gli interessi del popolo. La reazione del senato non si fece attendere e, con un *senatusconsultum ultimum*, affidò ad Opimio la suprema difesa della *respublica*:

... quod L. Opimius consul verba fecit de re publica, de ea re ita censuerunt, uti L. Opimius consul rem publicam defenderet.⁵³

⁴⁸ A. GUARINO, *La coerenza di Publio Mucio*, Napoli 1981, 132 s., argomentando da un passo di Plutarco (*C.G.* 4.1), ritiene che le leggi *de capite civium* e *de Popilio Lenate* siano in realtà un'unica disposizione legislativa. Caio infatti avrebbe fatto approvare due leggi, una a carattere generale secondo la quale bisognava sottoporre al giudizio del popolo il comportamento di colui che avesse bandito un cittadino senza processo, e un'altra *ad personam*, essendo diretta espressamente contro il pretore Popilio che aveva bandito gli amici di Tiberio.

⁴⁹ App., *B.C.* 1.23.101.

⁵⁰ Tra i motivi per cui Caio Gracco non ottenne per la terza volta il tribunato, è da ricordare l'iniziativa da lui assunta di togliere le tribune, che i magistrati avevano fatto costruire nel Foro, per darle in affitto al fine di consentire ai poveri di poter disporre di quello spazio e partecipare gratuitamente ai giochi gladiatori: Plut., *C.Gr.* 33.12.5-6.

⁵¹ Oros. 5.12.5.

⁵² Plut., *C.Gr.* 34.13.4. Diversa è la versione appianea: secondo App., *B.C.* 1.25.109-110, infatti, il plebeo Quinto Antillo, mentre sacrificava nel portico, vedendo arrivare Caio Gracco furente e accompagnato da una guardia del corpo, prese la mano dell'ex tribuno pregandolo di risparmiare la patria. Lo sguardo torvo di Caio fu fraineso da un graccano che, convinto di interpretare correttamente la sua volontà, uccise Antillo. In Oros. 5.12.5 Quinto Antillio è un *praeco*; per Diod. Sic. 35.28 a, Antillio fu ucciso per ordine di Caio Gracco. Cfr. E. GABBA (a cura di), *Appiani Bellorum civilium liber primus*, Firenze 1958, 86 nt. 109.

⁵³ Cic., *Phil.* 8.4.14; v. anche Cic., *Cat.* 1.2.4; Cic., *de or.* 2.30.132.; Plut., *C.G.* 35.14.3.

Era la prima volta che, con abile mossa politica, venivano devoluti a un console pieni poteri, di cui Opimio, forte del sostegno senatorio, si avvale prontamente e, dopo aver rifiutato di trattare con i graccani tramite ambasciatori,⁵⁴ si scagliò contro i sediziosi. Gracco preferì farsi trafiggere da uno schiavo fedele⁵⁵ e il suo corpo, insieme a quelli dei suoi partigiani, fu gettato nel Tevere.⁵⁶

L'anno seguente, il console fu portato dal tribuno della plebe Quinto Decio *apud populum* con l'accusa di aver imprigionato e fatto uccidere un numero ingente di cittadini senza processo.⁵⁷ Opimio si giustificò sostenendo la legittimità del suo operato⁵⁸ e anche Papirio Carbone, che ne assunse con vigore la difesa davanti al popolo, non negò affatto che il console avesse ucciso Caio Gracco, ma ritenne che il comportamento del magistrato fosse stato pienamente conforme al diritto. In presenza di un evidente tentativo di *seditio*, Opimio, disponendo l'uccisione *manu militari* di Caio Gracco e dei suoi seguaci, aveva compiuto un atto giusto finalizzato alla salvezza della patria. D'altronde – affermò Carbone – «se un console è qualcuno che prende consigli per il suo paese, non era esattamente ciò che aveva fatto Opimio?».⁵⁹

Anche Cicerone, nel riportare le parole della difesa, dimostrava di ritenere giuridicamente fondato il comportamento di Opimio:

Cic., *de or.* 2.25.106: *ut cum L. Opimi causam defendebat apud populum audiente me C. Carbo cos. nihil de C. Gracchi nece negabat, sed id iure pro salute patriae factum esse dicebat.*⁶⁰

La costituzionalità del provvedimento senatorio, e di conseguenza della condotta del console, sembrerebbe dunque essere indubbia se non fosse che alcune vicende legate ai suoi sostenitori insinuano un sospetto sulla veridicità di quanto da essi sostenuto.

Le motivazioni che indussero la difesa ad affermare quanto riferito da Cicerone sono da ricercare, molto verosimilmente, più nell'interesse dello stesso Papirio Carbone che in quello di Opimio. Una difesa abilmente costruita nel tentativo di disculpare, soprattutto chi la sosteneva, dal rischio di una grave incriminazione. Carbone, ex tribuno della plebe, aveva collaborato a lungo con Tiberio Gracco per la realizzazione delle leggi agrarie e aveva anche avanzato la proposta di una norma sulla reiterazione del tribunato che, se fosse stata approvata, avrebbe scagionato il tribuno da una pesante accusa.⁶¹ Il console incontrò l'opposizione di Scipione Emiliano e, dopo qualche tempo, fu sospettato della morte del generale avvenuta in circostanze misteriose nel 129 a.C. Il successivo passaggio agli ottimati, probabilmente per dissipare ogni dubbio sulla sua colpevolezza, non fu semplice. Un'occasione per conquistare la loro fiducia poteva essere proprio la difesa di Opimio che a questo fine fu condotta con particolare abilità e vigore tanto da portare all'assoluzione dell'imputato.⁶² Ciò non fu però sufficiente per conquistare la benevolenza degli ottimati che considerarono la difesa di Opi-

⁵⁴ App., *B.C.* 1.26.115-116.

⁵⁵ Oros. 5.12.8; App., *B.C.* 1. 26.117; Vell. Pat. 2.6.6.

⁵⁶ Vell. Pat. 2.6.7.

⁵⁷ Cic., *de or.* 2.25.106; 2.30.132; *part. or.* 2.30.106; Liv., *per.* 61.

⁵⁸ Cic., *part. or.* 2.30.106: *Iure feci, salutis omnium et conservandae rei publicae causa.* Cfr. anche Cic., *de or.* 2.25.106.

⁵⁹ Cic., *de or.* 2.39.165-166: *si consul est qui consulit patriae, quid aliud fecit Opimius?*

⁶⁰ Cfr. anche Cic., *part. or.* 2.30.106.

⁶¹ V. nt. 16.

⁶² Liv., *per.* 61.

mio e la recente posizione antigracca di Carbone delle interessate simulazioni.⁶³

Le parole del difensore, riportate da Cicerone, sembrano comunque godere, e non casualmente, della piena approvazione dell'oratore. È opportuno infatti tener conto, nella lettura del passo, del contesto in cui esso è collocato e delle possibili implicazioni che il riferimento al senatoconsulto, come provvedimento emanato *iure*, potevano avere nella personale prospettiva ciceroniana. Non possiamo dimenticare che l'Arpinate, sette anni prima della stesura del *de oratore*, era stato esiliato da Roma in conseguenza di una vicenda nella quale l'emanazione e l'esecuzione di un *senatusconsultum* erano stati centrali. Non è forse possibile che, riferendosi a un precedente illustre di tale provvedimento, egli avesse tutto l'interesse a insistere sulla sua legittimità al fine di ribadire la correttezza del proprio comportamento e discolarsi, indirettamente, del medesimo atteggiamento da lui assunto nel 63 a.C. nei confronti dei catilinari? La parola *iure*, ripetuta più volte nell'intero passo⁶⁴ in modo volutamente rafforzativo sembrerebbe orientare in questo senso nel tentativo di sottolineare la liceità, l'opportunità e la necessità di quel comportamento da lui stesso adottato anni prima nei confronti di *cives indemnati*.

1.3. A distanza di pochi anni, nel 100 a.C., un nuovo *senatusconsultum* fu votato dal senato, su proposta di Emilio Scauro, contro i tribuni Saturnino e Glaucia accusati di *seditio* a causa di illegittimità culminate nella soppressione di C. Memmio,⁶⁵ candidato alle elezioni consolari per l'anno 99, e nell'occupazione armata del Campidoglio:

... *primus M. Aemilius Scaurus C. Marium consulatum sextum gerentem hortatus est ut libertatem legesque manu defenderet protinusque arma sibi adfere iussit* ...⁶⁶

Il giorno successivo all'omicidio, il popolo, secondo il racconto di Appiano,⁶⁷ si mosse contro Saturnino e i suoi alleati, e fu proprio per sfuggire all'assalto popolare che Saturnino, Glaucia e Saufeio occuparono il Campidoglio: in seguito a ciò era stato appunto emesso il senatoconsulto che conferiva ai consoli C. Mario e L. Valerio Flacco pieni poteri per la repressione della rivolta.

Le fonti sono discordi sulla cronologia degli avvenimenti. Mentre in Appiano,⁶⁸ come abbiamo appena visto, la *seditio* era precedente al senatoconsulto e giustificava l'emanazione del provvedimento, in altre testimonianze era successiva.⁶⁹ Il dato non è privo di rilievo perché in quest'ultimo caso il senatoconsulto sarebbe l'ultimo tassello di una serie di misure prese contro Saturnino nei due anni precedenti⁷⁰ e giustificerebbe il gesto del tribuno di

⁶³ Cic., *de or.* 2.40.170: ... *non si Opimium defendisti, Carbo, idcirco te isti bonuum civem putabunt, simulasse te et aliquid quaesisse perspicuum est, quod Ti. Gracchi mortem saepe in contionibus deplorasti, quod P. Africani necis socius fuisti, quod eam legem in tribunatu tulisti quod semper a bonis discedisti.*

⁶⁴ Cic., *de or.* 2.25.106: ... *ut cum L. Opimi causam defendebat apud populum audiente me C. Carbo cos. nihil de C. Gracchi nece negabat, sed id iure pro salute patriae factum esse dicebat; ut eidem Carboni tribuno plebis alia tum mente rem publicam capessenti P. Africanus de Ti. Graccho interroganti responderat iure caesum videri. iure autem omnia defenduntur, quae sunt eius generis, ut aut oportuerit aut licuerit aut necesse fuerit aut imprudentia aut casu facta esse videantur.*

⁶⁵ App., *B.C.* 1.32.142.

⁶⁶ Val. Max. 3.2.18. Cfr. Cic., *pro Rab. perd.* 7.20-21.

⁶⁷ App., *B.C.* 1.32.143.

⁶⁸ App., *B.C.* 1.32.143.

⁶⁹ Flor. 2.4.5; Oros. 5.17.7; *de vir. ill.* 73.10.

⁷⁰ F. CAVAGGIONI, *L. Apuleio Saturnino tribunis plebis seditiosus*, Venezia 1998, 69-85, compie una scrupolosa rassegna dei vari episodi verificatisi negli anni 102/101 nei quali Saturnino fu oggetto di numerosi

occupare il Campidoglio, gesto che nell'altro caso apparirebbe privo di una valida motivazione. Com'è stato infatti opportunamente rilevato,⁷¹ non è convincente l'ipotesi secondo la quale la decisione di Saturnino sarebbe stata presa per sfuggire agli assalti del popolo: visti gli ultimi eccellenti risultati elettorali era infatti assai improbabile che il tribuno fosse così privo di appoggi da dover ricorrere ad un simile rimedio, della cui gravità peraltro egli era perfettamente consapevole. L'emanazione contro di lui di un senatoconsulto avrebbe costituito un motivo sicuramente più valido ai fini della sua decisione di occupare il Campidoglio.

Saturnino e Glaucia contavano sull'appoggio di Mario, il console investito dei pieni poteri da parte del senato, sebbene l'intesa che per anni aveva legato Saturnino a Mario, comportando reciproci vantaggi,⁷² col tempo si fosse affievolita; è probabile infatti, che il console temesse il raggiungimento di un eccessivo potere da parte del tribuno, timore peraltro comprensibile considerato che Saturnino era stato rieletto alla medesima carica per la terza volta.⁷³

Nonostante il distacco, la decisione di Mario di agire contro i ribelli non fu senza incertezze: il console armò i suoi uomini ma senza fretta, nell'evidente tentativo di "prendere tempo";⁷⁴ nel momento di agire, nonostante fosse stato autorizzato da un senatoconsulto, apparve lento, incerto, indeciso sul da farsi.

Nella speranza di aiuto da parte di Mario,⁷⁵ Glaucia e Saturnino, e subito dopo anche Saufeo, si arresero. Il console li rinchiuse nella Curia in attesa di un regolare processo,⁷⁶ processo che in realtà non ebbe mai inizio. Il solo appoggio della plebe rurale non bastò a salvare Saturnino⁷⁷ e i suoi alleati che vennero brutalmente assassinati da membri della *nobilitas* e degli *equites*.⁷⁸ Benché come esecutore materiale del fatto fosse stato riconosciuto un certo Sceva,⁷⁹ schiavo di Quinto Crotone, della morte del tribuno fu accusato Caio Rabirio.⁸⁰ Sull'identità dell'uccisore, in realtà, permanevano molti dubbi.

Viene spontaneo interrogarsi sui motivi che spinsero il magistrato non solo a non avvalersi del senatoconsulto, ma a desiderare per Saturnino e i suoi alleati un normale processo.

attacchi da parte della classe aristocratica. Tra questi, il tentativo compiuto dal censore Metello Numidico di intralciare la carriera politica di Saturnino, tentativo peraltro fallito tanto che il tribuno nel 102 entrò a far parte del senato. A questo si aggiunse un processo capitale che gli venne intentato per aver trattato con insolenza alcuni ambasciatori, inviati a Roma da Mitridate, provvisti di denaro per corrompere il senato. Poiché gli ambasciatori godevano dell'inviolabilità, il processo fu pubblico ed ebbe grande risonanza: Diod. Sic. 36.15.

⁷¹ F. CAVAGGIONI, *L. Apuleio Saturnino* cit., 149 s.

⁷² Era un'alleanza che da un lato aveva garantito popolarità e autorevolezza al tribuno, dall'altro aveva consentito l'approvazione di provvedimenti per la distribuzione di terre ai veterani mariani.

⁷³ App., B.C. 1.32.141.

⁷⁴ App., B.C. 1.32.144.

⁷⁵ App., B.C. 1.32.144.

⁷⁶ App., B.C. 1.32.145.

⁷⁷ In proposito, v. E. BADIEN, *The Death of Saturninus. Studies in Chronology and Prosography*, in Chiron, 14, 1984, 101-147.

⁷⁸ Le versioni fornite dalle fonti sul modo con cui Saturnino e Glaucia furono uccisi sono molto contrastanti: secondo Appiano (B.C. 1.32.145) tutto il gruppo dei ribelli fu lapidato nella Curia con le tegole; l'autore del *de viris illustribus* (73.10-11) distingue la sorte di Glaucia, che venne strangolato, da quella di Saturnino, lapidato nella Curia; una differenziazione sulla loro morte viene fatta anche da Orosio (5.17.9). Per una descrizione particolareggiata sul tema v. F. CAVAGGIONI, *L. Apuleio Saturnino* cit., 155 ss.

⁷⁹ Cic., *pro Rab. perd.* 11.31.

⁸⁰ *De vir ill.* 73.12; Suet., *Caes.* 12. L'accusa nei confronti di Rabirio fu avanzata, per motivi politici, da Cesare.

Certamente non per un'antica alleanza:⁸¹ i rapporti con il tribuno si erano raffreddati ormai da tempo e ci sarebbero stati validi motivi per eliminare un personaggio scomodo la cui ascesa, dopo la vittoria elettorale, sembrava praticamente inarrestabile.⁸² Il motivo non può non rintracciarsi nelle perplessità che nutriva Mario sulla legalità del senatoconsulto e nella convinzione dell'illegittimità della condanna a morte senza concedere la *provocatio* al popolo. Tutto questo lo spingeva a prendere tempo in attesa di poter processare i ribelli davanti a un'assemblea popolare,⁸³ liberandosi così da quella responsabilità che sarebbe ricaduta solo su di lui e che il provvedimento senatorio non sarebbe stato in grado di evitare.

1.4. Il senatoconsulto emanato contro Saturnino per garantire la salvezza della repubblica, presentava evidentemente dei problemi di costituzionalità se diversi anni dopo, nel 63 a.C., il tribuno Labieno, spinto da Cesare a cui era molto legato, accusò di *perduellio* l'ormai anziano Rabirio.⁸⁴ Erano trascorsi quasi quarant'anni, ma Labieno pensava che non si potesse invocare alcuna prescrizione: solo un'accusa di alto tradimento poteva essere pari al misfatto.⁸⁵ Sicuramente nella persecuzione vi era un motivo personale, e cioè vendicare la morte dello zio Quinto Labieno, ma è facilmente intuibile che ci fosse anche, e soprattutto, un fine politico.⁸⁶ Cesare, in particolare, non aveva alcun interesse a desiderare la morte di Rabirio, un vecchio decisamente innocuo, ma al contrario aveva interesse ad attaccare la classe oligarchica e quell'efficace provvedimento senatorio che era il *senatusconsultum ultimum*, strumento di una politica di parte.⁸⁷

La decisione più ovvia sarebbe stata quella di citare l'imputato dinanzi a una *quaestio maiestatis* ma, considerata la composizione della corte, le probabilità di assoluzione sarebbero state assai alte.⁸⁸ Fu dunque scelta la procedura duumvirale, ormai desueta, ma che presentava l'indubbio vantaggio agli occhi di Cesare – egli stesso nominato duumviro insieme al cugino C. Cesare tramite una procedura ovviamente fraudolenta – di mettere direttamente a morte il reo senza ricorrere al giudizio del popolo. I giochi politici tuttavia non finivano qui. Cicerone, che aveva assunto la difesa di Rabirio, avvalendosi della sua *maior potestas* di console spinse quest'ultimo a provocare al popolo,⁸⁹ nonostante egli sapesse che la procedura sommaria, qual era quella duumvirale, escludesse questa possibilità.⁹⁰

⁸¹ E. GABBA, *Il tentativo dei Gracchi* cit., 699.

⁸² A. PASSERINI, *Studi su Caio Mario*, Milano 1971, 150.

⁸³ App., *B.C.* 1.32.145; Plut., *Mar.* 30.5.

⁸⁴ Sul processo di Rabirio v. in particolare J. PHILLIPS, *The Prosecution of C. Rabirius in 63 B.C.*, in *Klio* 56, 1974, 87-101.

⁸⁵ J. CARCOPINO, *Giulio Cesare* (trad. it. di A. Rosso Cattabiani), Milano 1975, 171.

⁸⁶ P. GRIMAL, *Cicerone* (trad. it. di L. Guagnellini del Corno), Milano 1996, 134 ss.

⁸⁷ W.B. TYRREL, *A Legal and Historical Commentary to Cicero's Oratio pro Rabirio perduellionis reo*, Amsterdam 1978, 7, 35; N. SPADAVECCHIA, *Libertas tuenda. Forme di tutela del cittadino romano in età repubblicana*, Bari 2016, 32.

⁸⁸ Dopo la *lex Aurelia* del 70, il tribunale era composto in porzioni uguali da senatori, cavalieri e *tribuni aerarii*.

⁸⁹ Ciò gli avrebbe consentito, in caso di condanna, di evitare con l'esilio la pena di morte.

⁹⁰ La *provocatio ad populum* non faceva infatti parte integrante del procedimento come ha invece sostenuto gran parte della romanistica: essa fu "provocata" da Cicerone come reazione all'uso di una procedura, quella duumvirale, propria dell'età monarchica, barbara e ormai anacronistica.

Rabirio fu dunque processato regolarmente davanti al popolo e venne difeso da Cicerone⁹¹ e Ortensio. Mentre quest'ultimo si limitò a sostenere l'innocenza dell'imputato,⁹² Cicerone, dopo aver rivolto nei confronti di Saturnino parole di biasimo per aver tenuto un comportamento indegno di un rappresentante del popolo,⁹³ pur confermando l'incolpevolezza di Rabirio, ne affermò comunque il potenziale diritto di uccidere: i consoli, infatti, in forza di un *senatusconsultum ultimum*⁹⁴ avevano invitato tutti i tribuni della plebe tranne Saturnino, tutti i pretori tranne Glaucia, e tutti i buoni cittadini a prendere le armi per salvare lo stato. Tra questi, nemmeno Mario, Scauro, Catulo, Metello, Scevola si erano sottratti al loro dovere. Un'eventuale inoperosità di Rabirio sarebbe stata dunque solo un atto di vigliaccheria. E allora – affermò Cicerone rivolgendosi a Labieno – *si arma iure sumpta concedis, interfectum iure concedas necesse est*,⁹⁵ sostenendo, dunque, la legalità dell'uccisione del tribuno e la conseguente non colpevolezza di Rabirio. Il decreto senatorio, emanato contro Saturnino, era, secondo Cicerone, pienamente legittimo: si era infatti in presenza di una *seditione*, soprattutto a seguito dell'occupazione *manu militari* del Campidoglio da parte del tribuno e dei suoi alleati,⁹⁶ e ciò comportava una situazione di pericolo tale da consentire al magistrato anche l'uso delle armi al fine di salvare la *res publica*. Ma anche questo secondo processo terminò con un nulla di fatto grazie allo stratagemma del pretore Metello Celere che, abbassando il *vexillum* issato in cima al Gianicolo,⁹⁷ interruppe improvvisamente la procedura prima che si fosse arrivati a una conclusione. Si ignora se questo gesto mirasse a evitare una condanna o un'assoluzione: è plausibile tuttavia ritenere che l'intento di Metello, amico di Cesare, fosse quello di impedire che si arrivasse al voto, forse perché il comizio si stava orientando ad assolvere Rabirio e quindi a riconoscere indirettamente la legalità del provvedimento senatorio. Era Cesare, almeno in apparenza, il vero vincitore: aveva salvato Rabirio senza arrivare all'assoluzione, e aveva raggiunto lo scopo di minacciare il senato qualora quest'ultimo, in futuro, avesse voluto servirsi nuovamente del terribile provvedimento per infliggere l'estremo supplizio e sbarazzarsi dei suoi avversari.⁹⁸

1.5. Nel medesimo anno del processo di Rabirio, il rimedio senatorio trovò applicazione anche nella celebre vicenda della congiura di Catilina.⁹⁹

Cicerone, venuto a conoscenza del complotto grazie a Fulvia,¹⁰⁰ l'amante di Curio, uno dei congiurati, e ricevute ulteriori informazioni da Cesare,¹⁰¹ ritenne opportuno riferire

⁹¹ Cicerone scelse di difendere Rabirio perché non voleva che il senato si lasciasse depredare della sua ultima arma: il *senatusconsultum ultimum* che aveva permesso a Mario di ristabilire l'ordine minacciato da Saturnino: P. GRIMAL, *Cicerone* cit., 135.

⁹² Cic., *pro Rab. perd.* 6.18.

⁹³ Cic., *pro Rab. perd.* 6.18.

⁹⁴ Cic., *pro Rab. perd.* 7.21.

⁹⁵ Cic., *pro Rab. perd.* 6.19.

⁹⁶ U. VINCENTI, *Brevi note* cit., 1947.

⁹⁷ Il drappo rosso che veniva abbassato improvvisamente stava a testimoniare l'arrivo improvviso del nemico.

⁹⁸ J. CARCOPINO, *Giulio Cesare* cit., 174; E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica*, Bari 2009, 156.

⁹⁹ Sconfitto ripetutamente alle elezioni consolari, nel 63 Catilina decise di impossessarsi del potere con la violenza e reclutò a tal fine un vero e proprio esercito nell'ambiente della borghesia.

¹⁰⁰ Sall., *Cat.* 23.3-4; 26.3. Su Fulvia v. C. MASI DORIA, «*Periculum rei publicae*» cit., 9 ss.

¹⁰¹ Suet., *Caes.* 17.

tutto al senato, convocandolo per il 21 ottobre.¹⁰² A fronte di questa versione sallustiana, Plutarco ci informa che, quando le notizie erano ancora piuttosto vaghe e il rischio di sedizione troppo generico, delle lettere anonime furono recapitate a Cicerone tramite Crasso:¹⁰³ queste, lette a breve in senato, fugarono gli ultimi dubbi sull'imminente pericolo e il console, nella seduta del 21 o 22 ottobre del 63, venne investito dei pieni poteri tramite un *senatusconsultum*:

*senatus decrevit darent operam consules ne quid res publica detrimenti caperet*¹⁰⁴

Nella famosa riunione tenuta a casa di un altro congiurato, M. Porcio Leca, fu assunta la decisione di sopprimere il console, ma il piano criminoso fu sventato ancora una volta dalle informazioni di Curio. Nella I Catilinaria, il console espose i motivi che l'avrebbero autorizzato a incriminare Catilina, ma scelse la via della clemenza. Tutto sarebbe stato certamente più semplice se quest'ultimo si fosse allontanato da Roma per raggiungere l'esercito raccolto in Etruria: da cittadino sarebbe divenuto *hostis* e la lotta si sarebbe svolta al di fuori del *pomerium*, dove Cicerone non aveva più alcuna limitazione.¹⁰⁵ I complici del piano criminoso si trovavano invece ancora nell'Urbe, ma l'Arpinate assicurò che nessun reo avrebbe scontato il suo misfatto sul suolo di Roma.¹⁰⁶

Quando, da lì a breve, un errore dei catilinari offrì a Cicerone le prove evidenti della loro colpevolezza,¹⁰⁷ nella nota seduta del 5 dicembre il console si rivolse al senato per decidere la sorte dei congiurati.¹⁰⁸ Dapprima parlarono gli esponenti di rango consolare: il primo a pronunciarsi fu Giunio Silano, *consul designatus*, che propose la pena di morte,¹⁰⁹ seguito da altri senatori che appoggiarono la sua mozione. Poi fu la volta di Cesare che aprì il suo lungo discorso con disquisizioni filosofiche, precisando che gli dei immortali non avevano creato la morte come castigo ma come legge di natura e riposo delle fatiche e dei dolori.¹¹⁰ Cesare si richiamò dunque agli antenati, superiori per valore e saggezza a tutti i presenti in senato, che, per infondere terrore ai malviventi durante la vita, desideravano che questi subissero supplizi sempiterni: solo in questo modo la morte avrebbe potuto incutere loro paura.¹¹¹ Essa, inoltre, che in quel caso era pienamente giustificata, avrebbe costituito un precedente pericoloso per

¹⁰² Sall., *Cat.* 29.1. Sulle divergenze presenti nelle fonti, relative alle modalità con cui Cicerone venne a conoscenza della congiura di Catilina, v. L. FEZZI, *Sulle tracce del 'falso': una lettura della congiura di Catilina*, in Ormos, I, 2009, 319 ss.

¹⁰³ Plut., *Cic.* 15.2-4; Plut., *Crass.* 5.13. E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica* cit., 162.

¹⁰⁴ Sall., *Cat.* 29.2. Cfr. anche Plut., *Cic.* 15.5; Cass. Dio 37.31.2; Asc. 14.10-13 St.; Cic., *Cat.* 1.1.3.

¹⁰⁵ P. GRIMAL, *Cicerone* cit., 145.

¹⁰⁶ Cic., *Cat.* 2.13.28.

¹⁰⁷ L'occasione fu offerta a Cicerone da un incontro dei congiurati con una delegazione di Galli Allobrogi, venuta a Roma per avanzare delle lamentele nei confronti del malgoverno romano nella provincia. La richiesta di alleanza proposta per iscritto dai catilinari agli Allobrogi, disposti a farsi usare per far cadere in trappola i congiurati, consentì a Cicerone di procedere al loro arresto: Sall. *Cat.* 40-41.

¹⁰⁸ Per le modalità della seduta del 5 dicembre, molto controverse in dottrina, aderisco alla descrizione avanzata da D.L. STOCKTON, *Cicerone. Biografia politica*, (trad. it. di P. Boccardi Storoni), Milano 1994, 383 ss.

¹⁰⁹ Sall., *Cat.* 50.4.

¹¹⁰ Cic., *Cat.* 4.4.7: ... *intellegit mortem a dis immortalibus non esse supplicii causa constitutam, sed aut necessitatem naturae aut laborum ac miserarium quietem*.

¹¹¹ Cic., *Cat.* 4.4.8.

tutte quelle situazioni non paragonabili ad un simile stato di necessità. Se il potere fosse passato infatti nelle mani di uomini meno saggi e valorosi, quel provvedimento, giusto nel caso dei catilinari, sarebbe stato forse applicato anche a persone innocenti.

I congiurati meritavano una pena estremamente dura, adeguata al loro misfatto di inaudita gravità. Quale condanna più severa, allora, se non il carcere a vita?¹¹² Essi sarebbero stati custoditi in municipi lontani da Roma, vigilati in modo rigoroso, e i loro beni sarebbero stati confiscati.¹¹³ Cesare invitava dunque i presenti a non prendere decisioni sotto la spinta della paura, dell'ira, del rancore, ma ad applicare le leggi qualora non si fosse riusciti a trovare una pena adeguata alla gravità del crimine: le leggi che proibivano di condannare a morte senza regolare processo.

Il discorso di Cesare risultò convincente. Il diritto sostenuto fino ad allora dal senato di poter infliggere, in caso di necessità, l'estremo supplizio anche contravvenendo alle leggi, incominciava a essere posto in dubbio.

Tiberio Claudio Nerone propose a sua volta di rinviare la decisione ritenendo opportuno rafforzare i presidii, prima di deliberare.¹¹⁴ Silano, sensibilmente colpito dal discorso di Cesare, mitigò la sua intransigenza e comunicò che si sarebbe rimesso al parere di Nerone.

La paura e l'insicurezza dilagavano e tormentavano tutti, compreso Cicerone. I sostenitori della pena di morte erano ormai in netta minoranza e il console ascoltava impotente in attesa di poter pronunciare il verdetto finale.

A dare una svolta alla questione fu Catone.¹¹⁵ Il censore era di tutt'altro avviso e riteneva che su un complotto così grave bisognasse prendere una decisione dura ed energica, tale da servire come esempio. Per i rivoltosi non doveva esserci alcun tipo di clemenza e in quanto rei confessi di spaventosi attentati dovevano essere condannati a morte come se fossero stati sorpresi in flagranza di reato.¹¹⁶ Non c'era spazio per l'osservanza della legalità: i congiurati si erano posti da soli nella condizione di nemici pubblici.

Il senato si allineò al parere di Catone, e Cicerone dispose immediatamente l'esecuzione dei catilinari.

Le incertezze già manifestate da Mario furono le medesime di Cicerone quando, nella vicenda di Catilina, esitò a esercitare i poteri che il senatoconsulto gli aveva attribuito. In più occasioni, il console si era trovato di fronte ad un imminente pericolo ma, nonostante il provvedimento fosse già stato emanato, non procedette né ad arresti né ad esecuzioni, consapevole di quanto fosse pericoloso agire in onta ai fondamentali principi di libertà.¹¹⁷ Si limitò a rinchiudere i ribelli nelle dimore dei senatori, sotto la loro sorveglianza, procrastinando così la decisione sulla loro sorte. E quasi per giustificare anche questo provvedimento, Cicerone, come emerge dalla terza Catilinaria, convocò l'assemblea cercando di convincere il popolo della colpevolezza dei congiurati e della necessità delle misure prese, misure che – il console lo sottolinea¹¹⁸ – avevano avuto anche l'approvazione degli dei. Il

¹¹² Cic., *Cat.* 4.4.7.

¹¹³ Sall., *Cat.* 51.43: in base alla versione di Sallustio, Cesare precisava che nessuno sarebbe potuto tornare a deliberare sulla sorte dei catilinari, né portando la questione all'attenzione del senato né del popolo, e chi avesse contravvenuto a queste disposizioni sarebbe stato trattato come un nemico pubblico.

¹¹⁴ App., *B.C.* 2.5.19.

¹¹⁵ Sall., *Cat.* 52.1-36.

¹¹⁶ Sall., *Cat.* 52.36.

¹¹⁷ Come emergerà anche in Cic., *pro Sest.* 34.73.

¹¹⁸ Cic., *Cat.* 3.8.18.

processo di Rabirio era troppo recente per non ricordare costantemente i rischi corsi dal vecchio senatore, processato per *perduellio* proprio per aver ucciso un *civis indemnatus*.¹¹⁹ Da valente avvocato, Cicerone sapeva bene che un senatoconsulto non aveva la forza di abrogare una legge, in particolare una legge che, in caso di pena di morte, riservava al giudizio del popolo l'ultima parola.

Fu questo probabilmente il motivo per cui trascorsero due mesi dall'emanazione del senatoconsulto senza che egli avesse preso alcun provvedimento contro i congiurati.¹²⁰ Il discorso di Cesare, come emerge dalla quarta Catilinaria, si incentrava proprio sulla illegittimità della pena capitale comminata in onta alla *provocatio* al popolo, esattamente la questione che angosciava Cicerone e che egli tentò di risolvere portando l'intero senato ad assumere una decisione. Quando infatti quest'ultimo, a seguito del discorso di Catone, si orientò nel senso di giustiziare i catilinari, Cicerone apparve sollevato dall'essere mero esecutore di una decisione presa collettivamente.

I dubbi sulla legittimità del senatoconsulto, che trasparivano dal comportamento incerto del console,¹²¹ non sembravano invece assillare Cesare che, almeno apparentemente, non metteva in dubbio la validità del provvedimento senatorio:

Caes., *B.C.* 1.7.5-6 *Quotiescumque sit decretum, darent operam magistratus, ne quid res publica detrimenti caperet, qua voce et quo senatus consulto populus Romanus ad arma sit vocatus, factum in perniciosis legibus, in vi tribunizia, in secessione populi, templis locisque editioribus occupatis; atque haec superioris aetatis exempla expiata Saturnini atque Gracchorum casibus docet; quarum rerum illo tempore nihil factum, ne cogitatum quidem ...*

In riferimento a un *senatusconsultum* emanato contro di lui nel 49 a.C., Cesare non discuteva sulla legittimità del decreto senatorio che – egli affermava – era sempre stato emanato in situazioni di emergenza: in occasione di leggi dannose, di violenza dei tribuni, di secessione del popolo, di occupazione di templi. Nel suo caso non si era verificato niente di tutto questo; niente che potesse giustificare l'emanazione di un senatoconsulto. In generale, dunque, Cesare non negava la legittimità del provvedimento, ma, in quel preciso contesto, la mancanza di presupposti. Ciò trovava conferma in un passo di Sallustio in cui, nel discorso tenuto in senato circa la sorte dei catilinari, Cesare escludeva la pena di morte ma proponeva l'esilio e la confisca dei beni riconoscendo quindi, implicitamente, la legittimità del provvedimento senatorio:

Sall., *Cat.* 51.43: *Sed ita censeo: publicandas eorum pecunias, ipsos in vinculis habendos per municipia quae maxime opibus valent ...*

Queste affermazioni, che, provenendo da un *popularis*, risultano alquanto singolari, diventano forse più comprensibili se ci si concentra sul ruolo da lui stesso rivestito nella vicenda di Catilina. Lungi dall'essere il personaggio idealizzato da Sallustio, che lo dipinge come assolutamente estraneo alla congiura,¹²² Cesare ne fu invece certamente lam-

¹¹⁹ In proposito v. J. CARCOPINO, *Giulio Cesare* cit., 185.

¹²⁰ Una decisione difficile quella di Cicerone; il console, infatti, da un lato si rendeva conto che la condanna a morte dei catilinari lo avrebbe posto definitivamente contro i *populares* e i potenti amici dei congiurati, alcuni dei quali appartenenti a famiglie illustri; dall'altro, che la scelta di una diversa soluzione lo avrebbe esposto a un'accusa di viltà: sul punto E. NARDUCCI, *Cicerone. La parola e la politica* cit., 172.

¹²¹ P. GRIMAL, *Cicerone* cit., 146.

¹²² Un chiaro riferimento si trova in Sall., *Cat.* 49.1 laddove lo storico richiama il nome di coloro che

bito.¹²³ Occupava, in senato, una posizione alquanto delicata: del suo legame con i catilinari erano sicuramente al corrente Catone, che in senato gli rivolse un'implicita accusa,¹²⁴ Crasso, anch'egli implicato nella congiura,¹²⁵ Cicerone, che aveva ricevuto preziose informazioni sul complotto dallo stesso Cesare.¹²⁶ L'ombra del sospetto, che gravava su di lui, gli imponeva un atteggiamento prudente: si era tirato fuori dalla congiura ma non al punto da voler condividere con gli ottimati quello strumento pericolosissimo che era il senatoconsulto ultimo. Doveva quindi assumere una posizione di delicato equilibrio che rendeva opportuno, da un lato, non infierire contro i catilinari,¹²⁷ ai quali era stato a lungo vicino e del cui appoggio poteva ancora aver bisogno, dall'altro, non contrastare apertamente gli interessi degli *optimates* e quindi anche la validità del temuto provvedimento senatorio. È pur vero che nel processo contro Rabirio fu lui a indurre Labieno a perseguire il vecchio senatore, ma lo fece abilmente, dietro le quinte. Non avrebbe quindi potuto pronunciare parole diverse da quelle che risultano dai passi citati, proprio perché era opportuno che la sua lotta contro il provvedimento senatorio fosse portata avanti con discrezione. Già l'accusa di *perduellio* nei confronti di Rabirio aveva costituito un ammonimento per i *patres* qualora avessero voluto nuovamente applicare il senatoconsulto; la proposta, nei confronti dei catilinari, dell'esilio e della confisca dei beni, aveva rappresentato un duro colpo al diritto vantato dal senato di agire, in casi di emergenza, con estrema durezza e contro le leggi. E sarebbe stata un'autentica vittoria per Cesare se il senato, all'ultimo momento, non si fosse allineato alla proposta di Catone.

2. Le vicende che hanno portato all'emanazione dei vari *senatusconsulta* sollecitano qualche riflessione sulla liceità o meno di tali provvedimenti. Il pericolo di un'imminente *seditione* e la presenza di una situazione di emergenza sembravano legittimare pienamente la possibilità per i consoli di usare in modo quasi dittatoriale i loro poteri per la salvezza della *res publica*. È stato infatti affermato¹²⁸ che sin dai primordi della *res publica* l'ordinamento romano aveva predisposto l'adozione di misure eccezionali in situazioni di imminente pericolo: la dichiarazione di *tumultus*¹²⁹ compiuta dal dittatore su ordine del senato, con cui veniva sospesa ogni

cercarono invano di indurre Cicerone a far pronunciare 'falsamente' il nome di Cesare agli Allobrogi. Sallustio, inoltre, nel riportare i fatti inerenti alla vicenda del 5 dicembre, tralascia, non a caso, un particolare importante: l'aggressione nei confronti di Cesare da parte della 'guardia del corpo' di Cicerone, dopo la proposta di Catone. Cesare, infatti, intuendo che quest'ultima sarebbe stata approvata, tentò di far votare separatamente la condanna a morte e la confisca dei beni; tale comportamento, definito *immoderatus* da Svetonio (Suet., *Caes.* 14.2), provocò la violenta reazione di un gruppo di cavalieri che si scagliarono contro Cesare e furono fermati solo grazie a un cenno di Cicerone: Plut., *Caes.* 8.3. Cfr. L. CANFORA, *Giulio Cesare. Il dittatore democratico*, Bari-Roma 1999, 47.

¹²³ Vell. Pat. 2.45.2. C. MEIER, *Giulio Cesare*, Milano 2004, 173; L. CANALI, *Sangue di Roma*, Casale Monferrato 2003, 53. Un'eventuale accusa di incoerenza mossa a Cesare, considerati i suoi trascorsi filocatilinari, deve tener conto, ad avviso di L. CANALI, *Giulio Cesare*, Roma 2006, 109 «della elementare esigenza rivoluzionaria di avvalersi di forze diverse in fasi diversi, nonché dell'importante passaggio da setta a partito che ogni movimento rivoluzionario deve compiere se vuole conquistare l'egemonia».

¹²⁴ Vell. Pat. 2.35.3.

¹²⁵ Dio Cass. 35.1; Sall., *Cat.* 17.7.

¹²⁶ L. CANFORA, *Giulio Cesare* cit., 45; ID., *La carriera "religiosa" di Cesare*, in G. URSO (a cura di), *Sacerdos. Figure del sacro nella società romana*. (Atti del convegno internazionale Cividale del Friuli, 26-28 settembre 2012), Pisa 2014, 170 ss.

¹²⁷ L. CANFORA, *Giulio Cesare* cit., 48 e 56.

¹²⁸ A. ORMANNI, *Necessità (stato di)* cit., 838 s.

¹²⁹ Cic., *Phil.* 8.1.3; 5.12.31; 6.1.2; Liv. 7.28.3; 34.56.11.

esenzione dal servizio militare, e quella di *iustitium*,¹³⁰ diretta conseguenza della precedente, con cui il dittatore ordinava ai *cives* di interrompere ogni affare pubblico o privato ai fini di un rapido arruolamento, ne erano un valido esempio.¹³¹ Tali provvedimenti, emanati in situazioni di turbamento politico nelle quali era possibile, e anzi necessario, sospendere le garanzie riconosciute ai cittadini, erano venuti a consolidarsi attraverso una prassi uniforme così da rientrare nel *mos romanus*: venendo infatti applicati ripetutamente e trovando l'acquiescenza del popolo, avevano dato luogo ad integrazioni che la costituzione, in quanto struttura aperta e non pienamente definita, era venuta a recepire. In particolare, il senatoconsulto ultimo, provvedimento politico ma conforme alle esigenze sociali, aveva generato in più occasioni la convinzione della sua legittimità, così che il suo ripetersi in modo uniforme lo aveva portato a far parte della costituzione e ad assumere valore normativo. Interessante appare in proposito un passo di Sallustio:

Sall., *Cat.* 29.2-3: *Itaque, quod plerumque in atroci negotio solet, senatus decrevit darent operam consules ne quid res publica detrimenti caperet. Ea potestas per senatum more Romano magistratui maxuma permittitur, exercitum parare, bellum gerere, coercere omnibus modis socios atque civis, domi militiaeque imperium atque iudicium summum habere; aliter sine populi iussu nullius earum consuli ius est.*¹³²

Dal testo emerge che il provvedimento, dall'ambito di applicazione piuttosto ampio potendo essere emanato in occasione di guerre esterne, di disordini interni, di *seditione* e *coniuratio*, conferiva 'pieni poteri' ai magistrati, incaricati dal senato di adottare tutte le misure necessarie affinché la *respublica* non soffrisse alcun danno. Il problema era quello di vedere se effettivamente l'uso reiterato del senatoconsulto avesse comportato una sua istituzionalizzazione sul piano giuridico, e cioè se tale provvedimento fosse entrato o meno a far parte integrante della costituzione.

Il termine *mos romanus*, com'è stato autorevolmente osservato,¹³³ non equivale necessa-

¹³⁰ Liv. 3.27.2-3; Liv. 4.31.9; Liv. 7.9.6. Su *tumultus* e *iustitium* v., tra gli altri, P. WILLEMS, *Le Sénat* cit., II, 243 ss.; Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht* cit., I, 269, 693; G. PLAUMANN, *Das sogenannte Senatusconsultum ultimum* cit., 346; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² III cit., 271. A. LINTOTT, *Violence* cit., 91, 154; ID., *The Roman Empire and its problems in the late second century*, in *The Cambridge Ancient History*², IX, Cambridge 1994, 36; J.B. UNGERN-STERNBERG, *Untersuchungen* cit., 67, 87, 118.

¹³¹ G. AGAMBEN, *Stato di eccezione. Homo sacer*, II.1, Torino 2003, 62 s., richiama invece l'opportunità di non interpretare il *iustitium* attraverso il paradigma della dittatura. Il primo, infatti, a differenza della seconda, non si caratterizza da 'una pienezza di poteri', ma, al contrario, da 'un vuoto e un arresto del diritto'. *Ultimus* deriva dall'avverbio *uls* e indica l'estremità più remota rispetto all'ordine giuridico: oltre questa, il diritto può solo essere sospeso, e ciò avviene tramite il *iustitium*: sul tema v. R. SCEVOLA, *Intorno alla controversa natura del senatoconsulto ultimo* cit., 180 ss.; C. MASI DORIA, *Salus populi suprema lex esto* cit., III, 1259; L. GAROFALO, *In tema di iustitium*, in *Piccoli scritti di diritto penale*, Padova 2008, 61 ss.

¹³² L'ultima parte del passo di Sallustio è stata ritenuta interpolata da P. WILLEMS, *Le sénat de la République romaine* cit., II, 252 nt. 6; A. GUARINO, *Senatus consultum* cit., 292 (= *Pagine di diritto romano* cit., III, 366), l'ha invece definita «una creazione fantastica». Sallustio afferma che, in assenza di un *senatusconsultum*, i consoli non avrebbero la possibilità di esercitare i loro illimitati poteri senza il voto delle assemblee. Ma non sono queste ultime a conferire i poteri ai consoli, poiché tali poteri derivano direttamente dall'*imperium*. Diversamente A. ORMANNI, *Necessità (stato di)* cit., 843 nt. 147 secondo cui la frase finale di Sallustio va spiegata nel senso che il magistrato, una volta investito dei pieni poteri, avrebbe potuto anche dichiarare guerra senza la preventiva deliberazione comiziale.

¹³³ A. GUARINO, *Extremum atque ultimum*, in *Labeo* 37, 1991, 11 (= *Pagine di diritto romano* cit., III, 384).

riamente a diritto ma indica il più delle volte una prassi politica. E una prassi politica, sebbene si ripeta a lungo in modo costante non dà luogo automaticamente a un istituto costituzionale, a meno che non produca effetti nuovi e rilevanti come la concessione di ulteriori poteri. Ma non è questo il senso di *permittitur* presente nel testo di Sallustio. Lo storico fa esplicito riferimento alla facoltà di richiamare l'esercito, fare la guerra, tenere sotto la più rigorosa disciplina i cittadini e gli alleati, esercitare infine i supremi poteri civili e militari, tutte facoltà di cui i consoli erano regolarmente investiti e che derivavano dall'*imperium* proprio delle magistrature maggiori. Il verbo *permittitur*, allora, voleva solo alludere ad una sorta di autorizzazione implicita dei *patres* nei confronti degli atti magistratuali. In altre parole, il senatoconsulto, per motivi d'urgenza, eliminava la fase preliminare nella quale i magistrati chiedevano al senato il parere sulle loro iniziative. Ciò non toglie che in molti casi i consoli usassero il senatoconsulto come "copertura" per porre in essere atti di spietata *coercitio* sui *cives*; in altri, invece, essi ritenevano opportuno rivolgersi al senato per ricevere la sua approvazione su azioni particolarmente rischiose.

3. A sostegno della piena legalità del senatoconsulto ultimo, è stato sostenuto che, sin dai tempi della repressione dei Bacchanali, il senato avesse decretato misure di polizia durissime che non avevano tenuto in alcun conto le disposizioni della *lex Valeria* consentendo così ai magistrati di eliminare i sostenitori del culto bacchico¹³⁴. È opportuno affrontare brevemente l'argomento per valutare se in effetti i provvedimenti assunti dal senato per reprimere il culto dionisiaco possano essere assunti come esempi di misure legittime.

Sin dal 186 a.C., il culto bacchico, rito d'iniziazione proveniente dall'Etruria, raccolse a Roma e in tutta Italia, un largo consenso popolare,¹³⁵ dando vita a un'associazione segreta in cui i numerosi adepti si staccavano dalla religione tradizionale romana per aderire al culto dionisiaco, uniti tra loro da un giuramento¹³⁶. Livio ci dice che, in principio, la grandezza della città riuscì forse a nascondere questo "male" che incominciava a insediarsi, ma quando in seguito la promiscuità, il vino, la complicità della notte, la solidarietà tra i membri e l'assenza di ogni limite al pudore resero evidente il pericolo che le feste notturne celebrate in onore di Bacco da uomini e donne, fanciulli e adulti degenerassero in orge turpi e peccaminose,¹³⁷ il senato, allarmato, deferì ai magistrati l'inchiesta sulla responsabilità dei riti orgiastici. Lo storico patavino descrive l'indagine preliminare del console Postumio con toni volutamente drammatici al fine di giustificare i provvedimenti d'urgenza assunti dal senato in vista di un caso eccezionale.¹³⁸ Il fenomeno, ormai propagatosi come una malattia contagiosa,¹³⁹ fu visto come un crimine contro la *respublica*: qualora infatti fosse stato un

¹³⁴ A. ORMANNI, s.v. *Necessità (stato di)* cit., 840.

¹³⁵ Liv. 39.15.10; 39.9.1. Sul tema, tra gli altri, P.V. COVA, *Livio e la repressione dei Bacchanali*, in *Athenaeum* 52, 1974, 82 ss.; J.L. MURGA, *Rebeldes a la República*, Barcelona 1979, 117 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *Il senato romano nella repressione penale* cit., 4 ss. e 47 ss.; J.-M. PAILLER, *Bacchanalia. La répression de 186 av. J.-C. a Rome et in Italie: vestiges, images, tradition*, Roma 1988, 151 ss.; C. RASCÓN, *A propósito de la represión de las bacanales en Roma*, in *Estudios jurídicos en homenaje al profesor U. Álvarez Suárez*, Madrid 1978, 385; A. LUISI, *La terminologia del terrorismo nella vicenda dei Bacchanali del 186 a.C., in Terror et pavor. Violenza, intimidazione, clandestinità nel mondo antico*. (Atti del convegno internazionale Cividale del Friuli, 22-24 settembre 2005), Pisa 2006, 145-155.

¹³⁶ Liv. 39.15.13; 39.18.3.

¹³⁷ Ironizza sul caos provocato dai Bacchanali, Plaut., *Aul.* vv. 406-414; *Amph.* vv. 703-704.

¹³⁸ Liv. 39.14.3-5.

¹³⁹ Liv. 39.9.1: *huius mali labes ex Etruria Romam velut contagiose morbi penetravit*.

solo cittadino a violare deliberatamente le prescrizioni rituali pubbliche, questi sarebbe stato semplicemente escluso dalla comunità e fatto oggetto di pubblico disprezzo; ma quando a rifiutarsi di praticare il culto ufficiale fosse stato un intero gruppo,¹⁴⁰ ci si trovava di fronte a un autentico “complotto, a una secessione”.¹⁴¹ Occorreva, pertanto, un intervento duro e tempestivo. A seguito dell'inchiesta affidata ai consoli, il senato demandò dunque a questi ultimi una *quaestio extra ordinem*¹⁴² con la quale li autorizzava a procedere con severità contro coloro che avessero aderito alle prescrizioni pericolosamente sovversive del rito dionisiaco;¹⁴³ stabili inoltre che per il futuro fosse bandita ai Baccanali ogni possibilità di riunione.¹⁴⁴ Livio, nel fornirci il resoconto del provvedimento senatorio volto alla repressione di tale culto, precisa che esso era diretto contro una *coniuratio*.¹⁴⁵ Il programma dei Baccanali, cui essi avevano aderito con giuramento, era visto come una congiura politica diretta a sovvertire la *respublica*. L'accusa di cospirazione bastò ai consoli per comminare la pena capitale senza concedere possibilità di appello: Livio, nel trattare dei processi ai Baccanali, non fa infatti alcun riferimento alla *provocatio* e richiama il popolo solo per ricordarne la convocazione da parte di Postumio diretta a comunicare il contenuto del senatusconsulto.¹⁴⁶ Tale garanzia veniva esclusa perché la persecuzione da parte del console non rappresentava il semplice esercizio del *ius coercitionis*, ma un vero e proprio *iudicium*, un'arbitraria sostituzione del processo comiziale: dal punto di vista costituzionale, un'evidente usurpazione.¹⁴⁷

È vero che la violenza,¹⁴⁸ l'omosessualità, la depravazione si opponevano ai principi altamente morali perseguiti, o almeno professati, dal ceto dirigente romano ed erano, in quanto tali, inaccettabili; è altrettanto vero, tuttavia, che il racconto di Livio in più punti attribuisce ai fatti una motivazione esclusivamente politica tralasciando aspetti che potrebbero, da un lato, attenuare la responsabilità degli adepti, dall'altro non giustificare appieno il comportamento dei consoli.

L'associazione clandestina cui lo storico attribuisce l'intento di *coniurare*, si collocava in un momento estremamente critico della storia di Roma. A pochi anni di distanza dalla fine

¹⁴⁰ Liv. 39.13.14: “*Multitudinem ingentem, alterum iam prope populum esse ...*”.

¹⁴¹ J. SCHEID, *La religione a Roma*, (trad. it. M.N. Pierini) Roma-Bari 1983, 18. J.-M. PAILLER, *Bacchanalia* cit., 175 nota l'assenza, nella valutazione del senato, di qualsiasi differenziazione tra fatto religioso e fatto criminale, tra colpevole ‘nel pensiero’ e colpevole ‘in atto’ dal momento che, osserva l'Autore, dal pensiero si passa spesso all'azione.

¹⁴² Liv. 39.14.6: *Quaestionem deinde de Bacchanalibus sacrisque nocturnis extra ordinem consulibus mandant ...*

¹⁴³ F. DE MARINI AVONZO, *Il senato romano nella repressione penale* cit., 69 ss., richiama il ruolo determinante ricoperto sicuramente da Catone nella repressione del culto. Il suo noto conservatorismo, che gli impediva di staccarsi dagli antichi *mores* portandolo a sobillare il popolo contro tutto ciò che proveniva dalla Grecia, non poteva restare indifferente di fronte al dilagare del culto bacchico. In proposito cfr. anche A. LUIZI, *La terminologia del terrorismo* cit., 145 ss.

¹⁴⁴ Liv. 39.18.8.

¹⁴⁵ Liv. 39.8.3 (v. nt. 1).

¹⁴⁶ Liv. 39.15.1 ss.

¹⁴⁷ In tal senso già B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*² cit., 100 il quale sottolinea che questa competenza del senato, motivata da circostanze di eccezionale gravità, non incontrò particolari ostacoli e finì per essergli riconosciuta come propria. In proposito, diversamente, D. MANTOVANI, *Il problema d'origine dell'accusa popolare. Dalla «quaestio» unilaterale alla «quaestio» bilaterale*, Padova 1989, 21.

¹⁴⁸ Liv. 39.8.7-8.

della seconda guerra punica, la crisi economica e sociale che aveva investito la repubblica e che aveva portato ad una concentrazione del potere politico nelle mani di una ristretta classe oligarchica, non poteva non intaccare la sfera religiosa. Le frustrazioni delle masse e la loro profonda insoddisfazione riuscirono a trovare appagamento in questo culto proveniente dall'Etruria che offriva loro uno sfogo e la speranza di una gioia ultraterrena che avrebbe compensato le sofferenze della vita. L'aspetto psicologico era dunque fondamentale nell'adesione al rito bacchico, ma Livio non vi fa alcun riferimento.¹⁴⁹ Fa invece esplicita allusione alla portata politica della congiura, diretta, in quanto tale, a sovvertire la *respublica*, allineandosi in questo modo all'orientamento del senato che presentava le regole e i rituali del culto bacchico come pericolosamente sovversivi.

Il termine *coniurare* fa sicuramente riferimento alla prestazione di un giuramento¹⁵⁰ ma quest'ultimo, relativamente alla vicenda dei Bacchanali, non mirava al rovesciamento della repubblica,¹⁵¹ ma a mantenere il segreto su tutto ciò che si svolgeva durante i riti e che doveva restare circoscritto all'interno della setta. Era dunque un giuramento di fedeltà prestato al momento dell'iniziazione dai seguaci di Bacco che, a questo scopo, pronunciavano determinate preghiere ripetendo le parole del sacerdote.¹⁵² Era proprio l'esclusivismo del culto bacchico a impedire qualunque ingerenza da parte del senato: quest'ultimo più volte aveva accettato divinità estranee alla tradizione romana, come la *Magna Mater* alla quale, una volta trasferita a Roma,¹⁵³ aveva fatto addirittura erigere un tempio sul Palatino, ma non riusciva a esercitare alcun controllo sul culto dionisiaco che aveva invece vita a sé. Da qui la profonda intolleranza verso questa religione e il deferimento ai consoli di una *quaestio extra ordinem* per perseguire i seguaci di Bacco.

Dall'iscrizione del senatoconsulto¹⁵⁴ emerge che, in caso di violazione dei precetti stabiliti, i consoli avrebbero dovuto irrogare la pena di morte. Nonostante l'assenza di indicazioni sulle modalità con cui ciò sarebbe dovuto avvenire, è stata tratta la conclusione che i magistrati fossero autorizzati a comminare condanne capitali in via definitiva.¹⁵⁵ Tale interpretazione appare, però, del tutto arbitraria. Essa infatti presuppone implicitamente la possibilità, per il senato, di attribuire ai consoli poteri maggiori di quelli comunemente derivanti dall'*imperium*, ma tale facoltà esulava dalle sue competenze. Deferire ai magistrati

¹⁴⁹ L'importanza dell'aspetto psicologico nell'osservanza di tale culto è messa in evidenza da F. DE MARINI AVONZO, *Il senato romano nella repressione penale* cit., 55 ss. Pur riconoscendo gli inevitabili problemi che un rito orgiastico poteva creare in una società preordinata all'ordine e alla razionalità, la studiosa osserva tuttavia che esso costituiva uno sfogo, un'evasione in un momento difficile causato da una società in via di sviluppo; J. SCHEID, *La religione a Roma* cit., 114 ss.

¹⁵⁰ *Thesaurus*, IV, s.v. *coniurare=cum iurare*, 339 ss. Sui problemi di traduzione del termine *coniuratio* v. J.-M. PAILLER, *Bacchanalia* cit., 21 ss.

¹⁵¹ In tal senso già F. DE MARINI AVONZO, *Il senato romano nella repressione penale* cit., 61 s.; A. LUISI, *La terminologia del terrorismo* cit., 155: entrambi gli studiosi ricordano che già Plauto, nelle sue commedie (*Aul.* vv. 406-414; *Amph.* vv. 703-704), aveva fatto riferimento al culto di Bacco; il popolo, quindi, ne era informato e non aveva mai dimostrato particolare preoccupazione.

¹⁵² Liv. 39.18.3.

¹⁵³ Nel 204 a.C., dopo la consultazione dei Libri Sibillini e dell'oracolo di Delfi, il senato decise di trasferire la pietra nera di Pessinunte, simbolo della dea, a Roma, nonostante i suoi riti fossero non meno scandalosi di quelli di Bacco.

¹⁵⁴ Iscrizione sulla tavola di bronzo trovata a Tirolo nel 1640. Nelle ll. 24-25 si legge: *Sei ques esent, quei avorsum ead fecisent quam suprad scriptum est eis rem capitalem faciundam censuere.*

¹⁵⁵ C.H. BRECHT, *Perduellio* cit., 238.

una *quaestio extra ordinem* non significava infatti autorizzarli a privare i cittadini della loro principale garanzia quale la *provocatio ad populum*, ma semplicemente esortarli, in considerazione della particolare gravità del crimine, a trattare la questione dei Baccanali con assoluta priorità rispetto alle altre, cioè al di fuori dell'ordine naturale delle cause.¹⁵⁶ Nella pronuncia in relazione alla responsabilità o meno dei Baccanali, l'assemblea popolare, l'unica competente a esprimersi sulla colpevolezza degli accusati, non ebbe alcun ruolo:¹⁵⁷ a decidere fu solo il senato con la collaborazione dei magistrati, infrangendo prepotentemente il principio della divisione dei poteri, il cui rispetto era fondamentale per garantire una situazione di equilibrio tra gli organi istituzionali.

4. Il senatoconsulto ultimo forniva indubbiamente una formidabile copertura politica al magistrato, ma non poteva essere giuridicamente corretto. Un provvedimento privo di forza normativa non aveva il potere di sospendere né tantomeno di abrogare una legge, né vale richiamare la sua conformità alle esigenze sociali che, se da un lato richiedevano di risolvere una situazione di emergenza, dall'altro imponevano il rispetto delle garanzie del cittadino. E non importa se costui, come nel caso di Catilina, apparisse *sceleratissimus*:¹⁵⁸ l'indagine sul comportamento del reo e sulla sua conformità al diritto non poteva essere affidata al senato che invece entrava spesso nel merito di tali valutazioni pur non avendone la relativa competenza e lo faceva arbitrariamente al fine di raggiungere i suoi obiettivi. Tale potere spettava, in realtà, unicamente all'assemblea popolare e la recezione del senatoconsulto nella prassi, se da un lato attribuiva al provvedimento una straordinaria forza politica, dall'altro non giustificava poteri del senato che esulavano da quelli meramente consultivi, come il valutare se la *respublica* versasse in stato di pericolo o il dichiarare i cittadini romani *hostes publici*. Una parte della dottrina ha invece ravvisato, in quest'ultima dichiarazione, un atto embrionalmente giurisdizionale:¹⁵⁹ la competenza del senato relativa al *crimen maiestatis* avrebbe inglobato anche quella per *perduellio*, così che, già nell'ultimo periodo della repubblica, il consesso senatorio avrebbe rivestito in queste materie una funzione che la maggior parte degli studiosi gli riconosce, invece, solo per l'età imperiale.¹⁶⁰ Il principato

¹⁵⁶ Th. MOMMSEN, *Römisches Strafrecht* cit., 152 nt. 1; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² cit., II, 204 s.; DE MARINI AVONZO, *Il senato romano nella repressione penale* cit., 64; J.-M. PAILLER, *Bacchanalia* cit., 256; B. SANTALUCIA, *Processi "fuori turno" e "quaestiones extra ordinem": spunti critici*, in *Collatio iuris Romani. Études dédiées à Hans Ankum*, 2, Amsterdam 1995, 437-444 (= *Altri studi di diritto penale romano*, Padova 2009, 264 ss.). Punti in comune, ma anche divergenze, presenta l'interpretazione di C. VENTURINI, *Quaestiones ex senatus consulto*, in F. SERRAO (a cura di), *Legge e società nella repubblica romana*, II-2000, Napoli 2000, 278 (= *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*), Pisa 1996, 160 ss.

¹⁵⁷ C. RASCÓN, *A propósito de la represión de las bacanales* cit., 385 nt. 8.

¹⁵⁸ Cic., *part. or.* 106: Cicerone dà conto di una disputa tra *optimates* e *populares*. I primi sostenevano che fosse legittima l'esecuzione *sine iudicio* di un soggetto che avesse tentato di sovvertire lo stato; i secondi ritenevano il contrario, non essendo possibile che l'azione del magistrato potesse prescindere dal rispetto della *lex Valeria de provocatione* e della *lex Sempronia de capite civis*.

¹⁵⁹ J. BLEICKEN, *Senatsgericht und Kaisergericht. Eine Studie zur Entwicklung des Prozessrechtes im frühen Prinzipat*, Göttingen 1962, 22 ss.; aderisce in gran parte alle opinioni dell'Autore, U. VINCENTI, *La partecipazione del senato all'amministrazione della giustizia nei secoli III-IV d.C. (Oriente e Occidente)*, Padova 1992, 28 ss.

¹⁶⁰ G.I. LUZZATTO, *Rec. a J. BLEICKEN, Senatsgericht* cit., in BIDR 66, 1963, 149 ss.; precedentemente, in tal senso Th. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*³ cit., II.1, 124 e nt.1; F. DE MARINI AVONZO, *La funzione giurisdizionale del senato romano*, Milano 1957, 6; ID., *Il senato romano* cit., 114 s.; A.N. SHER-

si sarebbe quindi limitato a recepire una competenza giurisdizionale del senato già pienamente formatasi nel periodo precedente, estendendola poi al *crimen repetundarum*. Se così fosse, e quindi se la dichiarazione di *hostis publicus* fosse stata effettivamente un atto di natura giurisdizionale proveniente da “un potere legittimamente costituito”,¹⁶¹ non avrebbero avuto senso le pesanti conseguenze verso Opimio, Rabirio, Cicerone per aver disposto o eseguito la pena capitale verso *cives indemnati*. D'altronde, la profonda indecisione di Mario e Cicerone nel prendere provvedimenti rispettivamente nei confronti di Saturnino e dei catilinari, nonostante la “copertura” di un senatoconsulto ultimo, dimostrava la loro netta consapevolezza che quest'ultimo fosse nient'altro che un provvedimento politico che mai avrebbe potuto rendere incontestabili, da un punto di vista giuridico, le loro decisioni.

È vero che l'intromissione del senato in ogni affare di governo ne aveva affermato ulteriormente la centralità nel complesso equilibrio degli organi repubblicani, sì da comportare che esso avesse, di fatto, rafforzato i suoi poteri direttivi;¹⁶² ed è proprio il progressivo aumento della sua autorevolezza che rendeva comprensibile la sua opposizione a quella che sarebbe stata la scelta più ovvia in una situazione di emergenza, e cioè la nomina di un dittatore. Il motivo, escludendo che potesse rinvenirsi in un'esigenza di rapidità,¹⁶³ era ancora una volta politico: una figura, quale quella del *dictator*, che prendeva iniziative in assoluta autonomia e sfuggiva a qualunque controllo da parte del senato, non poteva che costituire, per quest'ultimo, una presenza ingombrante. Appariva indubbiamente più vantaggioso uno strumento emanato in una situazione valutata dallo stesso senato come eccezionale e deliberato nei confronti di persone dichiarate dal medesimo organo “nemici pubblici”.

La dichiarazione di *hostes rei publicae* era uno strumento prezioso per il senato perché gli consentiva di aggirare l'ostacolo rappresentato dalla *lex Sempronia de capite civis* la quale non trovava più applicazione in presenza di soggetti che, dichiarati nemici dello stato, perdevano la qualifica di cittadini. Eppure, se dall'88 a.C. in poi invalse la prassi di far precedere il senatoconsulto dalla dichiarazione di *hostis publicus*, non mancarono casi in cui ciò non avvenne. Il provvedimento d'urgenza emanato contro Cesare¹⁶⁴ nel gennaio del 49, a seguito di contrasti sempre più accesi con Pompeo in relazione ad alcune province, diede incarico ai consoli, pretori, tribuni della plebe e proconsoli di vigilare affinché Roma non subisse alcun danno, ma non fu preceduto da alcuna dichiarazione di *hostis publicus*. Questo vuol dire che non c'era alcuna regola precisa: a volte veniva emesso un senatoconsulto senza che fosse accompagnato dalla qualifica di nemico della repubblica, altre volte avveniva il contrario.¹⁶⁵ In assenza di una carta costituzionale e di una legislazione che ne definisse i limiti, il senatoconsulto non dava indicazioni sui modi con cui i magistrati avrebbero dovuto ‘salvare’ la *res publica*, né sui mezzi da usare, né sui criteri da adottare per valutare il

WIN WHITE, Rec. a J. BLEICKEN, *Senatsgericht* cit., in JRS 53, 1963, 203; A.H.M. JONES, Rec. a J. BLEICKEN, *Senatsgericht* cit., in TR, 32, 1964, 106 ss. Dello stesso avviso, in seguito, F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*² cit., IV.1, 567 nt. 60; A. ORMANNI, *Necessità (stato di)* cit., 844; F. ARCARIA, *Dal senatusconsultum alla cognitio senatus*, Napoli 2016, 16.

¹⁶¹ G.I. LUZZATTO, Rec. a J. BLEICKEN, *Senatsgericht* cit., 150.

¹⁶² A. ORMANNI, *Necessità (stato di)* cit., 844; G. CRIFÒ, *In tema di 'senatus consultum ultimum'* cit., 424.

¹⁶³ C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei Romani* cit., 7 s. e 129 ss.

¹⁶⁴ Caes., *B.C.* 1.5: *dent operam consules, praetores, tribuni plebis, quique pro consulibus sint ad urbem, ne quid res publica detrimenti capiat*.

¹⁶⁵ Ciò avvenne ad es. nel caso di Sulpicio e Mario che, insieme ad altri dieci cittadini, nell'88 a.C. furono dichiarati *hostes publici* senza che ci fosse un preventivo o un successivo senatoconsulto.

persistere della situazione di emergenza, né sui limiti di durata del mandato.¹⁶⁶ Non c'era dunque una disciplina che ne definisse il regolamento: ogni senatoconsulto aveva una sua storia ed era proprio la flessibilità della sua disciplina a confermarne il senso politico.

È innegabile che la solidarietà tra senato e magistratura abbia portato volutamente ad estromettere l'assemblea popolare da competenze che le erano proprie: riscontrare in questo un evidente abuso di potere non significa aderire a un cupo conservatorismo e non accettare l'idea che una costituzione 'aperta' possa e debba recepire le integrazioni che scaturiscono da nuove esigenze,¹⁶⁷ ma vuol dire semplicemente riconoscere che i principali diritti del cittadino rappresentavano da sempre delle priorità imprescindibili, la cui osservanza non poteva essere messa in discussione né da situazioni di emergenza né, tantomeno, da discutibili giochi di potere.

Le misure eccezionali assunte dal senato trovavano sicuramente una loro giustificazione sul piano politico, ma non su quello giuridico-costituzionale. Il senatoconsulto ultimo è un provvedimento che sarà sempre valutato come giusto o sbagliato a seconda che lo si guardi dal punto di vista dei *populares*, e quindi della legalità costituzionale, o degli *optimates*, e quindi della opportunità politica. Opportunità politica perché la legge era ancora in grado di tutelare la comunità: non c'era, infatti, situazione d'emergenza che potesse esonerare i magistrati dall'osservanza delle prescrizioni legislative né un "vuoto giuridico" da dover colmare con uno strumento straordinario che non fosse la dittatura; che potesse, in altre parole, giustificare costituzionalmente il senatoconsulto ultimo.

¹⁶⁶ Anche la formula con cui veniva emanato il senatoconsulto poteva presentare delle variazioni: "*videant consules, ne quid res publica detrimenti capiat*", "*ut magistratus rem publicam defendant*", "*ut (magistratus) rem publicam defendant*", "*ut libertatem legesque (magistratus) conservetur*": espressioni diverse che ne testimoniano l'estrema genericità. In proposito v. C. BARBAGALLO, *Una misura eccezionale dei Romani* cit., 56.

¹⁶⁷ Come invece sostiene S.A. FUSCO, Rec. a J.B. UNGERN-STERNBERG, *Untersuchungen* cit., 308.

FRANCESCA TERRANOVA
(Università di Palermo)

Due brani a confronto in tema di
testamenti factio (cum testibus):
D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*) e I. 2.10.9

ABSTRACT

The research compares two texts of Justinian's compilation: D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*) and I. 2.10.9, that provide two different solutions to the problem if the father and the brother of an *filius familias in potestate* who makes a will *de castrensi peculio* can be considered *testes idonei* in his will. The author formulates questions on the reasons for this dissent under two different profiles: why, in the *Institutiones*, the Justinian's compilers (probably, Theophilus) propose a determination, *ictu oculi*, opposite to that reported in the *Digesta*? What motivations justify the existence on the point of a probable dispute among the jurists?

PAROLE CHIAVE

Testamenti factio (cum testibus); *peculium castrense*; confronti testuali; antinomie.

DUE BRANI A CONFRONTO IN TEMA DI *TESTAMENTI FACTIO (CUM TESTIBUS)*: D. 28.1.20.2 (ULP. 1 AD SAB.) E I. 2.10.9

SOMMARIO: 1. Domande dalle quali muove l'indagine. – 2. La *quaestio* e la conseguente soluzione giurisprenziale espressa in D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*). – 3. La differente formulazione della *quaestio* riferita in I. 2.10.9 (la cui soluzione è mutuata da Gai 2.106) e PT. 2.10.9. – 4. Problema della divergenza di soluzioni sulla *quaestio de qua* all'interno della compilazione giustiniana e nostra ipotesi circa le ragioni del probabile dissenso giurisprudenziale deducibile dalla lettura di D. 28.1.20.2.

1. DOMANDE DALLE QUALI MUOVE L'INDAGINE.

Ci proponiamo in queste pagine di mettere a confronto due testi della compilazione giustiniana – D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*) e I. 2.10.9 – che, descrivendo *ictu oculi* la medesima fattispecie, sembrerebbero offrire divergenti soluzioni al problema se siano *testes idonei*, nel testamento di un *filius familias in potestate de castrensi peculio*, il padre e il fratello di costui. Ciò al fine di interrogarci sulle ragioni di tale supposto dissenso sotto due differenti angolazioni che possiamo riassumere nelle seguenti domande. Quali sono le motivazioni che giustificerebbero la sussistenza di un'ipotizzabile controversia tra i *prudentes* sul punto? Come mai lo *ius controversum* sulla questione *de qua* è sfuggito ai compilatori, i quali parrebbero, per questa via, prospettare nelle *Institutiones* imperiali una determinazione opposta a quella riferita nei *Digesta Iustiniani*, dando luogo a un'evidente antinomia?¹ E, ancora, se si ammette la presenza di una contraddizione tra D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*) e I. 2.10.9, si sarà trattato di involontaria disattenzione o di intenzionale puntualizzazione?

Sui problemi in esame, per quanto siamo riusciti ad appurare, manca in letteratura uno studio approfondito e in veste autonoma.² Invero, essi avevano destato già la nostra curio-

¹ A tal proposito v., per tutti, A. METRO, *Esempi di contraddizioni fra Istituzioni e Digesta*, in E. CHEVREAU, D. KREMER, A. LAQUERRIÈRE-LACROIX (a cura di), *Carmina Iuris, Mélanges en l'honneur de Michel Humbert*, Paris 2012, 562, che prende in esame ulteriori esempi di contrasti rispetto al confronto da noi studiato. Affronteremo tra breve la questione se, nel caso dei brani presi in esame in queste pagine, venga in rilievo una vera e propria antinomia (sul punto, spec. § 4, e ivi nt. 50). L'interesse per tali confronti ci pare *a fortiori* opportuno, qualora si accogliesse l'ipotesi «che l'elaborazione del manuale istituzionale, almeno a livello di una prima redazione ... possa forse già collocarsi tra la fine del 531 e la prima metà del 532 e quindi probabilmente ... ben prima della metà circa del 533, momento in cui la dottrina tende tradizionalmente a collocare il completamento della prima stesura del Digesto e il conseguente, successivo inizio della redazione del manuale istituzionale». Così G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale nelle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 1996, 588 ss. (dello studioso v. anche *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano*, Milano 2004, X nt. 6, 5 nt. 6, 34 e nt. 55, con bibliografia).

² Il più recente lavoro nel quale si discute dell'antinomia in esame è, da quel che ci risulta, F. LA ROSA,

sità in un nostro precedente contributo, la trattazione dei quali era rincantucciata, tuttavia, all'interno di una nota;³ vi torniamo adesso con maggiore consapevolezza, nel tentativo di esplorare più a fondo le questioni che ruotano intorno ad essi.

2. LA *QUAESTIO* E LA CONSEGUENTE SOLUZIONE GIURISPRUDENZIALE ESPRESSA IN D. 28.1.20.2 (ULP. 1 *AD SAB.*).

Prendiamo le mosse da

D. 28.1.20.2 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Per contrarium quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. et Marcellus libro decimo digestorum scribit posse: et frater ergo poterit.*⁴

Il brano è stato collocato dai compilatori giustinianeî sotto la rubrica '*Qui testamentum facere possunt et quemadmodum testamenta fiant*' (D. 28.1), sebbene il tema del lungo frammento ulpiano riguardi non tanto la *testamenti factio* c.d. attiva⁵ bensì una dissertazione sui *testes qui possunt non possunt in testamento adhiberi*, ovvero, mutuando la terminologia propria delle Istituzioni imperiali (2.10.6), '*cum quibus testamenti factio est*' *non est*.

Ora, è ragionevole ipotizzare che l'*incipit* del passo – '*Per contrarium*' – introduca un'evidente contrapposizione rispetto a ciò che precede nell'esposizione. Tuttavia, dalla lettura di

D. 28.1.20.1 (*ibid.*): *Potestatis autem verbum non solum ad liberos qui sunt in potestate referendum est, verum etiam ad eum quem redemit ab hostibus, quamvis placeat hunc servum non esse, sed vinculo quodam retineri, donec pretium solvat*⁶

I peculii speciali in diritto romano, Milano 1953, 144 ss. Ragguagli bibliografici circa la letteratura più antica che si è interessata alla *quaestio* oggetto d'indagine possono rinvenirsi, altresì, in F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, tradotto 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, *Libro XXVIII*, parte prima, tradotto e annotato da A. ASCOLI, Milano 1900, 346 nt. 78, 347 ntt. 79, 80 e 81, 348 ntt. 82 e 83, cui *adde* J.W. TROMP, *Dissertatio juridica inauguralis, annotationes ad nonnulla ictorum fragmenta*, Leovardiae 1837, 6 ss. nonché H. FITTING, *Das castrense peculium in seiner geschichtlichen Entwicklung und heutigen gemeinrechtlichen Geltung*, Halle 1871, 201 ss., con altra letteratura.

³ Ci riferiamo a *Osservazioni su Gai 2.108*, in AUPA 52, 2007-2008, 298 s. nt. 39.

⁴ Il brano in esame non è preso in considerazione dalla critica interpolazionistica – a differenza degli altri due che lo precedono, collocati dai compilatori di Giustiniano nel medesimo frammento (per i quali rinviamo a O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, coll. 1020 s., n. 2430, nonché all'*Index interpolationum quae in Iustiniani Digestis inesse dicuntur, editionem a Ludovico Mitteis inchoatam ab aliis viris doctis perfectam, adiuti curaverunt* E. LEVY, E. RABEL, II, *Ad libros Digestorum XXI-XXXV pertinens*, Weimar 1931, coll. 178-179). Non si è escluso che potesse essere stata manipolata nelle scuole postclassiche l'espressione '*pater eius qui*', ritenuta troppo «generica»: così F. LA ROSA, *I peculii speciali in diritto romano* cit., 146. Sul punto torneremo *infra*, § 4 e ivi nt. 61. Incidentalmente, avvertiamo che per i luoghi dei *Digesta Iustiniani* ci siamo avvalsi dell'edizione curata da TH. MOMMSEN, P. KRÜGER (*Corpus Iuris Civilis*, I¹³, Berolini 1963, rist. Hildesheim 2000).

⁵ Si tratta, com'è risaputo, di una terminologia di comodo, non impiegata nelle fonti giurisprudenziali, ma invalsa comunemente in letteratura. A tal proposito ci sia consentito rinviare per ragguagli bibliografici alle nostre *Tracce di 'improbus intestabilisque' nella Parafrasi di Teofilo e nei Basilici*, in AUPA 60, 2017, 251 s. nt. 33.

⁶ Sul passo, per un primo orientamento e circa i dubbi d'interpolazione *supra* accennati (nt. 4), rinviamo alla letteratura citata e discussa da M.V. SANNA, *La condizione giuridica del redemptus ab hostibus*

non si scorgono le ragioni della scelta di siffatto esordio,⁷ che appare chiara solo risalendo, a ritroso, al *principium*, ove leggiamo in chiusura che possono ricoprire il ruolo di *testes* in un testamento coloro che nel medesimo sono contemplati in veste di legatario e tutore, se nient'altro lo impedisca loro, come ad esempio <se si tratti> di una persona impubere o in potestà del testatore,

D. 28.1.20 pr. (*ibid.*): *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediatur, ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris.*⁸

dall'epoca classica al periodo diocleziano, in Studi economico-giuridici dell'Università di Cagliari 53, 1989-1990, 312 ss. (dell'A. v. anche, più di recente, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus*, Cagliari 1998, 70 ss.; *Nuove ricerche in tema di postliminium e redemptio ab hostibus*, Cagliari 2001, 62 s. e nt. 97); M.F. CURSI, *La struttura del 'postliminium' nella Repubblica e nel Principato*, Napoli 1996, 201; da ultimo, sul brano, v. S. BARBATI, *La redemptio ab hostibus e lo status del redemptus*, in *Atti dell'Accademia romanistica Costantiniana*, XXI, *Frontiere della romanità nel mondo tardo antico, Appartenenza, continuità, alterità, trasformazione e prassi*, Napoli 2016, spec. 201 ss., e ivi nt. 142. Ulteriore bibliografia di riferimento sull'istituto del *postliminium* può reperirsi in L. GAGLIARDI, *Decemviri e centumviri, Origini e competenze*, Milano 2002, 181 nt. 173 cui adde S. BARBATI, *Sui presupposti di applicazione e la natura giuridica degli effetti del postliminium*, in *Atti dell'Accademia romanistica Costantiniana*, XX, *Romani e barbari nella tarda antichità*, Roma 2014, 587 ss., con altra letteratura.

⁷ Non giova ad illuminare il problema la lettura del corrispondente passo nei Basilici, in quanto per B. 35.1.21 non solo non rinveniamo un apparato di scolii ma il testo è ricostruito sulla base di altre fonti bizantine o passaggi narrativi dei Basilici stessi: così, ad esempio, il *principium* è restituito sulla base di quanto si legge in Sch. 3 ad B. 21.1.16 (BS. 1242/4-6): Ζῆται βιβ. λε'. tit. α'. κεφ. κ', ὅτι κληρονόμος οὐ δύναται μαρτυρεῖν ἐν διαθήκῃ· ὁ δὲ ληγατάριος καὶ ὁ διδόμενος ἐπίτροπος δύναται, εἰ μὴ ἐτέρως κωλύεται τυχὸν ἄνηβος ὧν ἡ καὶ ὑπεξούσιος τοῦ διαθεμένου ... (Heimb. II.398 lo riporta quale Sch. 2 ad B. 21.1.16: Quaere lib. 35. tit. 1. cap. 20. quod heres in testamento testis esse non possit: legatarius autem et tutor testamento datus possint, nisi aliter impediatur, utputa quod impubes sit, vel in potestate testatoris ...). Per quanto concerne B. 35.1.21.2 (corrispondente a D. 28.1.20.2), nessuna indicazione può rinvenirsi nell'edizione curata da Scheltema e van der Wal (cfr. BT. 1561/21; e nell'apparato *sub v. 'testimonia'*); nonostante ciò, ci sembra che il testo possa ricostruirsi, almeno in parte, sulla base di quanto si legge in Tip. 35.1.19 [S. HOERMANN, E. SEIDL (a cura di), Τυπούκετος, *Librorum LX Basilicorum summarium. Libros XXIV-XXXVIII*, Roma 1943, 183]: ... καὶ περὶ τοῦ διαθεμένου ἐπὶ τοῖς ἰδιοκτητοῖς, πῶς καὶ ὁ πατήρ καὶ ὁ ἀδελφὸς ἐν διαθήκῃ) αὐτοῦ μαρτυροῦσι ... (Heimb. III.543: *Et de eo, qui de bonis castrensibus testamentum facit, quomodo et pater et frater in testamento eius testes sint*). Citiamo i brani tratti dai Basilici e il relativo apparato di σχόλια dalla più recente edizione groningenana, curata da H.J. Scheltema, con il concorso di N. van der Wal e D. Holwerda. Per le ragioni già segnalate da F. GORIA, *I «Basilici» e l'edizione di K.-W.-E. Heimbach*, in *Collana della «Rivista di diritto romano» – Testi 7*, Milano 2002, che citiamo da P. GARBARINO, A. TRISCIUOGGIO, E. SCIANDRELLO (a cura di), *Diritto romano d'Oriente. Scritti scelti di Fausto Gorla*, Alessandria 2016, 682 s., riteniamo utile dare conto anche della traduzione latina riportata nell'edizione di Heimbach, sebbene filologicamente non sempre attendibile, avendo l'accortezza, di volta in volta, di segnalare le difformità di restituzione del testo, ove rilevanti ai fini dell'indagine.

⁸ La spaziatura nel testo è nostra. Seguendo Schulz (*Sabinus-Fragmente in Ulpian-Commentar*, Halle 1906, rist. in Labeo, 10, 1964, 57, da cui citiamo), la porzione di testo '[Ad testamentum] testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediatur, ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris' è di Sabino. Diversamente Astolfi (*I libri tres iuris civilis di Sabino*², Padova 2001, 63), per il quale tali parole appartengono ad Ulpiano. Del passo ci siamo già occupati in *Osservazioni su Gai 2.108 cit.*, 306 ss., con letteratura alla quale rinviamo. Sul brano torneremo *infra*, § 4, per altre ragioni connesse alla presente indagine, formulando qualche ripensamento rispetto ad alcune soluzioni espresse in quella sede (sul punto v. nt. 75).

Seguendo l'andamento del discorso ulpiano, gli stralci del commento *ad Sabinum* che seguono (D. 28.1.20.1-3) tramandano una serie di osservazioni, anche in ordine a singoli problemi meramente incidentali,⁹ che ruotano intorno a quanto osservato dal giurista *'in testamento ... super prohibendis testimoniis eorum qui in potestate sunt'* (D. 28.1.20.3).¹⁰ Che i soggetti legati da vincoli potestativi (intendendo *potestas* nel senso di potere sui *filii familias*)¹¹ con il testatore non potessero essere considerati *testes idonei* nel suo testamento è una regola giurisprudenziale di cui sono tramandate più attestazioni.¹² A tale principio si riconnette anche la massima in virtù della quale *'reprobatur est in ea re domesticum testimonium'*, che secondo noi trova piena comprensione, circa la sua origine e *ratio*, nel regime peculiare della *testamenti factio (cum testibus)* risalente alla c.d. *'mancipatio familiae'*.¹³

⁹Tali sono, a parer nostro, i problemi riguardanti l'accezione del termine *'potestas'*, della quale si dà conto in D. 28.1.20.1, e la *quaestio* riguardante l'idoneità a testimoniare del *pater* e del *frater* del testatore, nella particolare fattispecie descritta in D. 28.1.20.2.

¹⁰Sul punto rinviando, per tutti, a R. ASTOLFI, *I libri tres iuris civilis di Sabino*² cit., 63. Per comodità del lettore riportiamo per intero D. 28.1.20.3 (Ulp. 1 *ad Sab.*), con le emendazioni proposte da O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis* cit., II, col. 1021, n. 2430, nt. 2: *Quae autem in testamento diximus super prohibendis testimoniis eorum qui in potestate sunt, in omnibus testimoniis accipias, ubi aliquid negotii <per aes et libram> geritur, [per quod adquiratur].* In proposito v. anche *Index interpolationum*, II, *Ad libros Digestorum XXI-XXXV pertinens* cit., col. 179. Il lungo frammento ulpiano, tratto dal primo dei libri *ad Sabinum*, prosegue con la trattazione di altre ipotesi di soggetti che non possono essere impiegati validamente come testimoni in un testamento (28.1.20.4-7) e con l'esposizione di ulteriori questioni circa le modalità con le quali si esplica l'intervento dei *testes* (28.1.20.8-10). Nella ricostruzione palinogenetica di Lenel (*Palingenesia Iuris Civilis* cit., II, col. 1021, n. 2430) si ipotizza, inoltre, che tra D. 28.1.20.6 e 28.1.20.7 vi fosse un ulteriore passaggio narrativo, collocato dai compilatori in D. 50.17.2.

¹¹Da quanto si legge in D. 28.1.20 pr.-3 si vince che con l'espressione *'in potestate'* Ulpiano alludesse «unicamente alla *potestas* sui *filii familias* e non avesse presenti persone in condizione servile», il che è dimostrato dal «fatto che dell'esclusione degli schiavi dal testimoniare nei testamenti» egli discute nel successivo paragrafo 7 del frammento. Così S. ROMANO, *Redemptus ab hostibus*, in RISG 5, 1930, 25 e, in senso adesivo limitatamente a tale punto, M.V. SANNA, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus* cit., 71 nt. 20, 72 nt. 25. A venire in gioco in D. 28.1.20.1 è, come non si è mancato di rilevare, un impiego «anomalo» del concetto di *potestas*, adoperato da Ulpiano per trattare dell'incapacità testimoniale del *redemptus ab hostibus*. In letteratura ci si è interrogati circa il problema se l'inidoneità di tale soggetto «sia da intendere come previsione singolare o, invece, come esemplare di una nozione di *potestas* nella quale possano essere fatti rientrare anche altri rapporti di dipendenza personale del *pater familias*». In tal senso F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia*, Cagliari 1996, 326 nt. 192, seguito da M.V. SANNA, *Ricerche in tema di redemptio ab hostibus* cit., 74. Più di recente, sulla questione, v. S. BARBATI, *La redemptio ab hostibus* cit., 202 nt. 142.

¹²Rinviamo alle fonti riportate al § 3 (ossia Gai 2.106; I. 2.10.9; PT. 2.10.9) nonché a D. 22.5.9 (Paul. 1 *ad Sab.*, per cui v. § 4 e nt. 80).

¹³In argomento v., per tutti, B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955, 81 s., il quale ipotizza, almeno per le origini, la sussistenza di un'uniformità non solo nella terminologia ma anche nella regolamentazione tra i vari tipi di *testamenti factio (cum herede, cum testatore, cum tutoribus, cum testibus)* discendente «dalla struttura stessa della *mancipatio familiae*», espressione quest'ultima che gli studiosi impiegano solitamente per indicare l'archetipo del *testamentum per aes et libram*, ma che nelle fonti è adoperata unicamente in tre luoghi tratti dai *Tituli ex corpore Ulpiani* (20.3, 20.9 e 28.6) in riferimento a una delle *'duae res'* che compongono il *testamentum per aes et libram* in età classica (*'familiae Mancipatio'* e *'verba nuncupationis'* o, con altra terminologia invalsa nelle fonti, *'nuncupatio testamenti'*; a tal proposito ci sia consentito rinviare al nostro contributo *Sulla natura 'testamentaria' della cosiddetta Mancipatio familiae*, in AUPA 53, 2009, 301 ss., in part. 315 ss.). Ci sembra concordino, ma solo limitatamente a tale punto, anche gli studiosi che sono tornati sul tema in tempi più recenti: in particolare, P. ARCÉS, *Sulla «natura fedecommissaria» del*

Tornando a D. 28.1.20.2, le osservazioni appena svolte consentono di spiegare appieno le ragioni dell'esordio del brano. Infatti, la locuzione '*Per contrarium*' segna una variazione rispetto all'argomento principale sino a quel momento trattato e introduce un diverso problema, se possa considerarsi *testis idoneus* non chi è *in potestate* del testatore (ossia il suo *filius familias*, che si ritiene senz'altro non lo sia) quanto piuttosto, e per inverso, il *pater*, e il *frater*, di colui che venga a trovarsi nella particolare fattispecie che ci apprestiamo a esaminare. Si aggiunga a quanto appena rilevato un'altra considerazione. Non ci pare irragionevole sostenere che l'impiego del costruito '*quaeri potest*'¹⁴ sia indice della circostanza che la fattispecie, suggerita in via ipotetica da Ulpiano, fosse controversa tra i giuristi; a ciò si accompagna, come ulteriore indizio, il richiamo all'opinione espressa da Marcello.¹⁵

«*gestum per aes et libram*» utilizzato per disporre «*mortis causa*», in RDR 11, 2011, 10 ss. (cui *adde* *La matrice genetica comune nell'introduzione del testamento librare e del fedecommesso*, in RDR 12, 2012, 5 e *Studi sul disporre mortis causa, Dall'età decemvirale al diritto classico*, Milano 2012, 181); G. NICOSIA, *Quasi pretii loco*, in IVRA 60, 2012, 25 ss.; G. COPPOLA, *Ancora qualche precisazione sul formulario del testamentum per aes et libram*, in IVRA 62, 2014, 250 s. [nonché dell'A. anche *Rec.* di F. TERRANOVA, *Ricerche sul testamentum per aes et libram, I. Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librare)*, Torino 2011, in IVRA 62, 2014, 485 e *Rec.* di P. ARCES, *Studi sul disporre mortis causa. Dall'età decemvirale al diritto classico (Milano 2013)*, in IVRA 64, 2016, spec. 405 s.]; M.F. CURSI, *La mancipatio familiae: una forma di testamento?*, in A. MURILLO VILLAR, A. CALZADA GONZÁLES, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ (a cura di), *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid 2016, 185 s. e nt. 2 [dell'A. si veda altresì, in argomento, *La mancipatio decemvirale e il nuovo diritto dei plebei*, in J. HALLEBEEK, M. SCHERMAIER, R. FIORI, E. METZGER, J.-P. CORIAT (a cura di), *Inter cives necnon peregrinos, Essays in honour of Boudewijn Sirks*, Göttingen 2014, 145 ss., spec. 154 ss.]. Sulla connessione *ab antiquo* tra *mancipatio familiae* e *nuncupatio* v. anche A. CORBINO, *Atti dicitis causa*, in P. NICZYPORUK, A. TARWACKA (a cura di), *Noctes iurisprudentialae. Scritti in onore di Jan Zabłocki*, Białystok 2015, 61 nt. 35. Sull'istituto *de quo* si rinvia, altresì, ai recentissimi lavori di S. CASTÁN, *Gai. Inst. 2.102: «Accessit tertium genus testamenti ... is si subita morte urgebatur» (breve nota en torno a la mancipatio familiae como testamento en peligro de muerte)*, in SCDR 28, 2015, 221 ss.; M. FUENTESECA, *La mancipatio familiae o el negotium testamenti ordinandi gratia*, in SCDR 29, 2016, 111 ss.

¹⁴ Abbiamo in proposito individuato quarantadue ricorrenze (trentuno del sintagma '*quaeri potest*', undici del suo inverso, '*potest quaeri*'), di cui ventotto si rinvencono in opere ulpiane: cfr. 4.3.7.9 (Ulp. 11 *ad ed.*); 4.4.11.1 (Ulp. 11 *ad ed.*); 7.3.1 pr. (Ulp. 17 *ad Sab.*); 12.1.9.6 (Ulp. 26 *ad ed.*); 17.1.54 pr. (Pap. 27 *quaest.*); 18.4.2.2 (Ulp. 49 *ad Sab.*); 18.5.7.1 (Paul. 5 *quaest.*); 23.3.10.5 (Ulp. 34 *ad ed.*); 26.1.6.4 (Ulp. 38 *ad Sab.*); 26.4.3.8 (Ulp. 38 *ad Sab.*); 26.7.61 pr. (Pomp. 20 *epist.*); 26.10.3.6 (Ulp. 35 *ad ed.*); 27.9.3.2 (Ulp. 35 *ad ed.*); 27.9.5.12 (Ulp. 35 *ad ed.*); 28.1.20.2 (Ulp. 20 *ad Sab.*); 28.3.12.1 (Ulp. 4 *disp.*); 28.5.72.1 (Paul. 5 *ad leg. Iul. et Pap.*); 30.41.3 (Ulp. 21 *ad Sab.*); 33.10.5 pr. (Paul. 4 *ad Sab.*); 34.3.6.1 (Iav. 6 *epist.*); 34.5.10 pr. (Ulp. 6 *disp.*); 37.14.21.1 (Herm. 3 *iuris epit.*); 38.5.1.25 (Ulp. 44 *ad ed.*); 38.15.5.1 (Marc. 8 *dig.*); 38.16.2.7 (Ulp. 13 *ad Sab.*); 38.17.5.2 (Paul. 1 *ad sen. cons. Tert.*); 39.2.18.9 (Paul. 48 *ad ed.*); 40.4.13.1 (Ulp. 5 *disp.*); 40.5.4.6 (Ulp. 60 *ad ed.*); 40.5.30.14 (Ulp. 5 *fidei-comm.*); 41.4.2.2 (Paul. 54 *ad ed.*); 45.1.132 pr. (Paul. 15 *quaest.*); 45.3.18.2 (Pap. 27 *quaest.*); 47.2.14.11 (Ulp. 29 *ad Sab.*); 47.2.14.17 (Ulp. 29 *ad Sab.*); 47.2.27.1 (Ulp. 41 *ad Sab.*); 48.5.2.6 (Ulp. 8 *disp.*); 48.9.6 pr. (Ulp. 8 *de off. proc.*); 48.19.6.1 (Ulp. 9 *de off. proc.*); 48.21.2.1 (Macer 2 *publ.*); 50.2.2.1 (Ulp. 1 *disp.*). Sul punto si veda, altresì, VIR 4/2, Berlin-New York 1987, v. '*quaero*', coll. 1383 ss.

¹⁵ In proposito v. F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, parte prima cit., 348. Per corroborare l'ipotesi *supra* nel testo suggerita può addursi, altresì, un *argumentum e silentio*, che muove dalla constatazione che nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (segnatamente 20.3-8), dove ampia trattazione è dedicata all'istituto della *testamenti factio cum testibus* nel *testamentum per aes et libram*, non si faccia alcun cenno alla surriferita *quaestio*, presumibilmente perché non sarebbe stato opportuno inserire una questione controversa in un prontuario giuridico di *regulae*, a scopo precipuamente pratico. In Tit. Ulp. 20.3-8 neppure si menziona il problema se possa essere chiamato a testimoniare in un testamento colui che nel medesimo atto è istituito erede o a favore del quale si dispone un legato (v., a tal proposito, Gai 2.108, nonché I.-PT. 2.10.10 e D. 28.1.20 pr., sui quali *infra*, § 4).

Inoltre, ciò che colpisce subito dalla lettura di D. 28.1.20.2 è l'ampiezza della fattispecie. Infatti, nel passo sembrerebbe discutersi genericamente di *'qui de castrensi peculio potest testari'*, senza alcuna specificazione riguardo alla circostanza, da un canto, se tale soggetto sia un *miles* o un *veteranus*; dall'altro, se si tratti di un *filius familias in potestate*. Tuttavia, il riferimento a tale condizione giuridica sembra debba presumersi: inverso, solo muovendo dal sopramenzionato presupposto può ammettersi la *quaestio* relativa all'opportunità che il *pater* e il *frater* (assoggettato anch'egli alla medesima *patria potestas*) possano essere impiegati come testimoni. Concorre, del resto, ad avvalorare con sicurezza tale ipotesi, quanto poco più indietro rilevato circa la connessione tra il passo *de quo* e la chiusa di D. 28.1.20 pr. ove si accenna a *qui 'in potestate sit testatoris'*. Pertanto, a venire in considerazione in D. 28.1.20.2 è uno di quelle circostanze nelle quali è concesso a un *filius familias* soggetto a potestà di testare, ossia quando l'atto di ultima volontà verta su un patrimonio del quale egli sia in grado di disporre, come, per l'appunto, nell'ipotesi in cui riguardi la sorte del *peculium castrense*.¹⁶

Chiarito ciò, la genericità poc'anzi accennata, relativa alla condizione di *miles* o *veteranus* del *filius*, lascia aperte tre diverse fattispecie che, per ipotesi, potrebbero riguardarlo: il caso di un militare in servizio che si avvalga per testare del *testamentum militis*, quello di un *veteranus* che disponga *de castrensi peculio post missionem* e, infine, quello di un *miles* che faccia testamento *ante missionem 'extra castra'*.¹⁷ È forse superfluo ricordare che le ultime due ipotesi sono, com'è attestato in I. 2.11.3, modi di testare *'communi iure'*;¹⁸ la prima, invece, nasce quale *'privilegium'* concesso ai *militēs* (siano essi *sui iuris* o *alieni iuris*).¹⁹

Per provare a formulare qualche risposta plausibile, e fedelmente ancorata alle informazioni desumibili dalle fonti, circa il problema di quali fattispecie, tra quelle appena prospettate, siano esaminate in D. 28.1.20.2,²⁰ ampliamo il nostro spettro d'indagine all'analisi di I. 2.10.9 (con uno sguardo anche a Gai 2.106) e di PT. 2.10.9. Entriamo, quindi, nel vivo del confronto tra tali testi della compilazione giustinianea.

3. LA DIFFERENTE FORMULAZIONE DELLA *QUAESTIO* RIFERITA IN I. 2.10.9 (LA CUI SOLUZIONE È MUTUATA DA GAI 2.106) E PT. 2.10.9.

Muoviamo, anzitutto, dalla lettura di

I. 2.10.9: *In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est. sed si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate eiusdem patris est: reprobaturum est enim in ea re domesticum testimonium*.²¹

¹⁶ Rinviamo, a tal proposito, almeno a Tit. Ulp. 20.10; 23.10; Gai Ep. 2.2.1; Paul. Sent. 3.4a.3; I. 2.12 pr.; PT. 2.12 pr.; D. 24.1.3.4 (Ulp. 32 *ad Sab.*); 28.1.6 (Gai. 17 *ad ed. prov.*); 28.1.16 pr. (Pomp. lib. sing. reg.); 28.1.19 (Mod. 5 *pand.*); 29.1.29.3 (Marc. 10 *dig.*); 38.17.10 pr. (Pomp. 2 *senatuscons.*).

¹⁷ Rinviamo, in particolare, a F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette, Libro XXVIII*, parte prima cit., 346. Sulle tre fattispecie torneremo *infra*, § 4.

¹⁸ Per il testo di I. 2.11.3 v. *infra*, nt. 59.

¹⁹ Sul *testamentum militis*, fonti e letteratura di riferimento sono citate *infra*, nt. 52.

²⁰ È appena il caso di avvertire che, allo stato attuale dell'indagine, non si può *a priori* escludere che siano più d'una le situazioni giuridiche considerate in D. 28.1.20.2 né che quelle originariamente vagliate da Ulpiano (e, ancor prima, da Marcello) coincidano con quelle trattate dai compilatori di Giustiniano. Su tale questione v. le considerazioni svolte, in particolare, *infra* al § 4.

²¹ Per i luoghi tratti dalle Istituzioni giustinianee seguiamo la restituzione di P. KRÜGER, *Corpus Iuris*

Come anticipato, pare che nel passo sia preferita dai compilatori una soluzione diametralmente opposta a quella suggerita in D. 28.1.20.2 circa la medesima *quaestio*. Infatti, sancito il principio in virtù del quale ‘non deve essere chiamato tra i testimoni colui che è soggetto alla potestà del testatore’, la fattispecie subito dopo presentata – lungi dal derogare ad esso²² – riguarda ulteriori casi di inidoneità dei *testes* legati al testatore da un vincolo familiare fondato sulla *patria potestas*.

Il noto adagio ‘*reprobaturum est in ea re domesticum testimonium*’ è, in tale contesto, invocato come unica e unitaria spiegazione delle ragioni della non attitudine dei soggetti ricompresi, per l'appunto, nella qualifica di ‘*domestici testes*’²³ a essere chiamati a testimoniare in un testamento. È verosimile ipotizzare che ciò discendesse dal tipo di relazione familiare che intercorrevva tra di essi, incompatibile con la terzietà che il testimone è chiamato a rivestire nell'atto.²⁴

Di primo acchito, alcune differenze tra D. 28.1.20.2 e I. 2.10.9 sono immediatamente palesi. In *primis*, la fattispecie si presenta in quest'ultimo brano dai contorni maggiormente delineati. Si discute, senza che ciò dia adito a dubbi, circa l'ipotesi ‘*si filius familias de castrensi peculio post missionem faciat testamentum*’. A ben vedere, a essere esclusi dalla considerazione dei compilatori del manuale imperiale sono gli altri due casi che poc'anzi, in via puramente congetturale e a un prima lettura del testo, si è suggerito che potessero essere ricompresi nella previsione riferita in D. 28.1.20.2, ove la descrizione parrebbe più sfumata (‘*an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari*’). Ci riferiamo all'ipotesi del *filius familias in potestate miles*, che si avvalga della facoltà di testare circa il *peculium castrense* ‘*in castris*’ e a quella, assoggettata (almeno in età giustinianea) a una diversa regolamentazione (pur se *ante missionem*), concessa al medesimo soggetto ‘*extra castra*’. In secondo luogo, quasi a mo’ di ragion d'essere dell'inidoneità a testimoniare del *pater* del *filius familias* testatore e di ‘*is qui in potestate eiusdem patris est*’ è invocato, nel brano in esame, il principio ‘*reprobaturum est in ea re domesticum testimonium*’, del quale, invece, non si fa menzione in D. 28.1.20.2. In terzo luogo, è opportuno notare che, a differenza di quanto può, secondo noi, arguirsi dall'andamento espositivo di D. 28.1.20.2,²⁵ non si rinviene in I. 2.10.9 alcun indizio che possa minimamente lasciar intendere che su tale fattispecie i giuristi avessero espresso differenti soluzioni.

Delle analogie tra i due brani sono, però, inequivocabilmente presenti. Medesimo sembra il presupposto dal quale scaturisce l'esposizione del caso, ossia l'esclusione dei soggetti a potestà dalla *testamenti factio cum testibus*. Parimenti simile è l'esordio espositivo, nel quale sono impiegati, rispettivamente, i termini ‘*per contrarium*’ e ‘*sed*’.²⁶

Civilis cit., I¹³. Sul brano ci sia consentito rinviare anche alle considerazioni svolte nelle nostre *Osservazioni su Gai 2.108* cit., 297 s.

²² Come ci si potrebbe aspettare dall'*incipit* del discorso, che prende avvio mediante l'impiego della congiunzione avversativa ‘*sed*’ (sul punto, v. *infra*, ntt. 26 e 33).

²³ Tale espressione si rinviene in Tit. Ulp. 20.3, il cui testo è riportato *infra*, nt. 32.

²⁴ Riguardo alla dubbia etimologia del termine ‘*testis*’ e all'ipotesi, sostenuta da alcuni studiosi, circa la probabile connessione semantica con l'idea della terzietà rimandiamo alla bibliografia riferita nelle nostre *Osservazioni su Gai 2.108* cit., 293 nt. 27. A tal proposito si leggano nelle fonti almeno Cic., *pro Roscio Amer.* 36.103 (ed. H. KASTEN, 1968): ... *si sua res ageretur, testimonium non diceret* ...; nonché D. 22.5.10 (Pomp. 1 *ad Sab.*): *Nullus idoneus testis in re sua intellegitur*, del quale è restituita un'eco anche in PT. 2.10.10 (sul punto v. *infra*, § 4).

²⁵ V. *retro*, § 2.

²⁶ Si noti che per D. 28.1.20.2, se si ammette la nostra ipotesi, l'*incipit* ‘*Per contrarium*’ può trovare agevole spiegazione nell'inversione di prospettiva, e di soluzione, alla quale poc'anzi si è accennato (dalla

Ciò rilevato, per inquadrare meglio da dove ha origine l'impostazione della questione esaminata in I. 2.10.9, leggiamo la sua probabile fonte,²⁷ ossia

Gai 2.105-106: [105] *In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris, quia propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat; itaque reprobaturum est in ea re domesticum testimonium.* [106] *Unde et si is qui in potestate patris est familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem qui in eadem potestate est, uelut frater eius. Sed si filius familias ex castrensi peculio post missionem faciat testamentum, nec pater eius recte testis adhibetur nec is qui in potestate patris est.*²⁸

Ai fini dell'indagine, è interessante notare che il brano è quasi per intero omissivo in I. 2.10.9, salvo alcune porzioni di testo che ci accingiamo a indicare. È noto che i compilatori giustinianeî hanno adattato i passi giurisprudenziali che trattavano del *testamentum per aes et libram* al nuovo testamento, eliminando ogni cenno alle formalità ormai cadute in desuetudine (com'è il caso della *mancipatio* e conseguenzialmente, ad esempio, di alcuni soggetti in essa coinvolti, quali il *familiae emptor* e il *libripens*).²⁹ Pertanto in I. 2.10.9, della narrazione gaiana sono mantenuti l'*incipit* di Gai 2.105 (escludendo, però, il riferimento al *familiae emptor*), la frase conclusiva di Gai 2.106 sulla questione oggetto della nostra disa-

considerazione del figlio come testimone *non idoneus* nel testamento del proprio padre si passa alla valutazione, risolta positivamente, della capacità di rivestire validamente il ruolo di *testis*, nel testamento del proprio *filius*, del *pater*, nonché del *frater*). Invece, l'impiego della congiunzione avversativa '*sed*' in I. 2.10.9 non risulta perfettamente intellegibile. Invero, una sua possibile spiegazione si rinviene, a parer nostro, volgendo l'attenzione all'esposizione tradata nel palinsesto veronese delle Istituzioni gaiane, a proposito del problema concernente l'inammissibilità nel *testamentum per aes et libram* di '*domesticum testimonium*' (cfr. Gai 2.106, *supra* riportato nel testo di questo stesso paragrafo).

²⁷ In tal senso v., 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, 365. Anche A. ZOC-CO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia*, I, Catania 1908, 339, ritiene la fonte «certa e controllabile», pur rilevando che dal confronto tra Gai 2.105-106 e I. 2.10.9 emerge un inequivoco rimaneggiamento da parte dei compilatori del manuale imperale (v. *infra*, nel testo di questo paragrafo, e nt. 30).

²⁸ Riportiamo la fonte secondo la restituzione curata da P. KRÜGER, G. STUEMUND, *Gai Institutiones ad Codicis Veronensis Apographum Studemundianum novis curis auctum*, Berolini 1923. Dei testi ci siamo già occupati, per altre ragioni, in *Osservazioni su Gai 2.108 cit.*, in part. 289 ss. Nei *Tituli ex corpore Ulpiani* è restituito un passaggio pressoché corrispondente a quello presente nella trattazione istituzionale gaiana (Tit. Ulp. 20.3-5: [3] *Qui in potestate testatoris est, aut familiae emptoris, testis aut libripens adhiberi non potest: quoniam familiae mancipatio inter testatorem et familiae emptorem fit, et ob id domestici testes adhibendi non sunt.* [4] *Filius familiae emente, pater ejus testis esse non potest.* [5] *Ex duobus fratribus, qui in eadem patris potestate sunt, alter familiae emptor, alter testis esse non potest: quoniam, quod unus ex his mancipio accipit, acquirit patri, cui filius suus testis esse non debet*, che citiamo da G. HUGO, *Domitii Ulpiani Fragmenta. Libri regularum singularis uti videtur vulgo Tituli ex corpore Ulpiani, unicum codicem Tiliianum olim jam Vaticanum*, Berolini 1814), fatta eccezione per la chiusa di Gai 2.106, ove si accenna per l'appunto alla fattispecie esaminata in queste pagine, della quale non si fa alcuna menzione in tale opera. Ciò, a nostro avviso, non è privo di significato: v. *retro*, nt. 15.

²⁹ V., per tutti, L. CHIAZZESE, *Confronti testuali, Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, Parte generale, (estr. da AUPA, 16, 1931), Cortona 1931, 359 e nt. 1, 390 e nt. 2, nonché dello studioso – specificamente su Gai 2.105-106 e I. 2.10.9 – G. FALCONE (a cura di), *Confronti testuali, Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane*, Parte speciale (Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo – Collana "Fonti", 4), Torino 2018, in corso di stampa.

mina e, da ultimo, l'inciso '*reprobaturum est in ea re domesticum testimonium*'.³⁰ Quest'ultimo – si noti bene – nell'esposizione gaiana è riferito a conclusione del § 105 per spiegare le ragioni per cui '*In testibus autem non debet is esse, qui in potestate est aut familiae emptoris aut ipsius testatoris*'.³¹ Stando a quanto apprendiamo da Gaio, esse hanno a che fare con la storia del *testamentum per aes et libram* e con il ruolo che originariamente avrebbe rivestito il *familiae emptor* nella c.d. *mancipatio familiae* ('... *propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat*').³²

Il seguente '*unde et*', di Gai 2.106 – che estende il problema se possano essere *iure adhibiti* come testimoni nel testamento anche al *pater*, e a '*is qui in eadem potestate est, uelut frater*', rispettivamente del *familiae emptor* o del testatore – sembrerebbe, a nostro avviso, rimarcare un'ulteriore conseguenza che discende dal sopramenzionato principio.³³

³⁰ L. CHIAZZESE, *Confronti testuali, Contributo alla dottrina delle interpolazioni giustiniane, Parte speciale* cit., sottolinea che per Gai 2.105-106 e I. 2.10.9-10 non «si può parlare propriamente di confronto: i testi in esame sono interessanti perché ci offrono un notevole esempio di rimaneggiamento compilatorio. Il § 9 Inst. è formato per intero da passi gaiani escerpiti dai §§ 105 e 106. Non è affatto seguito l'ordine dell'originale: il § 9 s'inizia con il primo periodo del § 105 debitamente semplificato, continua con l'ultima parte del § 106, si chiude con l'ultimo periodo del § 105; il testo giustiniano, pur non contenendo che espressioni e concetti gaiani, sorge da un completo sconvolgimento dell'originale. Sostanzialmente le differenze tra il passo originale e quello rifatto sono gravi: il primo si riferisce alla *mancipatio familiae* (*testamentum per aes et libram*), il secondo al nuovo testamento imperiale, sorto dalla fusione del testamento civile e del pretorio. I Compilatori han soppresso quanto si riferiva alla forma del testamento per aes et libram, adattando i principi generali che valevano per quello al nuovo testamento imperiale». Rinviamo sul punto anche a A. ZOCCO-ROSA, *Imp. Iustiniani Institutionum Palingenesia* cit., I, 340.

³¹ Analoga impressione si ricava da Tit. Ulp. 20.3-5, il cui testo è retro riportato, alla nt. 28.

³² Similmente, ma esponendo concisamente la *ratio*, Tit. Ulp. 20.3: ... *quoniam familiae mancipatio inter testatorem et familiae emptorem fit*. A tal proposito, v., tra i tanti, G. SCHERILLO, *Corso di diritto romano. Il testamento*, II, Milano 1967, 12 s., il quale sottolinea che in Gai 2.105-106 a venire in rilievo non «è tanto la generica attitudine ad essere testimoni», la quale viene in sostanza presupposta, ma è «la specifica attitudine ad essere testimoni in quel determinato testamento», attitudine che è strettamente connessa alla struttura bilaterale dell'atto che «prevedeva, in origine, quali parti essenziali, il testatore (o meglio, il disponente) e il *familiae emptor*: l'idoneità di certi soggetti ad essere testimoni in un certo e determinato testamento viene commisurata sulle persone del testatore e del *familiae emptor*, nel senso che i testimoni non devono trovarsi in certe relazioni ... con le parti di cui sopra». Tanto è vero ciò che in Tit. Ulp. 20.6 leggiamo che '*Pater et [filius] qui in potestate eius est, item duo fratres qui in eiusdem patris potestate sunt, testes utrique, uel alter testis, alter libripens fieri possunt, alio familiam emente; quoniam nihil docet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*'. Il brano è riprodotto quasi testualmente anche in D. 22.5.17, Ulp. *lib. sing. reg.* '*Pater et filius qui in potestate eius est, item duo fratres qui in eiusdem patris potestate sunt testes utrique in eodem testamento vel eodem negotio fieri possunt, quoniam nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*' e I. 2.10.8 '*Pater nec non is, qui in potestate eius est, item duo fratres, qui in eiusdem patris potestate sunt, utrique testes in unum testamentum fieri possunt: quia nihil nocet ex una domo plures testes alieno negotio adhiberi*'. Rinviamo, sul punto, anche a PT. 2.10.8; D. 28.1.22 pr. (Ulp. 39 *ad ed.*); B. 21.1.16 (BT. 1017/6-8 = Heimb. II.398); Sch. 1 *ad* B. 21.1.16 (BS. 1241/32-33 = Heimb. II.398); B. 35.1.23 (BT. 1562/21-22 = Heimb. III.543).

³³ Incidentalmente, si noti però che, sebbene il giurista di età antoniniana reputi *testes non idonei* i soggetti legati da vincoli potestativi tanto con il *filius familias familiae emptor*, quanto con il *filius familias* testatore, tuttavia le rispettive soluzioni, di per sé identiche (in quanto risolte entrambe in senso negativo), sono differenziate dall'uso da parte di Gaio della particella avversativa '*sed*'. Comprendiamo, a questo punto, le ragioni (sulle quali poc'anzi ci eravamo interrogati: nt. 26) della presenza del termine in I. 2.10.9:

Ancora, circa il confronto tra Gai 2.106 e I. 2.10.9 ci preme sottolineare da ultimo che in quest'ultimo brano, a differenza del primo,³⁴ l'adagio '*reprobaturum est in ea re domesticum testimonium*' è posto a conclusione dei casi d'inidoneità a testimoniare dei soggetti appartenenti alla *familia* del *filius familias in potestate* testatore³⁵ e, sganciato dal contesto storico dal quale ha tratto origine, assume nella compilazione giustiniana portata generale ed onnicomprensiva.

Inquadrata anche la fonte giurisprudenziale di I. 2.10.9, non ci resta che dedicarci al corrispondente brano della Parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee, sul quale vale la pena porre particolare attenzione, in quanto Teofilo non si limita in tale luogo a tradurre meramente ai discenti il ῥητόν. Quest'ultima, com'è risaputo, è una caratteristica di numerosi passi della sua trattazione, conforme in ciò alla metodologia impiegata dagli *antecessores*.³⁶

Ora, PT. 2.10.9 è interessante per la nostra indagine, anche e soprattutto, per un'altra ragione. Riguarda una materia inserita all'interno del 'Τίτλος ι', 'Βιβλίον δεύτερον' (PT. 2.10: '*De testamentis ordinandis*'),³⁷ che nel manuale imperiale – se si accoglie una recente ipotesi circa la ripartizione del lavoro tra i tre commissari³⁸ – era stata approntata, verosimilmente, proprio da Teofilo.³⁹

evidentemente, nell'operazione di adattamento del testo classico al diritto imperiale si è mantenuta la congiunzione senza rendersi conto del fatto che potesse risultare incomprensibile; tuttavia, ci sfuggono adesso quelle di Gaio, visto che la soluzione suggerita per entrambe le categorie di *testes* è la medesima, ossia, per l'appunto, la loro inidoneità. Si interrogano sull'impiego in Gai 2.106 della particella avversativa '*sed*' anche M. DAVID, H.L.W. NELSON, *Gai Institutionum commentarii IV, Kommentar (2. Lieferung)*, Leiden 1960, 318 s. Ci riserviamo in proposito di avanzare una possibile risposta, dopo aver esaminato anche PT. 2.10.9 e tratto le fila del discorso sin qui condotto (*infra*, § 4).

³⁴ E diversamente da quanto può evincersi dalla lettura di Tit. Ulp. 20.3-5 (su cui v. *retro*, nt. 28), dove manca tuttavia, come già sottolineato (alla nt. 15), il riferimento alla *quaestio* oggetto di disamina in queste pagine.

³⁵ Ciò è notato anche da G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in AUPA 45.1, 1998, 299: «in 2.10.9, che riproduce la seconda parte di Gai 2.106, l'aggiunta '*reprobaturum est in ea re domesticum testimonium*' non è altro che la chiusura di Gai 2.105, ove si indicava la *ratio* anche del regime illustrato al § 106».

³⁶ In proposito v., per tutti, J.H.A. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione-educazione-purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino, Da Giustiniano ai Basilici*, Pavia 2011, spec. 118 ss.

³⁷ Nella Parafrasi di Teofilo le rubriche dei titoli conservano la lingua latina originaria (v. J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum, with a translation by A.F. MURISON*, Chimaira-Groningen 2010, 956 ss.). Sulle implicazioni che discendono da ciò rinviando, da ultimo, a A.S. SCARCELLA, *Il latino nella Parafrasi. Teofilo e il recupero della lezione degli antichi*, in I. PIRO (a cura di), *Scritti per Alessandro Corbino*, 6, Tricase 2016, spec. 545 ss., 556 ss.

³⁸ Ci riferiamo alla ricostruzione della ripartizione delle materie tra i commissari incaricati di approntare il manuale imperiale suggerita da G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano* cit., *passim*, in particolare 305 ss., per il quale è Teofilo che si occupa di redigere il decimo titolo del secondo libro ('*De testamentis ordinandis*'). Tale *antecessor* avrebbe, inoltre, redatto le parti relative alle *personae* e alle *successiones per universitatem* (libro I; libro II, titoli 10-24; libro III, titoli 1-11), mentre Doroteo si sarebbe occupato di quelle concernenti le *res*, le *obligationes* e le *actiones* (libro II, titoli 1-9; titolo 25 del II libro; libro III, titoli 13-29; libro IV). Così G. FALCONE, *op. cit.*, in part. 305 ss., 323 ss., 384 ss. Circa i problemi di divisione del lavoro tra Teofilo e Doroteo e a proposito del ruolo svolto da Triboniano rinviando altresì alla bibliografia essenziale sul tema riferita da A.S. SCARCELLA, *La Parafrasi di Teofilo: un contributo al recupero di valori tradizionali nell'età dell'assolutismo imperiale*, Milano 2017, 20 s. nt. 28.

³⁹ È noto che, nella letteratura più antica in argomento, si erano espresse riserve circa l'attribuzione della Parafrasi greca delle Istituzioni giustinianee allo stesso Teofilo chiamato da Giustiniano a far parte

Soffermiamoci, dunque, sul denso passo restituitoci in

PT. 2.10.9: ... εἰ δὲ δυνηθῶμεν εὐρεῖν ὑπεξούσιον διατιθέμενον, τότε λοιπὸν σκοποῦμεν εἰ δυνατόν προβαίνειν τὰ ἐξῆς. καὶ ζητοῦντες εὐρίσκομεν τὸν UETERANON ὑπεξούσιον (UETERANOS δὲ ἔστιν ὁ στρατευσάμενος καὶ ἤδη τῆς στρατείας ἀφεθεὶς) εἰς τὸ CANSTRENSION PECULION δυνάμενον διατίθεσθαι, τουτέστιν εἰς δ' ἐκ τῶν ἐν πολέμοις ἐκτήσατο καμάτων. ἐτίμησαν γὰρ αὐτὸν αἱ διατάξεις. οὐκοῦν ἐπεὶ ὁ διατιθέμενος ὑπεξούσιος εὐρέθη, τρακταίσομεν τὰ ἐξῆς. ἄρα τοῦ UETERANU ὑπεξουσίου διατιθεμένου εἰς τὸ CANSTRENSION PECULION ὁ πατὴρ ὁ ἔχων αὐτὸν ὑπεξούσιον ἢ ὁ ἀδελφὸς αὐτοῦ ὁ συνυπεξούσιος δύνανται μαρτυρεῖν; καὶ λέγομεν ὅτι οὐδαμῶς. ἡ γὰρ οἰκιακὴ μαρτυρία, δὲ λέγουσιν οἱ νομικοὶ DOMESTICUM TESTIMONIUM, οὐ καλῶς ἐν διαθήκαις γίνεται. τὴν δὲ οἰκιακὴν μαρτυρίαν οὐκ ἐκ τῆς συγγενείας ἀλλ' ἐκ τῆς ἐνώσεως τῆς ἐν ὑπεξουσιότητι λαμβάνομεν. εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ αἱ διατάξεις διατίθεσθαι συνεχώρησαν αὐτῷ ἐν ὑπεξουσιότητι, ἀλλ' οὖν ἀπαιτοῦσιν αὐτὸν ὥστε διατιθέμενον μὴ καταφρονεῖν τῆς ἀκριβείας.⁴⁰

della commissione incaricata di redigere il manuale imperiale. Tali dubbi sono stati pressoché superati dagli studiosi più recenti, «specie dopo l'individuazione di un paio di scolii che già verso la metà del VI secolo attribuiscono PT all'antecessore costantinopolitano». Così G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano* cit., 278 nt. 132 con bibliografia, 305 s. Tra i lavori più recenti rinviemo almeno a J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* cit., XVIII ss.; C. RUSSO RUGGERI, *Teofilo e la spes generandi*, in IVRA 58, 2010, 172 nt. 12, con altra letteratura, ora in EAD., *Studi su Teofilo*, Torino 2016, 161 nt. 12; A.S. SCARCELLA, *La Parafrasi di Teofilo* cit., 5 nt. 5, con richiami bibliografici anche in merito al problema se sia stato l'*antecessor* a redigere personalmente la Parafrasi o se piuttosto si debba ai suoi studenti la trascrizione, redazione e pubblicazione delle lezioni del maestro.

⁴⁰ Cogliamo l'occasione per avvertire che per i testi tratti dalla Parafrasi di Teofilo ci siamo serviti dell'edizione groningenana curata da J.H.A. LOKIN, R. MEIJERING, B.H. STOLTE, N. VAN DER WAL, *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum* cit., 298 s., riportando altresì la traduzione inglese realizzata da Murison (su cui v. *op. cit.*, *Prolegomena*, 5.2, XLIV-XLV; nonché S. CORCORAN, *Murison and Theophilus*, in BICS 53.2, 2010, 93 ss.) che abbiamo confrontato (segnalando eventuali difformità nella restituzione del testo) con quella latina, rinvenibile nella più antica edizione olandese approntata da Reitz (*Theophili antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Caesarearum*, I, Hagae Comitibus 1751, 337 s.); abbiamo preferito quest'ultima alla traduzione latina di Ferrini (*Institutionum graeca Paraphrasis Theophilo antecessoris vulgo tributa*, I, Berolini 1884, 157) seguendo sul punto i rilievi di G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano* cit., 223 s., cui rimandiamo. Trad. Murison: ... But if we can find a son in power making his will, then we consider further whether the process can be carried out in detail. And, on examination, we find that a son that is a veteran – that is to say, a man that has served as a soldier and is now discharged from service – is capable of making a will of his *castrense peculium*, that is, of what he has acquired through his exertions in war; for him the constitutions have honoured. Accordingly, the person making the will having been found to be a family son, we shall deal with the remaining points. When, then, a son that is a veteran makes a will of his *castrense peculium*, can his father, who has him in his power, or a brother, who is in the power of the same father, be witnesses? Our answer is, Certainly not; for domestic testimony, what the jurists call *domesticum testimonium*, is not properly admitted in a will. Now it is not from blood-relationship, but from the unifying effect of the paternal power that we ascertain domestic testimony; for although the constitutions give a family-son full liberty to make a will, yet they require him, when he is making it, not to disregard its strict provisions; trad. Reitz: ... Quod si filiusfamilias invenire potuerimus testantem, tum porro dispiciamus, num reliqua procedere possint. Atqui quærentes invenimus filiumfam. veteranum, (VETERANUS autem est, qui militavit, & nunc militia solutus est) qui de castrensi peculio testari possit, id est, quod adquisivit ex laboribus bellicis: hunc enim constitutiones honoraverunt. Itaque, postquam inventus est filiusfamilias testans, tractemus reliqua. An ergo testante filiofam. veterano de peculio castrensi, pater eum in potestate habens, vel frater in ejusdem

Tralasciamo in questa sede di analizzare la porzione di testo ricompresa tra le parole ‘*Ἡνίκα*’ e ‘*ἐπ’ αὐτῷ*’, nella quale Teofilo svolge alcune osservazioni (servendosi di differenti θεματισμοί) in margine al principio generale espresso in I. 2.10.9 in virtù del quale ‘*In testibus autem non debet esse qui in potestate testatoris est*’, poiché ciò ci allontanerebbe parecchio dal nostro discorso.⁴¹ Concentriamoci, piuttosto, su quanto segue nella composita παραγραφή teofila, riguardo agli aspetti che maggiormente rilevano ai nostri fini.

Si noti che l’*antecessor*, adoperando un registro linguistico colloquiale, procede quasi per gradi nel presentare agli studenti la fattispecie, nonché la soluzione che ne discende, la quale, in linea con I. 2.10.9, sancisce l’esclusione di alcuni soggetti legati da rapporti potestativi con il figlio testatore dall’essere validamente considerati *testes* nel suo testamento. Teofilo muove, anzitutto, dal presupposto che si discuta di un *filius familias in potestate* che possa testare (‘εἰ δὲ δυνηθῶμεν εὐρεῖν ὑπεξούσιον διατιθέμενον, τότε λοιπὸν σκοποῦμεν εἰ δυνατόν προβαίνειν τὰ ἐξῆς’); specifica, in seconda battuta, che a venire in considerazione è un *veteranus in potestate* che disponga, mediante atto di ultima volontà, del *peculium castrense* (‘καὶ ζητοῦντες εὐρίσκομεν τὸν UETERANON ὑπεξούσιον ... εἰς τὸ CANSTRENSION PECULION δυνάμενον διατίθεσθαι’) ed esplicita, per inciso, chi possa considerarsi ‘*veteranus*’ (‘UETERANOS δὲ ἐστὶν ὁ στρατευσάμενος καὶ ἤδη τῆς στρατείας ἀφεθείς’) e cosa debba intendersi per ‘*castrense peculium*’ (‘τουτέστιν εἰς ὃ ἐκ τῶν ἐν πολέμοις ἐκτήσατο καμάτων’); chiarisce quindi che, chi si trova in tale condizione, è

potestate, testari possunt? Et dicimus, nequaquam: nam quod Jurisperiti domesticum vocant testimonium, in testamento haud recte adhibetur. Domesticum autem testimonium non ex cognatione, sed ex coadunatione per potestatem patriamprehendimus: licet enim constitutiones *vel* maxime ei permittant sub aliena potestate testari, attamen exigunt ab eo, ut ne testamentum condens rigorem *juris* negligat.

⁴¹ Per tale ragione lo riportiamo, anziché nel testo, qui in nota, in modo comunque da avere presente l’intero contesto espositivo di PT. 2.10.9: ‘*Ἡνίκα δὲ διατίθεται τις, εἰ βούλεται τὴν διαθήκην ἀνεπίληπτον εἶναι, σκόπει τοὺς μέλλοντας μαρτυρεῖν καὶ ἐξέτασον μή τις τῶν μαρτύρων ὑπεξούσιός ἐστι τῷ TESTATORI, καὶ εὐρὼν τῆς μαρτυρίας αὐτὸν ἐξέλαυνε. οὐκέτι δὲ ζητοῦμεν μή τις τῶν μαρτύρων ὑπεξούσιον ἔχει τὸν TESTATORA ἢ συνυπεξούσιός ἐστιν αὐτῷ. καὶ τίς ἐστὶν ὁ λογισμός; ὁ λογισμὸς οὗτός ἐστιν. τί βούλει τὸν διατιθέμενον εἶναι, αὐτεξούσιον ἢ ὑπεξούσιον; εἰ μὲν αὐτεξούσιον, οὐ προβαίνει τὸ λέγεσθαι μὴ τις ἐστὶν αὐτῷ συνυπεξούσιος ἢ ἔχει αὐτὸν ἐν ὑπεξουσιότητι· εἰ δὲ ὑπεξούσιον αὐτὸν θεματίζει, ἐτέρω μείζονι λόγῳ τὰ τῆς διαθήκης ἐπέχει. ὑπεξούσιος γὰρ οὐ δύναται διατίθεσθαι, ἐπειδὴ διαθήκη ἐστὶ τῶν ὄντων διατύπωσις, οὐ νομίζεται δὲ τί ἔχειν ὁ ὑπεξούσιος ἐν πληρεστάτῃ ἐξουσίᾳ ὥστε πράττειν ὃ βούλεται ἐπ’ αὐτῷ* (trad. Murison: When a man is making a will, if he wishes it to be without fault, consider the persons that are going to be the witnesses, and examine whether any of them is in the power of the testator; and, if you find that any one is so, set such person aside from being a witness. We do not further inquire whether any of the witnesses has the testator in his power, or is in the power of the same person with him. And what is the reason? The reason is this. What do you make out the testator to be: independent, or in the power of another? If you say he is independent, the question whether any of the witnesses is in the power of the same person with him, or whether he has the testator in his power, does not apply. But if you take him to be in the power of another, another stronger reason blocks against the validity of the will; for a dependent person cannot make a will, since a will is a disposition of a man’s own belongings, but a person in the power of another is not held to have anything in fullest control so as to deal with it as he pleases; trad. Reitz: Quando quis testatur, si testamentum inculpatum esse vult, considerato testes futuros, atque inquirito, num quis testium in potestate sit testatoris, & inveniens a testimonio eum repellito. Non item vero quærimus, num quis testium in potestate habeat testatorem, aut cum eo in ejusdem potestate sit. Et ratio hæc est: quid testatorem vis esse, sui alieni juris? Si quidem sui dicas, non procedit *superius* dictum, num quis cum eo in ejusdem sit potestate, aut ipsum habeat in potestate. Si vero alieni juris eum fingas, alia majori ratione *jus* testamenti prohibes: alieni enim juris *qui est*, testari non potest; quoniam testamentum est rerum *suarum* ordinatio, verum *qui* alieni juris *est*, haud creditur quidquam in plenissima habere potestate, ita ut quæ velit, in eo facere possit).

ammesso a far testamento dalle costituzioni imperiali che con tale concessione lo onorano ('ἐτίμησαν γὰρ αὐτὸν αἱ διατάξεις').⁴²

Assodata la sussistenza di tale assunto di partenza, l'*antecessor* introduce ai discenti gli ulteriori tasselli, necessari alla presentazione, e comprensione, di quanto trattato nel ῥήτὸν ('οὐκοῦν ἐπεὶ ὁ διατιθέμενος ὑπεξούσιος εὐρέθη, τρακταίσομεν τὰ ἐξῆς'). Esordisce, dunque, come frequentemente avviene all'interno della Parafrasi, con una domanda, con la quale esplicita i termini della questione: 'ἄρα τοῦ UETERANU ὑπεξουσίου διατιθεμένου εἰς τὸ CANSTRENSION PECULION ὁ πατήρ ὁ ἔχων αὐτὸν ὑπεξούσιον ἢ ὁ ἀδελφὸς αὐτοῦ ὁ συνυπεξούσιος δύνανται μαρτυρεῖν'.⁴³

Al quesito segue immediatamente la risposta netta del maestro, che recide qualsiasi dubbio circa la capacità testimoniale di tali soggetti ('καὶ λέγομεν ὅτι οὐδαμῶς'), nonché la spiegazione a supporto dell'assunto ('ἡ γὰρ οἰκιακὴ μαρτυρία, ὃ λέγουσιν οἱ νομικοὶ DOMESTICUM TESTIMONIUM, οὐ καλῶς ἐν διαθήκαις γίνεται'), corredata da una delucidazione sul significato dell'espressione '*domesticum testimonium*' ('οἰκιακὴ μαρτυρία', nella traduzione greca teofilina), che non approfondiremo in questa sede, rimandando ad un futuro lavoro lo studio delle questioni che ne scaturiscono, la disamina delle quali, per la loro complessità, sarebbe qui sacrificata.⁴⁴ Chiude la trattazione della questione, una riflessione dell'*antecessor*, fornita in aggiunta alla precedente, a sostegno della soluzione accolta, sulla quale ci soffermeremo in conclusione del prossimo paragrafo: 'εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ αἱ διατάξεις διατίθεσθαι συνεχώρησαν αὐτῷ ἐν ὑπεξουσισιότητι, ἀλλ' οὐν ἀπαιτοῦσιν αὐτὸν ὥστε διατιθέμενον μὴ καταφρονεῖν τῆς ἀκριβείας'.

Orbene, ai fini dell'indagine quali dati desumibili da PT. 2.10.9 ci sembrano significativi?

In primo luogo, su una circostanza è opportuno porre l'accento. Nel brano *de quo* Teofilo – pur condividendo la soluzione adottata nel manuale imperiale (I. 2.10.9), derivata a sua volta da quello gaiano (Gai 2.106) – si distanzia, con una certa evidenza, sia dal modello espositivo del ῥήτὸν sia dalle Istituzioni gaiane (con le quali è assodato ormai, in letteratura, che l'*antecessor* avesse familiarità).⁴⁵ A nostro avviso, ciò è evidente a tal punto che la

⁴² Un riferimento, ancora più esplicito, ai provvedimenti imperiali che concedono al *filii familias in potestate veteranus* di fare testamento circa il *peculium castrense* si rinviene anche nella chiusa di PT. 2.10.9, sulla quale v. in part. *infra*, a conclusione del § 4.

⁴³ Frequente è l'impiego nella Parafrasi greca delle Istituzioni giustiniane di «domande formulate in modo diretto». Si tratta di un espediente escogitato da Teofilo «per vivacizzare il discorso e renderlo più incisivo, richiamando l'attenzione degli studenti». Così, per tutti, G. FALCONE, *La formazione del testo della Parafrasi di Teofilo*, in RHD 68, 2000, 424 ss. (nonché dell'A. anche *Genesi e valore della definizione di συνάλλαγμα nella Parafrasi di Teofilo*, in *Iuris vincula. Studi in onore di Mario Talamanca*, III, Napoli 2001, 103 nt. 82). Com'è noto, la spiegazione di tale modalità espositiva risiede nella circostanza che l'opera deriva dai corsi universitari tenuti dal maestro di Costantinopoli. Allo studioso rinviando anche per quanto riguarda il problema della «precisa genesi della letteratura giuridica derivante dall'insegnamento» di Teofilo [ID., *La formazione del testo della Parafrasi cit.*, 417 ss.; *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in J.H.A. LOKIN, B.H. STOLTE (a cura di), *Introduzione al diritto bizantino cit.*, spec. 154 ss.]. Sulla questione *de qua* è tornata, recentemente, anche C. RUSSO RUGGERI, *Theophilus and the student publisher: a resolved issue?*, in *Subseciva Groningana* 9, 2014, 99 ss., ora in *Studi su Teofilo cit.*, 81 ss. Per un quadro di sintesi delle questioni e degli orientamenti della dottrina sul punto v., da ultimo, A.S. SCARCELLA, *Il latino nella Parafrasi cit.*, 545 s. nt. 4; EAD., *La Parafrasi di Teofilo cit.*, *passim*, spec. 3 ss.

⁴⁴ Segnaliamo, incidentalmente, che la porzione di testo di PT. 2.10.9 nella quale si allude a cosa debba intendersi giuridicamente per 'οἰκιακὴ μαρτυρία' è reiterata anche in alcuni frammenti dei Basilici, dei quali ci occuperemo in un prossimo lavoro dedicato specificamente alla storia dell'adagio '*reprobatur est in ea re domesticum testimonium*'.

⁴⁵ In proposito ragguagli bibliografici possono rinvenirsi nelle nostre *Tracce di 'improbus intestabili-*

modalità di presentazione della fattispecie, più articolata di quella riferita in I. 2.10.9, pare, ad un certo punto del discorso, avvicinarsi maggiormente a quella presentata in D. 28.1.20.2, almeno sotto il profilo dello schema ἐρωταποκρίσις dell'*antecessor*/introduzione della *quaestio*, da una parte; risposta negativa del maestro/positiva del giurista Marcello, dall'altra:

... *quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. et Marcellus libro decimo digestorum scribit posse: et frater ergo poterit.*

... ἄρα τοῦ UETERANU ὑπεξουσίου διατιθεμένου εἰς τὸ CANSTRENSION PECULION ὁ πατήρ ὁ ἔχων αὐτὸν ὑπεξουσίον ἢ ὁ ἀδελφὸς αὐτοῦ ὁ συνυπεξούσιος δύνανται μαρτυρεῖν; καὶ λέγομεν ὅτι οὐδαμῶς ...

Con ciò non intendiamo, tuttavia, sostenere che in PT. 2.10.9 l'*antecessor* alludesse alla presenza sul punto di una controversia tra i giuristi, come sospettiamo dalla lettura di D. 28.1.20.2, poiché si tratterebbe di un'arbitraria forzatura. Infatti, il testo della Parafrasi è intercalato da numerose domande e risposte secondo la forma delle ἐρωταποκρίσεις, largamente impiegate, com'è appena il caso di ricordare, dagli *antecessores* nell'insegnamento.⁴⁶

Piuttosto, tale constatazione è idonea a istillare, almeno in noi, il dubbio che il contenuto di D. 28.1.20.2 non fosse ignoto a Teofilo. Almeno un altro dato testuale sostiene la fondatezza di siffatta congettura.⁴⁷ Si noti che in PT. 2.10.9 non solo la fattispecie è caratterizzata in maniera netta (come in I. 2.10.9) – a differenza dei contorni sfumati che, come già accennato, pare assumere in D. 28.1.20.2 – ma è anche circoscritta con maggiore precisione rispetto a quanto può leggersi in I. 2.10.9 (nonché in Gai 2.106). Ora, la premura con la quale il maestro di Costantinopoli si sofferma, punto dopo punto, a delimitare con esattezza i termini della questione in esame ci sembra possa corroborare ulteriormente l'ipotesi poc'anzi suggerita.

Inoltre, un altro aspetto degno di nota suggerisce la disamina di PT. 2.10.9. È abbastanza inverosimile che Teofilo, il quale faceva parte anche della commissione incaricata di redigere i *Digesta*, sconoscesse il contenuto del brano ulpiano *retro* riferito, con la soluzione positiva alla *quaestio de qua* accolta in D. 28.1.20.2.⁴⁸ Resta da indagare se quanto da noi riferito sia rafforzato anche da indizi esterni a quanto può evincersi dalla lettura di PT. 2.10.9, e di tale questione ci occuperemo tra breve.

sque' cit., in part. 247 nt. 23, 248 nt. 26. In quelle pagine (*op. cit.*, spec. 246 e nt. 22) abbiamo suggerito che particolarmente degni di approfondimento sono quei luoghi della Parafrasi di Teofilo nei quali l'*antecessor* svolge delle considerazioni in via autonoma rispetto sia al manuale imperiale sia a quello gaiano.

⁴⁶ Rinviamo, per un primo orientamento, a J.H.A. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione-educazione-purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis* cit., spec. 122. V. anche *retro*, nt. 43.

⁴⁷ Invero, ve n'è un secondo, che ci riserviamo di trattare tra breve nelle battute conclusive del § 4.

⁴⁸ Ciò ci sembra improbabile, anche a voler tenere conto della circostanza che nell'apparato di scolii ai Basilici sono conservati frammenti del commentario di Teofilo relativamente soltanto ai πρώτα, il cui insegnamento era impartito a primo anno, alla *pars De rebus* e, in maniera trascurabile, a quella *De iudiciis*, per cui si potrebbe dedurre, in via ipotetica, che «nel 533-534 Teofilo fece lezione su Istituzioni e *Prota* al corso del primo anno, e vi abbinò un corso di secondo anno sui *de rebus*, secondo il programma didattico previsto dalla Cost. *Omnem*, 2-3; ma per una qualche ragione si interruppe all'altezza di D. 17.1 o D. 17.2» (citiamo, sul punto, da J.H.A. LOKIN, T. VAN BOCHOVE, *Compilazione-educazione-purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis* cit., 124). In argomento v. anche le osservazioni svolte *infra*, § 4 e nt. 85.

4. PROBLEMA DELLA DIVERGENZA DI SOLUZIONI SULLA *QUAESTIO DE QUA* ALL'INTERNO DELLA COMPILAZIONE GIUSTINIANEA E NOSTRA IPOTESI CIRCA LE RAGIONI DEL PROBABILE DISSENSO GIURISPRUDENZIALE DEDUCIBILE DALLA LETTURA DI D. 28.1.20.2.

Riprendiamo, dunque, le domande dalle quali ha preso avvio la ricerca per tentare di formulare – sebbene in via congetturale – qualche risposta plausibile. Invertendo il loro ordine, muoviamo *in primis* dal quesito circa le ragioni per le quali nelle Istituzioni di Giustiniano i compilatori (verosimilmente, Teofilo)⁴⁹ sono pervenuti a una determinazione opposta a quella accolta nel Digesto.

Torniamo, anzitutto, sulla questione concernente quali fossero i contorni della fattispecie in D. 28.1.20.2, delineati, come segnalato, con toni alquanto sfumati, e sul dubbio se essi siano perfettamente coincidenti con quelli presentati in I. 2.10.9.

È noto che i Glossatori hanno ritenuto di riuscire a superare il contrasto tra i due testi della compilazione ipotizzando che D. 28.1.20.2 si riferisca al caso del *filius familias in potestate* che faccia testamento durante il servizio militare.⁵⁰ Tuttavia, se a venire in gioco fosse un *testamentum militis*, crediamo che, né in età giustinianea, né nelle epoche precedenti, si potesse porre alcuna questione sull'incapacità dei testimoni.⁵¹ È appena il caso di ricordare che, in virtù di tale *privilegium*, i *militēs* non sono vincolati all'osservanza di forme e principi vigenti in materia testamentaria.⁵² Ragionevolmente, tra quest'ultimi posso-

⁴⁹ V. *retro*, § 3 e ivi ntt. 38-39.

⁵⁰ Sic Accursius in gl. 'Posse' a D. 28.1.20.2: «cum ante missionem testeretur: secus si post: vt inst. eo. §. sed si filius. quae est contra. nam & sine vllō teste vel sine solenni numero testium valeret. Igitur valet quando huiusmodi adhibetur ... Sed hoc est speciale fauore militis». V. anche gl. 'Post missionem' a I. 2.10.9: «Id est, remissionem. aliud si ante: vt ff. eod. l. qui testamento. §. per contrarium. in glo. posse». Sulla scia dei Glossatori si colloca anche O. LENEL, *Palingenesia Iuris Civilis*, I, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, col. 610, n. 131, sebbene sia opportuno segnalare che, seguendo la sua proposta ricostruttiva, gli argomenti toccati nel decimo libro *Digestorum* di Marcello non si sarebbero limitati alla sola trattazione del testamento dei militari.

⁵¹ Diversamente sul punto F. LA ROSA, *I peculii speciali* cit., 144, che dal tenore di Gai 2.106 deduce «a contrario che se il figlio faceva testamento da milite, il *pater* e così pure un sottoposto alla potestà dello stesso *pater familias* del testatore potevano fungere validamente da testimoni».

⁵² Rinviamo, a tal proposito, almeno a Gai 2.109; I. 2.11 pr.; PT. 2.11 pr.; Tit. Ulp. 23.10; D. 29.1.1 pr. (Ulp. 45 *ad ed.*); 29.1.2 (Gai. 15 *ad ed. prov.*); 29.1.3 (Ulp. 2 *ad Sab.*); 29.1.15.1 (Ulp. 45 *ad ed.*); 29.1.34.2 (Pap. 14 *quaest.*); 29.1.35 (Pap. 19 *quaest.*); 29.1.40 pr. (Paul. 11 *resp.*); 26.7.40 (Pap. 6 *resp.*); C. 6.21.1 (a. 212); 6.21.3 (a. 213); 6.21.15 (a. 334). Altre fonti sono citate *infra*, nt. 54. È appena il caso di ricordare che la singolarità del *testamentum militis* attiene non solo alla forma, ma anche al regime sostanziale. Nelle fonti giuridiche classiche è, infatti, ampiamente segnalata «la sua indipendenza dalle principali norme del sistema testamentario romano». Sul punto v., per tutti, M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale*, I. *Le forme classiche di testamento*, Firenze 1966, 94 ss. (e ID., *Le forme classiche di testamento*, I. *Lezioni di diritto romano raccolte da Remo Martini*, Torino 1966, 54 ss.; ID., v. 'Testamento (dir. rom.)', in Enc. dir. 44, 1992, 469 ss.). Malgrado l'ampia attenzione dedicata da giuristi e legislatori al *testamentum militis*, complessa è la ricostruzione delle sue tappe storiche e manca un recente lavoro di respiro monografico che compiutamente ne tratti. Richiami bibliografici sull'istituto possono reperirsi in M. AMELOTI, *Il testamento romano attraverso la prassi documentale* cit., I, 81 nt. 1; V. SCARANO USSANI, *Il «testamentum militis» nell'età di Nerva e Traiano*, in Atti dell'Accademia di Scienze Morali e Politiche 94, 1983, 191 = *Sodalitas, Scritti in onore di Antonio Guarino*, 3, Napoli 1984, 1388, nt. 1, in part. su D. 29.1.1 pr. (Ulp. 45 *ad ed.*); G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, in TSDP 5, 2012, 99 nt. 146 (= *Profili di diritto privato, Tra antico, moderno e postmoderno*, I, Milano 2016, 203 ss.); M.G. ZOZ, P. FERRETTI, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza*, II, *Regole generali in tema di successioni*, Trieste 2013, spec. 37 ss., 47 ss., 104 ss., 121

no annoverarsi anche le stringenti regole prescritte per la valida partecipazione dei testimoni nell'atto testamentario.

Orbene, se i militari nel servirsi di tale modalità di testare potevano derogare a qualsivoglia *'testamentorum sollemnitatis'*⁵³ – essendo loro concesso *'quomodo uelint uel quomodo possint ... testamentum facere'*⁵⁴ – che senso avrebbe avuto per i compilatori del Digesto (e, prima ancora, per Marcello e Ulpiano) chiedersi se fossero ammessi a testimoniare alcuni soggetti legati da vincoli testestativi con il *filius familias* testatore?

Ancora, qualora si ammetta che in D. 28.1.20.2 Ulpiano alludesse al testamento dei militari, incomprensibile sarebbe l'esordio del passo che, come poc'anzi rilevato,⁵⁵ si connette al *principium*, nel quale chiaro è il riferimento ad altri casi di capacità/incapacità dei testimoni richiesti affinché un *'testamentum ... iure factum dicitur'*.⁵⁶

Se dunque rifiutiamo che a essere sotteso nel frammento del Digesto in esame fosse il *testamentum* di un *miles*, dovremmo concludere, per inverso, che a venire in gioco sia quello di un *filius familias veteranus*. Sennonché, ammettendo ciò, non si comprende perché in

ss.; L. SANDIROCCO, *Il testamento dei militari: origini e ratio dell'istituto nell'esperienza giuridica romana*, in *Rassegna della giustizia militare* 1, 2018, 2 nt. 9; cui adde, A. LOVATO, *Testamentum militis. Sul 'consolidamento' giuridico di un privilegio*, in S. CAGNAZZI ET ALII (a cura di), *Scritti di storia per Mario Pani*, Bari 2011, 257 ss.; J.F. STAGL, *Das Soldatentestament unter den Soldatenkaisern*, in U. BABUSIAUX, A. KOLB (a cura di), *Das Recht der „Soldatenkaiser“, Rechtliche Stabilität in Zeiten politischen Umbruchs?*, Berlin 2015, 109 ss. (dell'A. v. anche, precedentemente, *Favor dotis, Die Privilegierung der Mitgift im System des römischen Rechts*, Wien 2009, 317 ss.; *Das "testamentum militare" in seiner Eigenschaft als "ius singulare"*, in *Revista de estudios histórico-jurídicos* 36, 2014, *passim*). Circa il problema del «passaggio dall'originaria considerazione del *testamentum militis* come *'privilegium'* alla sua riconduzione nella nozione del *'ius singulare'*» v., per tutti, I. DE FALCO, *I giuristi e il testamentum militis. L'orientamento di Iavolenus Priscus*, in *SDHI* 80, 2014, 422 ss., con letteratura.

⁵³ Mutuiamo l'espressione da I. 2.11 pr. Similare terminologia si rinviene, ad esempio, in D. 28.1.20.8 (Ulp. 1 *ad Sab.*): *Et veteres putaverunt eos, qui propter sollemnia testamenti adhibentur, durare debere, donec suprema contestatio peragatur*, nonché in D. 28.3.1 (Pap. 1 *def.*): *Testamentum aut non iure factum dicitur, ubi sollemnia iuris defuerunt* ... Incidentalmente, è interessante notare che, mentre in I. 2.11 pr. si accenna esplicitamente alla remissione dall'esigenza di servirsi del prescritto numero di testimoni per la validità dell'atto (*'neque legitimum numerum testium adhibuerint neque aliam testamentorum sollemnitatem observaverint'*), in PT. 2.11 pr. l'*antecessor* pare ammettere la partecipazione anche di un solo testimone (ἄμείλει τοι εἰ καὶ ἑνὸς παρόντος μάρτυρος διαθῶνται ... ἡ αὐτῶν ἔρρωται βούλησις; trad. Murison: 'Consequently, although there is but one witness present when they make their will ... the expression of their wishes is held valid'; trad. Reitz: 'Proinde, etsi uno teste praesente testentur ... rata est eorum voluntas'). L'affermazione teofilina merita di essere approfondita in un autonomo studio, per vagliare le possibili connessioni con la nota regola *'unus testis, nullus testis'* (sulla quale v., per tutti, A. METRO, *«Unus testis nullus testis»*, in *Labeo* 44, 1998, 61 ss.). Ad ogni modo, si è ipotizzato che nel *testamentum militis* possa prescindere dalla *rogatio* dei *testes* e vi è persino chi, già tra gli studiosi più antichi (v. quelli riferiti in G.O. REITZ, *Theophili antecessoris Paraphrasis Graeca Institutionum Caesararum* cit., I, 347, *sub c.*), ha dubitato *'de necessitate adhibendorum testium in testamento militis'*.

⁵⁴ Così Gai 2.114. A tal proposito si esprimono concordemente, per limitarci a qualche esempio, Tit. Ulp. 23.10; I. 2.11.1 = D. 29.1.24 (Flor. 10 *inst.*); 29.1.1 (Ulp. 45 *ad ed.*); 29.1.40 pr. (Paul. 11 *resp.*); 29.1.44 (Ulp. 45 *ad ed.*); 37.13.1 pr. (Ulp. 45 *ad ed.*); C. 6.21.3 (a. 213); 6.21.15 (a. 334).

⁵⁵ V. *retro*, § 2.

⁵⁶ Anomala sarebbe, del resto, anche la *sedes materiae* nella quale il passo è collocato, dove inequivoco è il riferimento ai modi di *testari communi iure* (D. 28.1: *'Qui testamenta facere possunt et quemadmodum testamentaria fiant'*). Sul punto, già nella letteratura più antica, in tal senso si è espresso A. VINNII, *In quatuor Libros Institutionum imperialium Commentarius*, I, Lugduni 1755, 334 col. II, 335 col. I.

D. 28.1.20.2 non ricorra la precisazione '*post missionem*', come in I. 2.10.9, la quale avrebbe fugato qualsiasi dubbio e ricondotto con certezza la *quaestio* al caso del *filius familias in potestate*, congedato onorevolmente dal servizio militare.⁵⁷

A nostro avviso, la spiegazione a tale stato di cose si rintraccia agevolmente in alcune innovazioni di età giustiniana in tema di *testamentum militis*. Infatti, mentre in età classica siffatto testamento è concesso a tutti i militari, sotto Giustiniano s'introduce una notevole restrizione e lo si ammette, unicamente, riguardo a quei soldati che '*in expeditionibus sunt occupati*'.⁵⁸ Da quanto rilevato discende l'eventualità che vi fossero *militēs* esclusi da quel regime particolare di *testari*, pur se ancora non congedati dal servizio. È il caso ad esempio di quanti non siano impegnati in campagne (e si trovino '*extra castra*', secondo la terminologia impiegata in I. 2.11.3).⁵⁹

Se si riconosce la plausibilità di quanto appena ventilato, si comprende perché in D. 28.1.20.2 non ritroviamo l'inciso '*post missionem*'. È ragionevole ipotizzare che il sintagma in questione, presente nella trattazione ulpiana, sia stato omissso dai giustinianeî proprio per adeguare il brano al mutato diritto vigente: '*Per contrarium quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio <post missionem> potest testari ...*'. Del resto, che la ricorrenza di siffatta locuzione nell'originario passaggio narrativo del primo libro dei commentari *ad Sabinium* di Ulpiano debba presumersi, lo si può argomentare alla luce delle medesime osservazioni, poc'anzi suggerite, che portano a escludere che in tale luogo si facesse riferimento a un *testamentum militis*.

Orbene, dalla surriferita interpretazione di D. 28.1.20.2 emerge che, nell'intento dei compilatori, a essere chiamati in causa sono, pur sempre, i soli modi di *testari communi iure* concessi al *filius familias in potestate* – gli unici per i quali aveva senso interrogarsi '*an secundum iuris civilis regulam testatus sit*',⁶⁰ sollevando il problema se i *testes rogati* fossero *idonei*; solo che, in età giustiniana (a differenza che in età classica), essi avrebbero riguardato non solo il caso del *veteranus* che *post missionem potest testari* ma anche l'ipotesi del *miles* che *ante missionem ex castra testamentum faciat*.

Inquadri quali potessero essere i contorni della fattispecie per i commissari giustinianeî, passiamo adesso a valutare più a fondo la *ratio* della soluzione giurisprudenziale da essi prescelta. Interrogiamoci, pertanto, su quali siano state le ragioni che hanno indotto i compilatori a prediligere tale risposta positiva, selezionandola affinché confluisse nei *Digesta*. Meno plausibile – precisiamo subito – riteniamo l'altra ipotesi, che pur potrebbe prospettarsi, di un' incisiva interpolazione del brano, seguendo la quale dovremmo immaginare che tanto Marcello, quanto Ulpiano, risolvessero la *quaestio de qua* in senso negativo (alla stessa stregua di ciò che emerge dalla lettura di Gai 2.106).⁶¹ La congettura non solo non

⁵⁷ In caso di *missio ignominiosa* viene meno il *privilegium* testamentario concesso al *miles*, com'è attestato ad esempio in D. 29.1.26 (Mac. 2 *milit.*).

⁵⁸ Rinviamo sul punto a C. 6.21.17 (a. 529); I-PT. 2.11 pr.

⁵⁹ *Sed hactenus hoc illis a principalibus constitutionibus conceditur, quatenus militant et in castris degunt: post missionem vero veterani vel extra castra si faciant adhuc militantes testamentum, communi omnium civium Romanorum iure facere debent ...* Cfr. anche PT. 2.11. pr.; 2.11.3. Su tali testi v., per tutti, G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., 221 ss., spec. 222 e nt. 136, 224 s. nt. 140, con bibliografia.

⁶⁰ Citiamo da Gai 2.114.

⁶¹ Se così fosse, dovremmo congetturare che originariamente il brano ulpiano fosse pressappoco del seguente tenore: '*Per contrarium quaeri potest, an pater eius, qui de castrensi peculio <post missionem> potest testari, adhiberi ab eo ad testamentum testis possit. et Marcellus libro decimo digestorum scribit <non> posse: et frater ergo <non> poterit*'. Non rinveniamo, ad ogni modo, nell'*Index interpolationum* alcun dubbio,

trova solidi appigli testuali ma è smentita, a parer nostro, dalla modalità stessa con la quale il giurista di età severiana presenta la questione, che, come in precedenza lumeggiato, pare impostata in termini problematici, mal celando la sussistenza sul punto di un dissenso giurisprudenziale.⁶²

Per provare a suggerire qualche risposta in merito, analizziamo preliminarmente quale fosse, in età classica, la situazione giuridica del *filius familias in potestate* al quale è concesso di testare *de peculio castrense post missionem*.

Dalle fonti apprendiamo che la facoltà di *testari* è riconosciuta *ab origine* (ossia, da età augustea) solo al *filius familias in potestate miles*; a partire dal II sec. d.C. si ammette una sua estensione anche al *filius veteranus* in forza, probabilmente, di un esplicito *rescriptum* di Adriano.⁶³ Ora, si è rilevato in letteratura che, da tale epoca, si assiste a un rafforzamento della posizione giuridica del *filius* dotato di *peculio castrense*; si comincia infatti a considerarlo, progressivamente e a tutti gli effetti, come spettante in proprietà al figlio sottomesso alla potestà paterna.⁶⁴ Alla luce di siffatta valutazione giurisprudenziale (che si evolve con il

espresso dalla letteratura più antica sul tema, circa presunte interpolazioni del brano (v. *retro*, nt. 4). Vi è, invece, chi ha ipotizzato (così F. LA ROSA, *I peculii speciali* cit., 146) che «nel passo riportato in D. 28.1.20.2 invece dell'espressione generica '... *pater eius qui* ...' Ulpiano abbia usato la frase '... *pater filii militis qui* ...' e che questo brano sia stato manipolato nelle scuole postclassiche in considerazione del principio che il *p.c.* non spettava al *pater* alla stessa stregua degli altri beni del *filius familias*. Quindi ... parimenti al milite si riferiva il passo di Marcello richiamato da Ulpiano». Quest'ultima conclusione è, a nostro avviso, inaccettabile in ragione del peculiare regime del *testamentum militis*, poco più sopra ricordato nel testo.

⁶² V. *retro*, § 2.

⁶³ Arg. ex I. 2.12 pr.: *Non tamen omnibus licet facere testamentum. statim enim hi, qui alieno iuri subiecti sunt, testamenti faciendi ius non habent, adeo quidem ut, quamvis parentes eis permiserint, nihilo magis iure testari possint: exceptis his quos antea enumeravimus et praecipue militibus qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere. quod quidem initio tantum militibus datum est tam ex auctoritate divi Augusti quam Nervae nec non optimi imperatoris Traiani, postea vero subscriptione divi Hadriani etiam dimissis militia, id est veteranis, concessum est ...* (e PT. 2.12 pr. nella porzione di testo in cui si riferisce che 'εἰσὶ δὲ οἵτινες ἐν ὑπεξουσίῳ τητι διατίθενται, οἷον οἱ ἔχοντες CANSTRENSION PECULION. τοῦτο δὲ τὴν ἀρχὴν μόνοις ἐπετράπη στρατιώταις ἐξ αὐθεντίας τοῦτο μὲν Αὐγούστου, τοῦτο δὲ ΝΕΡΒΑ, οὐ μὴν ἀλλὰ καὶ τοῦ ἀρίστου βασιλέως Τραϊανοῦ. μετὰ γὰρ ταῦτα διάταξις ΑΔΙΑΝΟΥ δυσφοροῦσι τοῖς ΥΕΤΕΡΑΝΟΙΣ καὶ αὐτοῖς ἐπέτρεψε τὸ διατίθεσθαι ἐν ὑπεξουσίῳ τητι'; trad. Murison: 'There are, however, some that can make a will while in power; for instance those that have castrense peculium. Originally, this privilege was granted to soldiers alone, by authority partly of Augustus, partly of Nerva, partly of the excellent Emperor Traianus; but afterwards a constitution of Adrianus allowed veterans, who took it ill that they had lost the privilege, also to make a will while in power'; trad. Reitz: 'Sunt tamen, qui in aliena potestate constituti testantur, veluti qui castrense peculium habent. Hoc autem initio solis concessum fuit militibus, ex auctoritate partim Augusti, partim Nervæ, nec non Imperatoris Optimi Traiani: postea vero constituto Adriani veteranis ægre ferentibus & ipsis testari permisit, in patria potestate constitutis'). Che i *filii veterani* possano disporre di un *peculio castrense* si deduce anche da D. 49.17.4.2 (Tert. 1 *de castr. pec.*) e 49.17.17.1 (Pap. 2 *def.*). Su I. 2.12 pr. rinviamo, nella sola letteratura più recente, a M.G. ZOZ, P. FERRETTI, *Le costituzioni imperiali nella giurisprudenza*, II, *Regole generali in tema di successioni* cit., 121 s.; Y. GONZÁLES ROLDÁN, *Il diritto ereditario in età adrianea, Legislazione imperiale e senatus consultum*, Bari 2014, 38 ss., con letteratura alla nt. 33, nonché alla bibliografia *infra* riferita alla nt. 72, per altri profili di interesse del brano.

⁶⁴ Per un quadro delle principali trattazioni circa la storia del *peculium castrense* e i problemi che ruotano intorno all'ambito di disposizione dello stesso spettante al *filius* si vedano, nella sola letteratura più recente e senza alcuna pretesa di completezza, almeno S. LONGO, *Filius familias se obligat?, Il problema della capacità patrimoniale dei filii familias*, Milano 2003, in part. 23 ss., per la principale bibliografia sul-

mutare della considerazione sociale del peculio castrense e della posizione all'interno della *familia* del *filius in potestate*) non appare dunque irragionevole che si ammetta in capo al figlio testatore la facoltà di *rogare* quali *testes* il proprio padre, nonché il fratello. Rispetto al testamento del figlio, infatti, il *pater* e il *frater* rivestono una posizione di terzietà, nella misura in cui, parimenti, si ammetta che egli abbia piena capacità giuridica in ordine al peculio castrense.⁶⁵ Solo privilegiando siffatta prospettiva siamo in grado di conciliare la suddetta soluzione con il principio per cui '*nullus idoneus testis in re sua intellegitur*', del quale tramite altre fonti si ha notizia.⁶⁶

Tuttavia, è altrettanto possibile che alla surriferita posizione giurisprudenziale, alquanto progressista, se ne affiancasse un'altra, conservatrice, che è quella in buona sostanza della quale abbiamo notizia tramite le Istituzioni gaiane (Gai 2.106) e giustinianee (I.-PT. 2.10.9). A parer nostro, questo secondo orientamento tiene conto di un'ulteriore caratteristica, propria del regime di siffatto peculio: qualora il *filius* muoia *intestatus*,⁶⁷ riprende, per così dire, vigore la proprietà quiescente del *pater* e il *peculium castrense* è devoluto a quest'ultimo, alla stessa stregua di quanto accade per quello c.d. ordinario.⁶⁸ Alla luce di ciò, è evidente la *ratio* sottesa all'orientamento gaiano: dalle sopramenzionate argomentazioni non può che scaturire un'opposta risoluzione della *quaestio* in esame, che porta di necessità a escludere che il *pater* (*et frater ergo*) possa fungere da *testis* (nel senso etimologico della parola: 'terzo', estraneo all'atto) nel testamento del *filius familias post missionem ex peculio castrense*. È chiaro, infatti, che dallo svolgimento dello stesso potrebbe derivare al padre un nocumento.⁶⁹

l'istituto v. 24 nt. 36 (cenni alla questione possono rinvenirsi anche in EAD., *Senatusconsultum Macedonianum*, Interpretazione e applicazione da Vespasiano a Giustiniano, Torino 2012, 203 ntt. 9 e 11, con altri richiami bibl.); L. FASCIONE, *Il diritto di successione attiva del filius familias*, in *Studi in onore di R. Martini*, I, Milano 2009, 1043 ss.; C. SCHMETTERER, *Die rechtliche Stellung römischer Soldaten im Prinzipat*, Wiesbaden 2012, 41 ss.

⁶⁵ Ciò non esclude la sussistenza in capo al *pater familias* di una sorta di titolarità quiescente. Su tali problemi, parecchio discussi in letteratura, rinviando per un primo orientamento a F. LA ROSA, *I peculii speciali* cit., spec. 61 ss., 226 ss. A sostegno di quanto *supra* rilevato nel testo possono, ad esempio, addursi una serie di brani delle Pandette (D. 37.14.8 pr., Mod. 6 reg.; 38.2.3.8, Ulp. 41 *ad ed.*; 38.2.3.22, Marcian. 1 *inst.*; 49.17.13, Pap. 16 *quaest.*) «che attestano l'emanazione di un *rescriptum*, con cui l'imperatore Adriano dispose che i *servi castrenses* manomessi dal *filius in potestate* divenissero liberti non del padre, ma del figlio stesso, al quale dunque si attribuiva la qualità di *patronus*: è chiaro che presupposto implicito di tale attribuzione doveva essere di riconoscere al *filius* sullo schiavo castrense il *dominium* e non soltanto un mero potere di fatto». Così, in proposito, S. LONGO, *Filius familias se obligat?* cit., 29 s., 30 nt. 52.

⁶⁶ Così D. 22.5.10 (Pomp. 1 *ad Sab.*). Circa il requisito della terzietà dei testimoni v. *retro*, nt. 24, con altre fonti ivi riportate, nonché *infra*, nel testo del paragrafo, a proposito di PT. 2.10.10, e ivi ntt. 79-80.

⁶⁷ O qualora pur avendo disposto il figlio per testamento, i suoi eredi non adiscano l'eredità: *arg. ex D.* 49.17.14 pr. (Pap. 27 *quaest.*).

⁶⁸ Si legga, ad esempio, D. 49.17.2 (Ulp. 60 *ad ed.*): *Si filius familias miles decesserit, si quidem intestatus, bona eius non quasi hereditas, sed quasi peculium patri deferuntur: si autem testamento facto, hic pro hereditate habetur castrense peculium*. In proposito v. anche D. 49.17.14 (Pap. 27 *quaest.*); 49.17.17 pr. (Pap. 2 *def.*); 49.17.19.3 e 5 (Tryph. 18 *disp.*). Com'è noto, non può discutersi in termini di acquisto del peculio castrense in favore del *pater familias*: i giuristi sono soliti affermare, in questo caso, che '*iure pristino peculium pater habebit*' (così D. 49.17.14 pr., Pap. 27 *quaest.*), o che '*apud patrem peculium remansit*' (v., ad esempio, D. 30.44 pr., Ulp. 22 *ad Sab.*).

⁶⁹ Può ipotizzarsi un vantaggio per il *pater* solo nell'ipotesi in cui quest'ultimo sia nominato erede o legatario nel testamento del *filius*: circa l'ammissibilità per un soggetto di rivestire in un testamento contemporaneamente il ruolo di *testis* e di erede o legatario v. le fonti riportate nel prosieguo dell'esposizione, nonché I.-PT. 2.10.11.

Quanto appena rilevato fornisce una spiegazione plausibile della continuazione del discorso in Gai 2.106, che fa capo, ragionevolmente, a un principio diverso. Riassumiamo brevemente i termini del problema. Nella porzione di testo iniziale del frammento, Gaio tratta dell'inidoneità del *pater* del *familiae emptor* e del *frater* di quest'ultimo, sottoposto in *eadem potestate*, a fungere da *testis* nel testamento nel quale il *familiae emptor* prende parte ('*Unde et si is qui in potestate patris est familiae emptor adhibitus sit, pater eius testis esse non potest; ac ne is quidem qui in eadem potestate est, uelut frater eius...*'). La ragione dell'esclusione – come già accennato – si basa sulla struttura della c.d. *mancipatio familiae*, e sulla circostanza che il *familiae emptor* debba considerarsi *pars* a tutti gli effetti dell'atto;⁷⁰ per tale ragione i soggetti a lui legati da vincoli potestativi non possono considerarsi estranei al compimento dell'atto, poiché dallo stesso avrebbero potuto trarre un vantaggio. Il '*sed*' avversativo introduce, se si ritiene plausibile il ragionamento sin qui condotto, un cambio di rotta nell'esposizione. Tuttavia siffatto mutamento non riguarda – si badi bene – la soluzione adottata (che è anche per i soggetti legati da vincoli potestativi con il *filius familias* testatore risolta negativamente), bensì la causa di esclusione dall'essere *adhibiti* in veste di testimoni tanto del *pater* del testatore quanto di colui che è sottoposto alla medesima potestà di quest'ultimo, la quale risiede nello svantaggio patrimoniale che dal compimento dell'atto sarebbe potuto derivare per i soggetti in questione.

Ritenendo ragionevole la fondatezza delle due posizioni giurisprudenziali ipotizzate, resta da chiarire come mai i redattori dei *Digesta* hanno mostrato di preferire la posizione progressista, menzionata da Ulpiano. A nostro avviso, le ragioni risiedono, anche in questo caso, in alcune novità giustinianee, stavolta relative al regime del *peculium castrense*. Due sono i dati che ci preme mettere in particolare rilievo. Anzitutto, in età giustiniana appare ormai compiuto quel processo, avviato nel corso dell'età classica, che porta alla piena e esclusiva spettanza al figlio del *peculio castrense*, per cui si arriva ad affermare che '*fili filiarum in castrensi peculio vice patrum familiarum fungantur*'.⁷¹ Inoltre, nel manuale imperiale (2.12 pr.) sembra altresì ammettersi che se il *filius familias in potestate* muoia *intestato*, solo in assenza di figli e fratelli, il *peculium castrense* spetterebbe al *pater*.⁷² Stando così le cose, nel-

⁷⁰ In tal senso esplicitamente Gai 2.105: '*... quia propter ueteris iuris imitationem totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur inter familiae emptorem agi et testatorem; quippe olim, ut proxime diximus, is qui familiam testatoris mancipio accipiebat, heredis loco erat*'. Sul punto v. quanto già rilevato *retro*, § 3 e nt. 32.

⁷¹ Citiamo da D. 14.6.2 (Ulp. 64 *ad ed.*). Sul brano rinviato, tra i tanti, in particolare a F. LUCREZI, *Senatusconsultum Macedonianum*, Napoli 1992, 288 ss.; S. LONGO, *Senatusconsultum Macedonianum* cit., 192 ss., con bibliografia.

⁷² Pare così ammettersi in età giustiniana l'apertura della successione legittima sul *peculium castrense* del *filius in potestate* morto *intestato*. Si leggano, a tal proposito, sia I. 2.12 pr.: '*... si quidem fecerint de castrensi peculio testamentum, pertinebit hoc ad eum quem herede relinquerint: si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstitibus, ad parentes eorum iure communi pertinebit ...*', sia, in maniera ancora più esplicita, PT. 2.12 pr.: '*... καὶ εἰ μὲν διαθῶνται πάντες οἱ εἰρημένοι εἰς τὸ ΚΑΝΣΤΡΕΝΣΙΟΝ ΠΕΚΥΛΙΟΝ, λήψεται τοῦτο ὁ παρ' αὐτῶν γραφεὶς κληρονόμος, εἰ δὲ ἀδιάθετοι τελευτήσωσι μήτε παῖδας ἔχοντες μήτε μὴν ἀδελφοὺς ὑπόντας, κοινῶ δικαίῳ, τουτέστιν ὡς οἰονδήποτε παγκινόν ΠΕΚΥΛΙΟΝ ἐπὶ τοὺς γονεῖς ἔρχεται. ἡνίκα γάρ τις μὴ χρήσῃται τῇ φιλοτιμηθείσῃ αὐτῷ καινοτομίᾳ, τοῖς παλαιοῖς χώρα νομίμοις· πάλαι δὲ παντοῖον ΠΕΚΥΛΙΟΝ τελευτήσαντος τοῦ παιδὸς ὁ πατὴρ ἐλάμβανεν ...*' (trad. Murison: '*... And if any of the said persons make a will of their castrense peculium, the heir appointed by them will take it; but if they die intestate, having neither children nor brothers surviving, then it passes to the parents by the ordinary rules, that is like any kind of civilian peculium. For if a man do not take advantage of the new privilege granted to him, the ancient laws operate; and in the ancient times the*

l'ottica dei compilatori non avrebbe più avuto alcun senso considerare *testes non idonei* il padre e il fratello del *filius familias in potestate* testatore; quest'ultimo, infatti, ha ormai acquisito una posizione di piena indipendenza dalla sua famiglia di appartenenza, alla stregua in sostanza di un *filius familias emancipatus*.

Un ultimo problema rimane da affrontare, di non facile soluzione, sul quale proveremo a esporre la nostra idea, nella consapevolezza che ci muoviamo su un piano meramente congetturale. Ci riferiamo, come si ricorderà, alla posizione di Teofilo e ai dubbi, che abbiamo già in parte sollevato, sul fatto che l'*antecessor* potesse essere all'oscuro della differente soluzione giurisprudenziale recepita in D. 28.1.20.2.⁷³ Più di un indizio induce a ritenere a tal proposito che la scelta di senso contrario, espressa in I.-PT. 2.10.9, sia determinata da una ponderata riflessione del maestro di Costantinopoli, come vedremo, non riguardante soltanto il merito della *quaestio de qua*.

Oltre a quanto desunto dall'esame del luogo teofilino riportato nel paragrafo precedente, a riprova di tale congettura può addursi quanto emerge dalla combinata lettura di D. 28.1.20 pr. e del passaggio del manuale imperiale, successivo a quello oggetto di disamina in queste pagine, 2.10.10 (e del corrispondente luogo della Parafrasi teofilina). Ai fini della presente indagine è sufficiente dare conto, in sintesi, dei termini della questione ivi espressi.⁷⁴

Seguendo l'orientamento di alcuni studiosi, si ritiene che

D. 28.1.20 pr.: *Qui testamento heres instituitur, in eodem testamento testis esse non potest. quod in legatario et in eo qui tutor scriptus est contra habetur: hi enim testes possunt adhiberi, si aliud eos nihil impediatur, ut puta si impubes, si in potestate sit testatoris*

sia interpolato nella porzione di testo in cui è fissato il principio secondo il quale 'chi è istituito erede in un testamento, non può essere testimone in quello stesso testamento',⁷⁵ a motivo della divergenza rispetto a quanto si legge sia in

father of a deceased son used to take every kind of peculium ...'; trad. Reitz: '... si vero intestati decesserint, neque liberos habentes, neque fratres superstites, communi iure tamquam quaecumque peculium paganum ad parentes pervenit. Si quis enim concessio sibi iure novo haud usus fuerit, antiquis locus est legibus: olim autem omni generis peculium filii defuncti pater capiebat ...'). Assai complesso è determinare quando sia avvenuto il passaggio dalla devoluzione *iure peculii* del *peculium castrense* al *pater* alla successione *ab intestato* dei figli e fratelli: sul punto rinviando, per un primo orientamento, a F. LA ROSA, *I peculii speciali* cit., in part. 170 ss.; un cenno al problema *de quo* è, più di recente, in G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., 226 nt. 144. Per altre questioni cui da origine la criptica formulazione di I. 2.12 pr. v., altresì, L. FASCIONE, *Il diritto di successione attiva del filius familias* cit., in part. 1047 s. Già B. ALBANESE, *Le persone nel diritto privato romano*, Palermo 1979, riteneva la frase '*si vero intestati decesserint nullis liberis vel fratribus superstites, ad parentes eorum iure communi pertinebit*' «equivoca e indecisa».

⁷³ V. *retro* le osservazioni svolte alla fine del § 3. Sulla chiusa di PT. 2.10.9 v. *infra*, a conclusione di questo paragrafo.

⁷⁴ Dei brani ci siamo già occupati in *Osservazioni su Gai 2.108* cit., 283 ss.

⁷⁵ A parer nostro, è tutt'altro che indubbio che D. 28.1.20 pr. sia interpolato. Dalla lettura combinata di I. 2.10.10 e PT. 2.10.10 (per il cui testo v. nt. 76) apprendiamo che i contrasti giurisprudenziali in merito alla questione erano così accesi da creare una condizione di incertezza e disordine, della quale è indirettamente indizio anche la contraddittoria modalità di esposizione impiegata in Gai 2.108. Tale stato di cose renderebbe, secondo noi, non peregrina l'ipotesi che, nel suo primo libro del commentario *ad Sabinum*, Ulpiano affrontasse il problema se l'erede istituito in un testamento potesse rivestire *iure* nello stesso il ruolo di *testis* e, alla luce di argomentazioni omesse nei *Digesta*, propendesse in maniera decisa a favore dell'opportunità di non impiegare nel proprio testamento l'erede come testimone. Seguendo tale ragionamento, pertanto, i compilatori si sono limitati nei *Digesta* a dare conto di quest'unica soluzione

Gai 2.108: *Is uero, qui in potestate heredis aut legatarii est, cuiusue heres ipse aut legatarius in potestate est, quique in eiusdem potestate est, adeo testis et libripens adhiberi potest, ut ipse quoque heres aut legatarius iure adhibeantur. Sed tamen quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusue is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus,*

nel quale è riferito quale fosse il regime in età classica, sia in

I. 2.10.10: *Sed neque heres scriptus neque is qui in potestate eius est neque pater eius qui habet eum in potestate neque fratres qui in eiusdem patris potestate sunt testes adhiberi possunt, quia totum hoc negotium, quod agitur testamenti ordinandi gratia, creditur hodie inter heredem et testatorem agi. Licet enim totum ius tale conturbatum fuerat et veteres, qui familiae emptorem et eos, qui per potestatem ei coadunati fuerant, testamentariis testimoniis repellebant, heredi et his, qui coniuncti ei per potestatem fuerant, concedebant testimonia in testamentis praestare, licet hi, qui id permittebant, hoc iure minime abuti debere eos suadebant: tamen nos eandem observationem corrigentes et, quod ab illis suasum est, in legis necessitatem transferentes ad imitationem pristini familiae emptoris merito nec heredi, qui imaginem vetustissimi familiae emptoris optinet, nec aliis personis, quae ei ut dictum est coniunctae sunt, licentiam concedimus sibi quodammodo testimonia praestare: ideoque nec eiusmodi veterem constitutionem nostro codici inseri permisimus.*⁷⁶

giurisprudenziale, omettendo quella di diverso avviso (per altri indizi a supporto della suddetta ipotesi rinviando alle nostre *Osservazioni su Gai 2.108 cit.*, spec. 316 ss.). Cogliamo l'occasione per precisare adesso che, a un più attenta analisi di I.-PT. 2.10.10, aderiamo, diversamente da quanto in precedenza suggerito, alle osservazioni svolte da G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale cit.*, 218 s. e ivi ntt. 130-131, circa l'inesistenza di un'apposita costituzione giustiniana di riforma, in quanto l'abrogazione della '*vetus constitutio*' in materia (forse presente nella legislazione postclassica, che accoglieva l'opposto orientamento, disattendendo il '*consilium antiquorum*'), alla quale si accenna in I. 2.10.10, era «avvenuta attraverso l'attività dei compilatori che si erano limitati ad escluderla dalla raccolta di *leges*» (così ID., *op. cit.*, 219 nt. 131).

⁷⁶V. anche il corrispondente passaggio riferito in PT. 2.10.10: Διατιθέμενός τις ἐνεστήσατό με κληρονόμον. οὐ δύναμαι μαρτυρεῖν τῇ ποιήσει ταύτης τῆς διαθήκης, οὐδὲ ὁ ἐμὸς ὑπεξούσιος, οὐδὲ ὁ ἔχων με ἐν ὑπεξουσιότητι πατήρ, οὐδὲ ὁ ἀδελφός μου ὁ συνυπεξούσιος. ὅλον γὰρ τὸ σήμερον πραττόμενον ἐπὶ διατυπώσει τῆς διαθήκης μεταξύ τοῦ κληρονόμου καὶ τοῦ TESTATOROS πράττεται. εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ συνεκέχτο τὸ τοιοῦτον πάλαι νόμιμον καὶ πολλῆς ἐπεπλήρωτο παραχῆς ἡνίκα ἐκράτει τὸ τοῦ FAMILIEMPTOROS, (ἐπειδὴ κατὰ πρώτην ὅψιν αὐτὸς ἐνομιζέτο κληρονόμος εἶναι, οὐκ ἠδύναντο οἱ κατὰ ὑπεξουσιότητα συναπτόμενοι τῷ FAMILIEMPTORI μαρτυρεῖν τῇ διαθήκῃ, οἱ δὲ τῷ κληρονόμῳ τῷ ἰδίᾳ γραφομένῳ, καθάπερ προεῖρηται, κατὰ ὑπεξουσιότητα συνηνωμένοι καὶ αὐτὸς μέντοι ὁ κληρονόμος ἀκωλύτως ἐμαρτύρουν, τῆς ἀκριβείας οὐκ ἐναντιουμένης τῇ μαρτυρίᾳ διὰ τὸ δοκεῖν ὅλον φέρεσθαι τὸ κέρδος εἰς τὸν FAMILIEMPTORA, τὸν δὲ ἰδίᾳ γραφόμενον κληρονόμον ἀγνοεῖσθαι)· ἀλλ' ὅμως οἱ τοῦτο ἐπιτρέποντες ἀρχαῖοι καὶ μὴ κωλύοντες τὸν SCRIPTON κληρονόμον μήτε τοὺς συναπτομένους αὐτῷ κατὰ ὑπεξουσιότητα τῇ διαθήκῃ μαρτυρεῖν, παρήνουν χρῆναι τὸ μὴ τοὺς διατιθεμένους ἀποκεχρησθαι τῇ δεδομένη τοιαύτῃ παρρησίᾳ. καὶ ταῦτα μὲν παρὰ τοῖς παλαιοῖς· ὁ δὲ ἡμέτερος βασιλεὺς τὴν τοιαύτην διορθῶν ἀταξίαν (ἀταξία γὰρ ἔωκει τὸ δίδοναι μὲν παρρησίαν, παραινεῖν δὲ ταύτῃ μὴ κεχρησθαι) τὴν τῶν ἀρχαίων συμβουλὴν εἰς ἀνάγκην μετήγαγε νόμου. καὶ ὥσπερ ἐπὶ τοῦ παλαιοῦ FAMILIEMPTOROS ἐκεκώλυτο πᾶσα μαρτυρία τῶν συνηνωμένων τῷ FAMILIEMPTORI κατὰ ὑπεξουσιότητα, οὕτως καὶ ἐπὶ τοῦ κληρονόμου, σῶζοντος εἰκόνα τοῦ παλαιοῦ FAMILIEMPTOROS, οὕτε αὐτῷ μαρτυρεῖν οὐτε τοῖς συναπτομένοις αὐτῷ κατὰ ὑπεξουσιότητα συνεχώρησεν. δοκεῖ γὰρ εἰς οἰκεῖον κέρδος μαρτυρεῖν. καὶ ἐπειδὴ διάταξις τῶν παλαιωτέρων ἦν βασιλέων τῷ κληρονόμῳ μαρτυρεῖν ἐπιτρέπουσα, τὴν τοιαύτην διάταξιν ἐκώλυσεν ὁ θεοτάτος ἡμῶν βασιλεὺς μὴ ἐγγραφῆναι τῷ οἰκεῖῳ Κώδικι (trad. Murison: A man, making his will, appointed me his heir: I cannot be a witness to his will, nor can my family son, nor my father in whose power I am, nor my brother in the power of the same father. For the whole business done today in the ordering of the will is done between

Al di là dei molti problemi posti dall'interpretazione dei surriferiti testi, che non possiamo nemmeno per sommi capi trattare in queste pagine, un dato emerge evidente, sul quale vale la pena prestare particolare attenzione: i due brani della compilazione, D. 28.1.20 pr. e I. 2.10.10, sono assolutamente concordi circa la soluzione adottata e in entrambi i luoghi si esclude che possa chiamarsi come testimone in un testamento colui che nello stesso è istituito erede (nonostante l'opposto principio ricordato in Gai 2.108, pur con l'esortazione che '*quod ad heredem pertinet quique in eius potestate est cuiusue is in potestate erit, minime hoc iure uti debemus*').

Già questa esplicita circostanza, se messa in relazione con le antitetiche posizioni di D. 28.1.20.2 e I. 2.10.9 (e la scelta in quest'ultimo brano di prediligere quanto affermato in Gai 2.106), è ulteriore indice del fatto che Teofilo non potesse ignorare il contenuto del lungo frammento tratto dal primo commentario *ad Sabinum* di Ulpiano, collocato in D. 28.1.20.

Ma vi è di più. Dall'articolata trattazione di PT. 2.10.10⁷⁷ emerge, nelle argomentazio-

the heir and the testator. For although the law on the subject was formerly very confused, and gave rise to much trouble when the principle of the *familiae emptor* prevailed – inasmuch as, on the face of the case, he was held to be heir, those that were related through the paternal power to the *familiae emptor* were incapable of being witnesses, while those that were connected through the paternal power with the heir separately appointed, as has been stated above, as well as the heir himself, were in no way excluded from being witnesses, the strict provisions of the law offering no opposition to such testimony, because the whole gain was regarded as bestowed upon the *familiae emptor*, the heir separately appointed being unknown –, yet the ancients that allowed this, and did not prevent the appointed heir, nor yet those that were related to him through the paternal power, from being witnesses in the will, admonished the testators not to abuse the leave granted to them. So much for the ancients. But our Emperor, reducing the confusion to order – for confusion it appeared to be, to grant leave and yet to admonish people not to take advantage of it – has turned the counsel of the ancients into legal compulsion; and as, in the case of the old *familiae emptor*, the witness of those that were related to him through the paternal power was wholly excluded, so also in the case of the heir, keeping up the likeness of the old *familiae emptor*, he permitted neither himself nor those related to him through the paternal power to be witnesses; for such a person seems to be a witness to his own gain. And while the constitution of the elder Emperors allowed the heir to be a witness, our most sacred Emperor prohibited that constitution from being inserted in his Code; trad. Reitz: Testamentum qui faciens heredem me instituit: non possum testari *in huius testamenti confectione*, neque meus filiusfam. neque pater qui me in potestate habet, neque frater meus in ejusdem potestate. Totum enim *negotium*, quod hodie in testamenti ordinatione agitur, inter heredem ac testatorem agitur. Licet enim hoc jus olim maxime confusum, multaque conturbatione plenum fuerit, quum *solemnitas* familiae emptoris obtineret: (quoniam prima facie ipse videbatur heres esse, non poterant qui per patriam potestatem *familiae* emptori conjuncti erant, *in* testamento esse testes: qui autem heredi seorsim scripto. ut supra dictum est, per patriam potestatem coadunati erant, & ipse quoque heres sine impedimento testis erat, *civili rigore huius* testimonio non adversante, eo quod totum lucrum in familiae emptorem videbatur conferri, & heres seorsim scriptum ignorabatur:) attamen *ipsi* antiqui hoc permittentes, neque heredem scriptum prohibentes, neque *eos* qui per patriam ei potestatem conjuncti erant, testimonium præbere *in* testamento, admonebant testatores, ne data hac licentia abuterentur. Et hæc quidem apud veteres. Sed Imperator noster hanc corrigens confusionem, (confusio enim videbatur, dare quidem licentiam, sed admonere ne *quis* ea uteretur) consilium antiquorum in legis necessitatem transtulit: & sicut in vetere familiae emptore omne testimonium prohibebatur *eorum* qui per patriam potestatem familiae emptori erant conjuncti; ita & in herede, imaginem veteris familiae emptori servante, neque ipsi testem esse, neque *iis* qui per patriam potestatem illi conjuncti sunt, permisit: videtur enim in suum commodum esse testis. Et quoniam vetustiorum Principum constitutio heredi testem esse concedebat, prohibuit sanctissimus Imperator noster hanc constitutionem suo Codici inscribi).

⁷⁷ *Retro* riportata per intero, alla nt. 76.

ni svolte dall'*antecessor*, una sua osservazione, dalla quale si evince senza ombra di equivoci quanto egli fosse ben informato anche su altri principi giurisprudenziali in tema di capacità testimoniale. A proposito, infatti, delle ragioni addotte a sostegno dell'esclusione dell'erede dal novero dei *testes idonei*, apprendiamo all'interno della παραγραφή teofilina ad I. 2.10.10 che tale soggetto 'δοκεῖ ... εἰς οἰκεῖον κέρδος μαρτυρεῖν'.⁷⁸ A ben vedere, in suddetta precisazione si scorge una chiara eco del noto adagio '*Nullus idoneus testis in re sua intellegitur*', espresso in D. 22.5.10 (Pomp. 1 *ad Sab.*).⁷⁹

Ora, crediamo che quanto appena osservato renda ancor più fondato il sospetto che l'antinomia tra D. 28.1.20.2 e I. 2.10.9 non sia frutto di una mera svista. Ragionevolmente, una più attenta valutazione della *quaestio de qua* non avrebbe potuto, malgrado le incisive innovazioni introdotte in età giustiniana sul regime sia del *testamentum militis* sia del *peculium castrense*, che portare l'*antecessor*, redattore del tit. 2.10, a optare per la soluzione impiegata nel manuale gaiano. Infatti, l'orientamento giurisprudenziale prescelto nei *Digesta* si poneva in contrasto con altri principi in materia d'idoneità/inidoneità dei *testes*, tramandati nelle Pandette in altra *sedes materiae* (*praecipue, sub* tit. '*De testibus*' del ventiduesimo libro), e dunque apparentemente non concernenti propriamente la *testamenti factio* (*cum testibus*). Ci riferiamo non solo a D. 22.5.10 ma anche a

D. 22.5.9 (Paul. 1 *ad Sab.*): *Testis idoneus pater filio aut filius patri non est.*⁸⁰

⁷⁸ Tale spunto è probabilmente ripreso anche nella c.d. Glossa Torinese alle Istituzioni giustiniane, nella quale in corrispondenza di I. 2.10.10 si legge: '*... nemo potest sibi testimonium dicere*'. V. A. ALBERTI, *La "Glossa Torinese" e le altre glosse del Ms. D. III. 13 della biblioteca nazionale di Torino*, Torino 1933, 60, nr. 223*. È questo un ulteriore luogo, in aggiunta a quelli individuati da G. FALCONE, *I prestiti dalla Parafrasi di Teofilo nella c.d. Glossa Torinese alle Istituzioni*, in SDHI 62, 1996, 255 ss., dal quale si evince, con una certa evidenza, che la Glossa Torinese alle Istituzioni giustiniane ha tratto spunto dalla Parafrasi teofilina, il che è un episodio tutt'altro che isolato all'interno di tale opera, specie per quanto concerne lo «strato più antico dell'apparato di glosse, risalente, con ogni verosimiglianza, agli anni tra il 543 e il 546 d.C.» (ID., *op. cit.*, 255).

⁷⁹ Il frammento in questione è inserito sotto il titolo *De testibus* del ventiduesimo libro del Digesto. Ad esso potrebbe, di primo acchito, darsi una valenza meramente processuale. È, invece, più probabile che, nel luogo citato, il testimone cui si accenna sia impiegato in funzione strumentale, e non all'interno di un atto qualsiasi ma, in maniera specifica, di un testamento. Il brano è, infatti, estrapolato, come si evince dall'*inscriptio* stessa, dal primo libro del commentario *ad Sabinum* di Pomponio, ove il giurista tratta della materia testamentaria. Non è questa la sede per trattare compiutamente della questione, ma è abbastanza verosimile che molti dei principi tramandati nei *Digesta* in tema d'idoneità dei testimoni a partecipare a un atto – i quali sembrano, apparentemente, avere portata generale – erano stati originariamente enucleati dai giuristi a proposito del testamento librato. Un interessante cenno a tali problemi, denso di ulteriori spunti di indagine, può rinvenirsi in F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia* cit., 259 nt. 61, 323 nt. 192, il quale ipotizza sul punto che «la traslazione delle regole sulla testimonianza negoziale dalla collocazione originaria a quella processuale sia avvenuta in età postclassico-giustiniana» (ID., *op. cit.*, 325 nt. 192, con bibliografia).

⁸⁰ Si noti che anche per il frammento in questione valgono le considerazioni *supra* svolte per D. 22.5.10 (v. nt. 79): malgrado la sua apparente formulazione generale, è riguardo alla materia testamentaria che è stato formulato, essendo anch'esso tratto dal primo libro del commento, stavolta di Paolo, alla trattazione civilistica di Masurio Sabino (sul brano, per le questioni che riguardano la nostra indagine, rinviamo ancora una volta a F. BOTTA, *Legittimazione, interesse ed incapacità all'accusa nei publica iudicia* cit., 324 s. nt. 192). Incidentalmente, non ci sembra privo d'interesse, e meriterebbe di essere approfondito in un'autonoma indagine, che, in alcuni scolii dei Basilici, D. 22.5.9 e D. 22.5.10 sono posti in stretta correlazione [cfr. B. 21.1.8 (BT. 1016/8-9): Paulu. Ὅτις πατὴρ ἢ πατήρ νόϋ οὐ μαρτυρεῖ, nonché B. 21.1.9

È ragionevole, quindi, ipotizzare che i commissari delle Pandette non avessero valutato sino in fondo tutte le implicazioni che discendevano dalla soluzione accolta in D. 28.1.20.2, ritenendo forse sufficiente, a glissare qualsiasi rischio di contraddizione, costruire la fattispecie in maniera alquanto sfumata, e comunque in termini problematici (*'quaeri potest'*). Infatti, nel brano *de quo* manca, secondo noi, il riferimento tanto all'avvenuto congedo dal servizio (*'post missionem'*)⁸¹ quanto al principio *'reprobaturum est in ea re domesticum testimonium'*, sul quale non possiamo, allo stato delle fonti, escludere del tutto che sia Marcello sia Ulpiano si interrogassero.⁸² A ciò si aggiunga, del resto, che anche alcuni principi in tema di capacità testimoniale, come quelli tramandati in D. 22.5.9-10, sembrano assumere nelle Pandette portata generale, e non sono esplicitamente riconducibili alla *testamenti factio* (*cum testibus*), se non per certi inequivoci indizi desumibili dalle relative *inscriptiones*.⁸³

In conclusione, soffermiamoci ancora un istante sulla considerazione teofilina espressa in chiusura di PT. 2.10.9, riferita al paragrafo precedente: *'εἰ καὶ τὰ μάλιστα γὰρ αἱ διατάξεις διατίθεσθαι συνεχώρησαν αὐτῷ ἐν ὑπεξουσίῳ, ἀλλ' οὖν ἀπαιτοῦσιν αὐτὸν ὥστε διατιθέμενον μὴ καταφρονεῖν τῆς ἀκριβείας'*.

Con il termine *διατάξεις*, ci sembra che Teofilo alluda in maniera generica a tutti quei provvedimenti imperiali che hanno concesso per la prima volta, o anche solo riaffermato, la facoltà per il *veteranus post missionem* di *testari ex peculio castrense*.⁸⁴ Dietro il richiamo alla necessità che il *filius* non si serva di tale facoltà in spregio delle formalità prescritte per far testamento (*'ἀλλ' οὖν ἀπαιτοῦσιν αὐτὸν ὥστε διατιθέμενον μὴ καταφρονεῖν τῆς ἀκριβείας'*) si intravede, a parer nostro, la *ratio* che ha portato l'*antecessor* a preferire la soluzione affermata in Gai 2.106. Anzi, proprio l'opportunità, che avverte Teofilo, di esplicitare le ragioni della validità, ancora in età giustiniana, dell'adagio *'reprobaturum est in ea re domesticum testimonium'* (del quale, come più volte sottolineato, non si fa menzione in D. 28.1.20.2), prodotte a sostegno dell'orientamento espresso, costituisce ulteriore decisivo indizio, che si aggiunge a quelli poc'anzi suggeriti, a favore di una precisa presa di posizione dell'*antecessor* nel manuale imperiale, scaturita non solo da una ponderata meditazione sulla *quaestio* in esame ma anche, e soprattutto, dalla scelta di una soluzione uniforme e coerente con la regolamentazione complessiva della *testamenti factio* (*cum testibus*),

(BT. 1016/10-11): Πορόνιυ. οὔτε οἰοσθήποτε ἐν ἰδίῳ πράγματι; Heimb. II.394: Paul. Filius patri, aut pater filio testis non est./Pompon. Nec quisquam in re sua]. Ci riferiamo a Sch. 2 e 3 *ad B.* 21.1.8 (1 e 2 in Heimb.), rispettivamente ai termini *'υἱὸς πατρὶ'* e *'ἡ πατὴρ υἱῷ'*, BS. 1235/12-13: *'Ὁ ὑπεξούσιος ὢν δηλονότι· δοκεῖ γὰρ ἐαυτῷ μαρτυρεῖν μαρτυρῶν τῷ πατρὶ ...'* (Heimb. II.394: Qui scilicet in potestate est: nam qui patri testis est, sibi ipse testimonium dicere videtur); BS. 1235/15-16: *'... καὶ υἱὸς γὰρ τῷ πατρὶ μαρτυρῶν ὡς ἐν ἰδίῳ μαρτυρεῖ'* (Heimb. *ult. loc. cit.*: Filius enim, qui patri testis est, quasi in re sua testis est).

⁸¹ Ciò per le ragioni poc'anzi lumeggiate (nel testo di questo paragrafo) circa l'opportunità di estendere la fattispecie anche ai *militēs* non impegnati in campagne militari.

⁸² Del problema di cosa debba intendersi per *'domestici testes'* e se quest'ultima sia una nozione sulla quale vi fosse uniformità di vedute tra i *iuris prudentes* ci stiamo occupando in un'indagine, ancora in corso, della quale speriamo in tempi brevi di poter condividere i risultati.

⁸³ V. *retro* ntt. 79-80.

⁸⁴ Del resto, poco più avanti nel *ῥητόν* (I. 2.12 pr.), Teofilo avrebbe ricordato nuovamente agli studenti che i *militēs* *'qui in potestate parentum sunt, quibus de eo quod in castris adquisierint permissum est ex constitutionibus principum testamentum facere'*. Circa la circostanza che con il sintagma *'constitutiones principum'* nel brano in questione si alluda genericamente tanto alla legislazione giustiniana quanto a quella imperiale di epoca precedente rinviando, in particolare, a G. LUCHETTI, *La legislazione imperiale* cit., spec. 577 e ivi nt. 4, 584 nt. 21.

espressa in altri luoghi della compilazione.⁸⁵ Ciò, del resto, non rappresenta di certo un *unicum* se poniamo attenzione al fatto che, come opportunamente rileva Chiazzese (anticipando le riflessioni svolte in tempi più vicini da altri studiosi),⁸⁶ nelle Istituzioni di Giustiniano «l'esigenza di esporre in compendio il diritto vigente forzava a vagliare con maggiore ponderazione il contenuto dei testi utilizzati e ad armonizzarli con gli apporti più recenti della consuetudine e della legislazione».⁸⁷

⁸⁵ A ben vedere, che Teofilo non fosse ignaro del contenuto di D. 28.1.20.2 ci pare plausibile tanto se si ritiene che la compilazione del manuale imperiale sia stata intrapresa dopo il completamento della prima stesura dei *Digesta*, quanto se si ritiene che una sua prima redazione sia avvenuta tra la fine del 531 e la prima metà del 532 (su tale ipotesi v. la letteratura citata *retro*, nt. 1), per le ragioni *supra* espresse nel testo di questa pagina che tengono conto di alcuni accorgimenti messi, secondo noi, in atto dai commissari per aggirare il pericolo di discordanze.

⁸⁶ Pensiamo, ad esempio, a R. BONINI, *Introduzione allo studio dell'età giustinianea*⁴, Bologna 1985, 52, per il quale il manuale istituzionale «rappresenta, proprio per le sue finalità didattiche, non soltanto il momento di maggior sintesi, ma anche quello di più pacata riflessione nell'intero ciclo delle compilazioni giustinianee», cui *adde* almeno G. LUCHETTI, *Nuove ricerche sulle Istituzioni di Giustiniano* cit., VII ss., con altra letteratura citata alla nt. 1.

⁸⁷ Citiamo da L. CHIAZZESE, *Confronti testuali*, parte generale cit., 72.

NOTE

PIETRO CERAMI
(Università di Palermo)

Note storico-giuridiche in tema di ‘giudici e legge’
(a proposito di una recente monografia di Giuseppe Valditara)

ABSTRACT

Taking cue from G. Valditara’s monograph, *Judges and the Law* (2015), the Author briefly discusses some current debate topics about popular sovereignty, legality interpretation, and legal certainty.

PAROLE CHIAVE

Democrazia; sovranità popolare; legittimità; interpretazione; certezza e concretezza del diritto.

NOTE STORICO-GIURIDICHE IN TEMA DI 'GIUDICI E LEGGE' (A proposito di una recente monografia di Giuseppe Valditara)

1. Del complesso e dibattuto rapporto fra “giudici e legge” e del correlato binomio “legge e interpretazione” mi ero già occupato in altre occasioni, con specifico riferimento, rispettivamente, al pensiero di Cicerone e a quello del giurista adrianeo Celso figlio, e al ruolo e all’attività ermeneutica delle Corti europee.¹

La lettura di una recente, approfondita e stimolante, monografia di Giuseppe Valditara,² incentrata fondamentalmente sul nostro ordinamento giuridico, ma corredata, al tempo stesso, da una serie di puntuali considerazioni storico-comparative, estese, sia pure «tangenzialmente» – come asserisce l’Autore –, anche alla giurisprudenza delle Corti europee,³ mi ha indotto ad una rimeditazione del difficile e assai controverso problema del rapporto fra i giudici e la legge; tema, questo, di notevole complessità storica e tecnico-giuridica, nella misura in cui sottende e investe un aspetto fondamentale di ogni ordinamento giuridico: il ‘sistema giustizia’.⁴ Non a caso il rigoroso e approfondito discorso di Valditara attiene, sulla scia di un

¹ Del rapporto ‘giudice-legge’ nel pensiero di Cicerone mi sono occupato in occasione del Convegno sul tema “*Il giudice e la sua soggezione alla legge: art. 101, c. 2 Cost.*”, in ricordo di Giovanni Tranchina, svoltosi a Trapani in data 21 maggio 2013. Il contributo, con l’omissione di alcune considerazioni introduttive, strettamente legate all’evento, è stato pubblicato con il titolo *Giudice e legge nel pensiero di Cicerone*, in *Legal Roots* III, 2014, 281-288. Sullo stesso tema v., da ultimo, D.A. CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare. Alle origini di una dialettica nell’età dei Severi*, Napoli 2017, 14 ss. Dello stesso rapporto e del connesso binomio ‘legge-interpretazione’ mi sono occupato altresì sia nella monografia *La concezione celsiana del ‘ius’. Presupposti culturali e implicazioni metodologiche*. I. *L’interpretazione degli atti autoritativi*, in *AUPA* 38, 1983, 100 ss., sia in occasione del Convegno sul tema “*L’interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*”, svoltosi a Perugia, nel 2000, su iniziativa di Antinio Palazzo, Napoli 2001, 76-81.

Del ruolo e dell’attività ermeneutica delle Corti europee (di Strasburgo e di Lussemburgo) mi sono occupato nel contributo *L’interpretazione delle sentenze delle Corti europee*, pubblicato in *TSDP* V, 2012, 1-33 e in L. VACCA (a cura di), *Scienza giuridica interpretazione e sviluppo del diritto europeo. Convegno ARISTEC*, Napoli 2013, 225-239.

² G. VALDITARA, *Giudici e legge*, Roma 2015, 301.

³ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 20 ss., 296 ss.

⁴ In proposito, fra i più recenti contributi, mi limito a menzionare: G. VERDE, *Il difficile rapporto tra il giudice e la legge*, Napoli 2012; C. NITSCH, *Il giudice e la legge. Considerazioni e crisi di un paradigma nella cultura giuridica italiana del primo Novecento*, Milano 2012; L. LABRUNA, *Un tema «senza tempo»: il «difficile rapporto» fra il giudice e la legge. Qualche riflessione a proposito di un recente volume*, in *Civitas et civilitas. Studi in onore di F. Guizzi*, I, Torino, 2013, 453-461; F. GALLO, *Carattere ideologico della soggezione del giudice alla legge*, Torino 2014; A. PALMA, *Il luogo delle regole: riflessioni sul processo civile romano*, Torino

noto volume di Giovanni Verde,⁵ e sulla base della sua duplice esperienza, scientifica e politico-parlamentare, al rischio, nell'attuale assetto istituzionale del nostro paese, di una «magistratura che non tratti tutti allo stesso modo», rischio imputabile, fra l'altro, alla «politicizzazione di magistratura organizzata per correnti ideologiche», la quale è giunta «addirittura a dettare alle Camere, con una giurisprudenza *contra legem*, riforme legislative»,⁶ e che è votata alla «ricerca di un diritto nuovo, diverso da quello voluto dal legislatore»,⁷ in aperto contrasto con il regime democratico, fondato sulla sovranità popolare, che si esplica con la legge, e sullo 'Stato di diritto',⁸ i cui elementi essenziali – sottolinea Valditara, sulla scia della Commissione europea – sono costituiti dalla certezza del diritto (che comporta l'irretroattività della legge, e di quella penale, in particolare), dall'imparzialità del giudice, dall'uguaglianza di tutti davanti alla legge (pp. 185-187).

2. Con particolare riguardo al tema del legame 'legge-sovrani   popolare', Valditara sostiene che «i concetti moderni di sovranit   popolare e il carattere della legge come ancora oggi la intendiamo, vale a dire come atto normativo generale ed astratto, trovano nell'esperienza romana un importante antecedente storico».⁹ Orbene, mi sembra incontestabile che nell'ambito della complessa e assai variegata esperienza giuridica di Roma antica siano riscontrabili tanto l'idea della sovranit   popolare, quanto la configurazione della legge (rogata) come atto normativo generale e astratto; non altrettanto ritengo che si possa asserire per quanto attiene al legame 'sovranit   popolare-legge'. La configurazione della *lex rogata* come '*generale iussum populi aut plebis rogante magistratu*' si afferma, infatti, soltanto in et   augustea, ad opera di Ateio Capitone (Gell., *N. A.* 10.20.2), in un contesto politico-istituzionale caratterizzato da un sostanziale ridimensionamento del ruolo politico-costituzionale delle assemblee popolari. Si aggiunga, inoltre, che nella concreta realt   politico-istituzionale di Roma antica i diversi fattori di produzione giuridica (leggi comprese)¹⁰ si trovavano fra loro, prima delle politiche legislative di Valentiniano III, Teodosio II e Giustiniano, in rapporto di sostanziale pariteticit  , come prova il rapporto fra la '*lex*' e la '*consuetudo*', configurate entrambe da Salvio Giuliano come distinte, ma omologhe, manifestazioni della volont   normativa del popolo Romano (D.1.32.1): l'una (legge), in forma espressa; l'altra (consuetudine), in forma tacita. Ne consegue che il principio di legalit  , in forza del quale i nostri Costituenti hanno enunciato il principio della soggezione dei giudici soltanto alla legge

2016; D.A. CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare* cit.; A. CORBINO, *Rigore    quando arbitro fischia. Il mito della legalit  *, Napoli 2018.

⁵ V. sopra, nt. 4.

⁶ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 15 ss. e 26-62, con puntuale esame di casi di giurisprudenza creativa *contra legem* nel processo civile, nel diritto privato e nel diritto penale.

⁷ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 69.

⁸ Sotto questo profilo, G. VALDITARA *Giudici e legge* cit., 187, sottolinea che l'articolo 49 del Trattato sull'Unione europea «subordina l'adesione all'UE al rispetto dello stato di diritto».

⁹ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 189.

¹⁰ In considerazione, appunto, della pariteticit   dei diversi fattori di produzione giuridica, il giudice, inteso ed assunto come figura emblematica di '*vir bonus*' [Horat., *epist.* 1.16.40-43, su cui v., da ultimo, A. PALMA, *Lo 'ius controversum' quale espressione dell'artificialit   del diritto*, in L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto*, Napoli 2016, 196, con letteratura], doveva esaminare e valutare, con scrupolosa ponderazione, i diversi fattori di produzione giuridica, *res iudicatae* comprese.    rilevante, in tal senso, che le *res iudicatae* siano esplicitamente annoverate fra i fattori di produzione giuridica in Cic., *top.* 5.28, su cui v. A. PALMA, *Lo 'ius controversum' cit.*, 216 ss.

(art. 101 c. 2 Cost.),¹¹ è estranea all'esperienza giuridica di Roma, antecedente alle direttive di politica legislativa del V e del VI secolo d.C. Si aggiunga inoltre che l'idea romana della sovranità popolare, elaborata soprattutto da Cicerone, risulta essenzialmente contraddistinta dal fatto che, nell'assetto organizzativo dell'apogeo della *libera res publica*, i *cives Romani*, riuniti nelle assemblee istituzionali (*comitia* e *concilia*), lungi dall'essere detentori esclusivi di tutti i poteri, come avveniva, invece, nell'assetto istituzionale della *civitas popularis* (Cic., *de re publ.* 1.26.42), costituivano piuttosto – pur con il notevole limite derivante dall'adozione del voto di gruppo al posto del voto individuale¹² – l'unica ed esclusiva 'fonte' di tutti i poteri, come asserisce appunto Cicerone: '*omnis potestates, imperia, curationes ab universo populo Romano proficisci conveniunt*' (*de lege agrar.* 2.7.17). Sta esattamente in ciò la '*summa potestas populi*', che si concretava e si estrinsecava essenzialmente nella libera scelta, in forza del voto popolare, di coloro che erano ritenuti più idonei a provvedere al bene comune (Cic., *pro Planc.* 4.11; cfr. pure Polib., *Storie* 6.5.14.9). Oltre a questo primario ed esclusivo potere, l'autorità delle assemblee popolari si estendeva, in concorso con il senato e con le magistrature fornite di *ius agendi cum populo* o *cum plebe*, come osservò acutamente Polibio in un noto *excursus* del sesto libro delle *Storie*, alla repressione criminale (6.5.14.4-8), all'approvazione delle leggi proposte dai magistrati (6.5.14.10), alla decisioni relative alla pace e alla guerra (6.5.14.10), alla ratifica delle alleanze e dei patti (6.5.14.11).

3. Per quanto attiene, in particolare, all'interpretazione giudiziale, Valditara afferma che «è sempre vivo ed attuale l'ammonimento di Cicerone: *servi legum esse debemus, si liberi esse volumus*».¹³ L'espressione '*legum omnes servi sumus*' figura, come è noto, in un brano della '*Pro Cluentio*' del 66 a. C., pronunciata dall'Arpinate dinanzi alla *quaestio perpetua de veneficiis*, in difesa di Aulo Cluenzio. In quella sede, l'oratore, paragonando la comunità politica al corpo umano, osservò che come quest'ultimo non può servirsi, senza la mente di tutte le sue parti, così la comunità politica (*civitas*) non può reggere, senza legge, le diverse componenti del corpo sociale; osservazione conclusa e integrata, appunto, con l'enfatica e solenne affermazione che delle leggi sono ministri i magistrati, interpreti i giudici, e che delle leggi siamo tutti schiavi per potere essere liberi (*pro Planc.* 53,146).¹⁴ Come ho già evidenziato a suo tempo¹⁵, la configurazione della legge come '*mens et anima civitatis*' potrebbe indurre, *prima facie*, a ravvisare nel discorso di Cicerone la formulazione *ante litteram* del principio di legalità. Si tratterebbe, però, di una deduzione sostanzialmente divergente dall'effettivo pensiero ciceroniano,

¹¹ In effetti, l'idea della soggezione del giudice alla legge ha un fondamento essenzialmente ideologico, che si concreta nella credenza che «le cose stiano come si vorrebbe che fossero». Così, a ragione, F. GALLO, *Carattere ideologico* cit., 3. Di «ideologica fiducia nella legge» parla pure A. CORBINO, *Rigore è quando arbitro* cit., 13, il quale con specifico riguardo all'enunciato dell'art. 1, c. 2 Cost., (39 s.), osserva acutamente che nell'architettura costituzionale predisposta dai nostri Costituenti, l'esercizio della funzione normativa è formalmente attribuita al popolo sovrano, ma è concretamente «subordinato al "*placet*" della Corte costituzionale», che «ha finito (come da qualche decennio si constata) con l'essere percepito come l'espressione reale (ed usurpata) della sovranità politica».

¹² Sul punto P. CERAMI, *Favor populi e comparatio dignitatis in mandandis magistratibus*, in AUPA 41, 1991, 7 (estratto).

¹³ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 264.

¹⁴ Cic., *pro Cluent.* 53.146: *Ut corpora nostra sine mente, sic civitas sine lege suis partibus ut nervis ac sanguine et membris uti non potest. Legum ministri magistratus, legum interpretes iudices, legum denique idcirco omnes servi sumus ut liberi esse possimus*.

¹⁵ P. CERAMI, *Giudice e legge* cit., 284 s.

come possiamo desumere sia dal contesto generale della *pro Cluentio*, sia, e soprattutto, dall'impianto sistematico ed argomentativo del *De legibus*. Nella *pro Cluentio*, l'oratore, con specifico riferimento all'*officium* del giudice saggio, afferma chiaramente che quest'ultimo non deve pensare di poter fare qualunque cosa egli desideri, ma deve responsabilmente assumere la propria decisione temperando legge, lealtà, equità e buona fede, e allontanando, al tempo stesso, l'arbitrio, l'ostilità, il timore e tutte le passioni.¹⁶ Ne consegue che la legge costituisce, per l'Arpinate, soltanto uno dei parametri, che possono e debbono essere considerati e valutati congiuntamente, caso per caso, in funzione di una ponderata ed equilibrata decisione giudiziale. Nello stesso senso depone un brano dell'orazione *pro Roscio Amerino* dell'81 a.C., in cui ricorre, a proposito dell'*officium iudicis*, il sintagma '*recte et ordine iudicare*', che evidenzia, in senso tecnico-giuridico, l'obbligo professionale del giudice di emanare il verdetto in conformità al diritto vigente (*recte*) e al valore supremo della giustizia sostanziale (*ordine*).¹⁷ Ben più rilevante è, ai nostri fini, l'impianto sistematico ed argomentativo del *De legibus*, da cui si evince che per Cicerone la legittimità non coincide sempre con gli enunciati delle deliberazioni del popolo Romano e di altri popoli.¹⁸ L'essenza costitutiva della legittimità, assunta in senso sostanziale e non già meramente formale, consiste per l'Arpinate, esclusivamente nella '*recta ratio imperandi atque prohibendi*', che '*a natura data est*' a tutti gli esseri umani.¹⁹ Giova precisare, però, che la natura di cui parla Cicerone non è di tipo metafisico e metastorico, bensì di tipo positivo e storico,²⁰ nella misura in cui consta di valori etico-umanistici che affondano le radici, da un lato, nella concezione e nella prassi romana dell'*aequitas naturalis*²¹ e, dall'altro, nel valore e nel concetto di 'scelta del giusto e del retto', insiti nel nome stesso di *lex* (da *legere*: scegliere).²² Pertanto le deliberazioni popolari che non rispondono ai requisiti del giusto e del retto, hanno il nome di legge soltanto per convenienza, ma non anche per sostanza: *Quae sunt autem variae et ad tempus descriptae populis, favore magis quam re legum nomen tenent* (de leg. 2.5.11).²³ Afferma in proposito l'Arpinate che molte norme rovinose e funeste, votate – in un sistema istituzionale di democrazia diretta, qual era quello della *libera res publica* –, dalle assemblee popolari – sia pure, ovviamente, a maggioranza²⁴ –, non meritano il nome di leggi più

¹⁶ Cic., *pro Cluent.* 58.159: *Est enim sapientis iudicis . . . cum illam iudicandi causa tabellam sumperit, non se reputare solum esse nec sibi quodcumque concupierit licere, sed habere in consilio legem, religionem, aequitatem, fidem; libidinem autem, odium, invidiam, metum cupiditatesque omnis amovere.*

¹⁷ Sul brano P. CERAMI, *Giudice e legge nel pensiero di Cicerone* cit., 281 s.

¹⁸ Nello stesso senso v., da ultimo, D.A. CENTOLA, *Contra constitutiones* cit., 17 ss.

¹⁹ Cic., *de leg.* 1.12.33: *Quibus (gli esseri umani) enim ratio a natura data est, isdem etiam recta ratio data est; ergo et lex, quae est recta ratio in iubendo et vetando; si lex, ius quoque; 2.4.8: Video ... legem neque hominum ingeniis excogitatam, nec scitum aliquod esse populorum, sed aeternum quiddam, quod universum mundum regeret imperandi prohibendique sapientia.* Cfr. pure *de re publ.* 3.22.33.

²⁰ Su punto rinvio a quanto ho precisato in *Recta ratio e iustorum iniustorumque distinctio nel De legibus di Cicerone*, in *Studi in onore di Luigi Labruna*, II, Napoli 2007, 963 ss.

²¹ Sul punto W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto. Introduzione e cura di U. VINCENTI*, Padova 2002, 63 ss.; P. CERAMI, *Recta ratio* cit., 963 s.

²² Cic., *de leg.* 2.5.11: *In ipso nomine legis interpretando inesse vim et sententiam iusti et iuris legendi.*

²³ Sui limiti della volontà generale, sul mito della legalità e sulla «credenza nella virtù della legge» nell'esperienza contemporanea, cfr. P. GROSSI, *Prima lezione di diritto*, Roma-Bari 2003, 6 ss.; D.A. CENTOLA, *Contra constitutiones iudicare* cit., 2 ss., con letteratura. Di mito della legalità parla pure A. CORBINO, *Rigore è quando arbitro fischia* cit., 10 ss.

²⁴ Il principio della maggioranza vale, ovviamente, anche per i moderni sistemi di democrazia rappresentativa. In proposito, G. VALDITARA, *Giudice e legge* cit., 131, osserva che «la critica al legislatore parti-

di quanto lo meritino quelle che i predoni sanciscono con il loro accordo: *multa perniciose, multa pestifere sciscuntur in populis, quae non magis legis nomen adtingunt, quam si latrones aliquas consensu suo sanxerint* (de leg. 2.5.13). Sarebbe, pertanto, sommamente stolto considerare 'giuste' le norme per il semplice fatto che siano state approvate dal popolo (de leg. 1.15.42). Infatti, annota l'Arpinate, se i diritti si potessero costituire soltanto per deliberazioni popolari, per decreti senatori, per sentenze giudiziali (a prescindere, s'intende, dallo loro rispondenza o meno alla *'recta ratio'*), potrebbero essere considerati legittimi anche il brigantaggio, l'adulterio, la falsificazione di testamenti, qualora siffatte condotte risultassero approvate con voto popolare²⁵. Di qui la conclusione: *'nos legem bonam a mala nulla alia nisi naturae norma dividere possumus'* (de leg. 1.16.44).²⁶

4. Le categorie ciceroniane della *recta ratio* e dell'*aequitas naturalis* potrebbero apparire, *prima facie*, formule vaghe e, come tali, del tutto inidonee ad assicurare la certezza del diritto, che è sicuramente uno, ma non l'unico, valore della vita del diritto, nella misura in cui costituisce (nella sua aspirazione alla massima oggettività possibile dell'ordinamento giuridico), al pari del diverso e «tendenzialmente contrastante»²⁷ valore della concretezza del diritto (aspirazione alla massima flessibilità possibile dell'ordinamento), una estrinsecazione dell'ideale della giustizia. La giustizia sostanziale e non soltanto formale non può, però, essere dedotta soltanto dal 'diritto certo' – che, come afferma Quintiliano, *'aut scripto aut moribus constat'* (inst. orat. 12.3.8) –, ma anche, e soprattutto, dal sapiente ed accurato raccordo fra i due valori, apparentemente inconciliabili, della certezza e della concretezza²⁸. Come ha bene osservato Burdese, nel contesto del diritto giurisprudenziale dell'età preclassica e classica, era considerato 'valore' «non tanto la certezza formale di un diritto a priori conoscibile postoché – per usare espressioni proprie della retorica romana – accanto ad un *ius receptum*, tradizionalmente e universalmente accolto senza discussioni, si fa strada un *ius controversum*,²⁹ quanto piuttosto la sicurezza sociale che, attraverso l'applicazione di tale

giano è in realtà una critica alla democrazia: il legislatore in una democrazia è necessariamente partigiano, dovendo rappresentare gli interessi di una maggioranza ... i parlamentari sono (o almeno dovrebbero essere) eletti dal popolo e dunque possono essere cambiati. Se il popolo non li cambia è perché al popolo vanno bene o perché i meccanismi elettorali non consentono un ricambio». In queste affermazioni c'è molto di vero, ma il limite di tutti i sistemi democratici è dato, purtroppo, dal fragile confine fra democrazia e demagogia.

²⁵ Cic., de leg. 1.16.43: *Quodsi populorum iussis, si principum decretis, si sententiis iudicum iura constituerentur, ius esset latrocinari, ius adulterare, ius testamenta falsa supponere, si haec suffragiis aut scitis multitudinis probarentur.*

²⁶ Cfr. W. WALDSTEIN, *Saggi sul diritto non scritto* cit., 62 ss.

²⁷ Così B. ALBANESE, *Riflessioni sul problema della certezza e della concretezza del diritto*, in Jus 10, 1959, ripubblicato in M. MARRONE (a cura di), *Scritti giuridici*, I, Palermo, 1991, 169.

²⁸ Con riferimento al vigente ordinamento del nostro paese B. ALBANESE, *Riflessioni* cit., 181 (*Scritti*), ha fondatamente osservato che «le ragioni della concretezza appaiono, senza dubbio, per qualche verso soffocate, sotto la rigidità dell'ordinamento che ha scelto, senza pentimenti, la pericolosissima via della moltiplicazione delle leggi, via fatale alla forza stessa della legge». Valutazioni non dissimili si rinvencono in un *excursus* degli Annali di Tacito, a proposito dell'inflazione legislativa della fase finale della crisi della, nel corso del tumultuoso e spesso violento di alternarsi al potere delle diverse parti politiche: *Iamque non modo in commune sed in singulos homines latae quaestiones, et corruptissima re publica plurimae leges* (ann. 3.27.3).

²⁹ Sugli orientamenti della dottrina romanistica in tema di '*ius controversum*' e sul binomio reversibile '*ius receptum*–*ius controversum*' v. P. CERAMI, *Il 'ius controversum' nello sguardo dei moderni*, in V. MAROT-

diritto al caso singolo da parte dei giudici privati, consapevoli del loro ufficio e, nei limiti del possibile, di gradimento delle parti in causa, si avranno soluzioni eque delle controversie giudiziarie»;³⁰ soluzioni che sottendono ed implicano, appunto, il ponderato e funzionale raccordo fra il valore della certezza e il valore della concretezza del diritto. S'inserisce in quest'ottica la celebre definizione celsina dello 'ius' come *ars boni et aequi*, cioè come tecnica costitutiva del buono, che comporta il massimo raccordo possibile fra l'interesse comune e l'interesse del singolo, e dell'equo, che comporta il raccordo equilibrato fra i contrapposti interessi coinvolti nel caso considerato; raccordi che presuppongono ed implicano un uso flessibile, selettivo e ponderato sia degli enunciati normativi, sia dei concetti e degli istituti giuridici.³¹

Valditara riconosce che Celso insiste «sulla necessità che lo *ius*, dunque anche la legge, sia conforme al *bonum et aequum*, ammettendone con ogni probabilità la sua disapplicazione in casi di contrarietà», ma afferma, al tempo stesso, «che la sua è tuttavia una visione oligarchica, che privilegia il tecnicismo alla rappresentanza, tipica fin dai tempi della repubblica di una certa giurisprudenza, una visione che, se intendeva realmente affermare il primato della giurisprudenza, non ha avuto una concreta utilizzazione nel valutare la validità della legge».³²

In effetti, il primato – o, meglio, la centralità tecnico-operativa – della giurisprudenza nell'ambito della fenomenologia giuridica è un dato chiaramente ed ampiamente affermato nelle opere dei giuristi classici, come attestano, in particolare, tre notissimi brani dei *Digesta* giustinianei, che sono stati escerpiti, rispettivamente, dall'*Enchiridion* di Pomponio (D. 1.2.2.12-13), dai *libri Digestorum* di Giuliano (D. 1.3.11) e dai *libri Regularum* di Ulpiano (D. 1.1.10.2). Pomponio sottolinea, in modo inequivocabile, la creatività e la centralità dell'interpretazione giurisprudenziale, che si esplicano e si concretano o direttamente, in forza dello '*ius compositum a prudentibus*', accanto a quello '*legibus constitutum*' (D. 1.2.2.12); o indirettamente, attraverso la 'determinazione' autoritativa (perché fondata sulla perizia tecnica dello '*iuris peritus*') del contenuto precettivo degli altri fattori di produzione giuridica, in forza della quale si conferiva a quest'ultimi 'certezza' normativa: '*constare*' (segno, questo, adoperato qui nell'accezione di 'conseguire certezza')³³ *non potest ius, nisi sit aliquis iuris peritus per quem possit cotidie in melius produci* (D. 1.2.2.13). Giuliano, nel libro 90 dei suoi *Digesta*, afferma chiaramente che alle disposizioni precettive stabilite per la prima volta occorre conferire maggiore certezza o con l'interpretazione giurisprudenziale o con una costituzione dell'ottimo principe: *et ideo de his quae primo constituuntur, aut interpretatione, aut constitutione optimi principis certius statuendum est* (D.1.3.11). Ulpiano, nei *libri Regularum*, configura la giurisprudenza, verosimilmente sulla scia di Celso, come tecnica professionale del giusto e dell'ingiusto: '*scientia iusti atque iniusti*' (D.1.1.10.2).³⁴

TA, E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi. Atti del Convegno* (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma 2012, 387 ss.

³⁰ A. BURDESE, *La certezza del diritto nell'esperienza di Roma antica*, in Atti Ist. Ven. Sc. Lett. Arti 150, 1991-92, ripubbl. in *Miscellanea romanistica*. Fundacion Seminario de derecho romano «Ursicino Alvarez», Madrid 1994, 5 s.

³¹ Mi sembrano emblematici, in tal senso, alcuni frammenti di Celso figlio in tema di *condictio* e di *iniusta locupletatio* (D. 12.5.6; D. 12.1.32; D. 12.4.3-6-8; D. 39.5.21.1), su cui v. P. CERAMI, *Riflessioni in tema di 'condictio Iuventiana' e 'iniusta locupletatio'*, in AUPA 59, 2016, 159 ss.

³² G. VALDITARA, *Giudici e legge cit.*, 193.

³³ Con specifico riguardo al brano pomponiano in questione, M. BRETONNE, *Tecniche e ideologie dei giuristi romani*², Napoli 1984, 239, ha fondatamente osservato che '*constare*' significa anche «essere certo».

³⁴ Sulla definizione ulpiana di '*iurisprudentia*' v., in particolare, G. FALCONE, *Iuris praecepta, vera philosophia, iuris prudentia. Metodi di ricerca*, in SDHI 83, 2007, 377 ss.

Le limpide univoche e concordanti affermazioni di Pomponio, Giuliano ed Ulpiano, nella misura in cui si pongono in sostanziale sintonia con la concezione celsina del diritto come tecnica costitutiva del buono e dell'equo, attestano, a mio avviso, che, per il pensiero giuridico romano, la certezza del diritto era indissociabile dal fondamentale e determinante ruolo della giurisprudenza.

5. Con il definitivo tramonto del diritto casistico-giurisprudenziale e con la correlata affermazione di un nuovo sistema giuridico di tipo legislativo-statutale, in conseguenza e per effetto delle politiche legislative del V e del VI secolo d.C., il sistema di produzione del diritto e il connesso rapporto 'giudice-diritto vigente' mutarono profondamente, e culminarono nel modello statualistico e codicistico dell'età giustiniana,³⁵ che condizionò non poco l'esperienza giuridica dei secoli successivi. Riferendosi, appunto, all'opera politico-legislativa di Giustiniano, Valditara ha richiamato l'attenzione sulle «motivazioni di alcune innovazioni,³⁶ destinate ad incidere nei secoli successivi sul rapporto fra giudice e legge».³⁷ Nelle motivazioni della complessa opera legislativa (rimozione della incertezza del diritto; uniformità dei giudicati; parità concreta dei cittadini di fronte alla legge) Valditara ravvisa «l'aspirazione al buon governo che muove la politica di Giustiniano».³⁸ A mio avviso, però, parlare di buon governo di Giustiniano è forse eccessivo; ma non è certo questa la sede opportuna per affrontare un siffatto tema, complesso e assai dibattuto. Mi limito soltanto a sottolineare che la figura e l'opera di Giustiniano sono state, non a caso, oggetto di opposte valutazioni, sin dal suo tempo.³⁹

Mi sembra, in ogni caso, particolarmente significativa e rilevante, nell'ottica del rapporto giudice-legge, la fase dell'attività legislativa di Giustiniano compresa fra il 539 e il 543 d.C. Con la Novella 84.14 del 539 e con la successiva Novella 131.1 del 541, Giustiniano,

³⁵ Sul punto v., da ultimo, M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino: la 'legum permutatio' giustiniana*, in L. GAROFALO (a cura di), *Celso teorico del diritto* (già cit. sopra, nt. 10), 3 ss. con letteratura.

³⁶ Innovazioni consistenti nella configurazione codicistica dell'ordinamento giuridico, incentrato sul primato esclusivo della legge, diretta emanazione dell'imperatore, unico *conditor et interpret legum* (C.1.14.12.3-5), in quanto '*lex animata*', in nome e per delega divina (Nov. 105.2.4); e sulla connessa e conseguente riduzione del giudice a semplice bocca della legge.

³⁷ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 205.

³⁸ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 216.

³⁹ Per quanto attiene, specificamente, all'orientamento dei contemporanei di Giustiniano, basti pensare ai contrapposti giudizi di Giovanni Lido nel *De magistratibus* (cfr., in proposito, J. CAIMI, *Burocrazia e diritto nel De magistratibus di Giovanni Lido*, Milano 1984, 233 ss.), che espresse una valutazione sostanzialmente positiva dell'operato di Giustiniano, e di Procopio di Cesarea negli *Anecdota* (*Storia segreta*), che formulò, invece, una valutazione drasticamente e polemicamente negativa della sua opera politico-legislativa. In proposito, v. M. MIGLIETTA, *Alle origini della rimozione del pensiero celsino* cit., 58, secondo il quale «non pare eccessivamente distante dalla verità l'affermazione dello scrittore antico [in *Storia segreta* 11.1, ed. Loeb, 128]) circa la volontà dell'imperatore di dare 'il marchio del suo nome' ad ogni cosa, unito all'esigenza (in lui insopprimibile, secondo questa visione) 'di mutare forma a tutto' e 'cambiare le leggi ... perché tutto fosse nuovo e prendesse nome da lui».

Con riferimento agli opposti giudizi formulati in tempi successivi all'epoca giustiniana, mi limito qui a ricordare quello integralmente positivo di Dante Alighieri, che nel Paradiso colloca Giustiniano (bontà sua) fra i beati del cielo di Mercurio, e quello radicalmente e pesantemente negativo del cardinale Cesare Baronio (1538-1607), il quale, nei suoi Annali ecclesiastici, definisce Giustiniano uomo illetterato, corrotto e invasato.

ribadendo direttive già in precedenza formulate (soprattutto con *constitutio Tanta*, §§ 18 e 21), aveva imposto ai giudici l'obbligo, in caso di dubbi interpretativi '*de iure*', di interpellare l'imperatore e di decidere in conformità alle indicazioni contenute nella risposta della cancelleria imperiale. A distanza di soli due anni, con la novella 125 del 543, intitolata '*De iudicibus*', Giustiniano, preso atto della notevole dilazione dei tempi processuali, dovuta alla subordinazione della decisione di casi difficili all'esito della consultazione imperiale, sancì l'obbligo dei giudici di non '*nuntiare*' (di trasmettere, cioè, per il parere), in caso d'incertezza o di lacune delle leggi vigenti, le cause pendenti all'imperatore, ma di decidere autonomamente, previo esame meticoloso del caso dedotto in giudizio, in base a quanto loro avessero ritenuto giusto (conforme, cioè, all'ideale di giustizia) e legittimo (conforme, cioè, alle leggi vigenti), ferma restando la facoltà delle parti di impugnare la sentenza in sede di appello.

Il senso della Novella 125 e il suo rapporto con le precedenti disposizioni, sopra richiamate, sono state e continuano ad essere, in dottrina, oggetto di diverse e spesso opposte valutazioni. Secondo Valditara, la Novella in questione, «con cui, prendendosi atto che l'obbligo di ricondurre al tribunale imperiale ogni dubbio interpretativo *de iure* doveva rallentare grandemente la definizione delle liti, si ridiede ai giudici la possibilità di interpretare la legge», dimostrerebbe, in base ad una sua benevola valutazione, «la buona fede dell'imperatore». ⁴⁰ Ritengo, invece, che la concreta esperienza giudiziaria di quel biennio abbia rapidamente e platealmente evidenziato l'incongruenza dell'ambizioso e presuntuoso programma di accentramento nel vertice istituzionale dell'impero non soltanto della produzione, ma persino dell'interpretazione delle leggi, costringendo, appunto, Giustiniano a prendere doverosamente atto del completo fallimento della sua velleitaria riforma.

6. Le riflessioni fin qui svolte sono state rigorosamente circoscritte, pur muovendo da speculari considerazioni svolte da Valditara nella menzionata monografia, all'esperienza giuridica dell'antica Roma. L'oggetto principale del denso volume dell'apprezzato romanista è costituito però – come ho già premesso (§ 1) – dalla “questione giustizia” nell'ambito dell'attuale ordinamento italiano. L'Autore per arginare il fenomeno, oggettivamente preoccupante di una discrezionale e disinvolta creazione di un nuovo diritto di estrazione giurisprudenziale e per ottemperare a due ineludibili esigenze, costituite dal rispetto del regime democratico della sovranità popolare e della certezza del diritto, sostiene l'assoluta necessità di ancorare la giustizia alle leggi approvate dal Parlamento, concepite, nell'attuale sistema di democrazia rappresentativa, come manifestazione della sovranità popolare. In quest'ottica, nel sesto Capitolo, intitolato '*De iure condendo*' (pp. 291-301), Valditara propone tre interessanti ed equilibrate riforme (di ordine elettorale e costituzionale): a) l'effettiva scelta dei parlamentari da parte del popolo per rendere realmente rappresentativo il Parlamento; b) l'elezione dei componenti della Corte costituzionale da parte del popolo o del Parlamento; c) la modifica del CSM, che dovrebbe essere composto «da alte personalità del diritto, dotate dei requisiti previsti oggi per la nomina a giudice della Corte costituzionale, elette direttamente dal popolo in un collegio unico nazionale sulla base di liste concorrenti non partitiche». ⁴¹ Si tratta di proposte meditate e, a mio avviso, condivisibili, soprattutto la terza, che – come ha opportunamente osservato Domenico Fisichella nella sua Prefazione al volume di Valditara – «si configura come un contributo al dibattito che da molti anni è aperto, peraltro senza tangibili risultati, circa modalità di formazione e composizione del-

⁴⁰ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 214 ss., con letteratura nelle ntt. 114-117.

⁴¹ G. VALDITARA, *Giudici e legge* cit., 301.

l'organo di autogoverno dell'ordine giudiziario» (p. 13). Sono convinto, tuttavia, che tali proposte non riusciranno a risolvere definitivamente la 'questione giustizia', se non si affronterà contestualmente il principale e 'vero problema', che è costituito – come, peraltro, riconosce anche Valditara – «dalla totale irresponsabilità dei giudici». ⁴² Il principio dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge, tipico dello 'Stato di diritto', comporta che tutti, senza distinzione, soprattutto nell'esercizio di rilevanti attività professionali (e, quindi, anche delle funzioni svolte da magistrati, al pari di quelle svolte da avvocati, medici, ingegneri, funzionari amministrativi e contabili, etc.), devono rispondere direttamente del proprio operato. L'autonomia e l'indipendenza dell'ordine giudiziario, sganciate dal fondamentale e ineludibile principio della responsabilità, si risolvono e si concretano inevitabilmente nella costituzione e nella stabilizzazione di una casta di privilegiati; anzi, come è stato incisivamente affermato, di una «ultra casta». ⁴³

⁴² G. VALDITARA, *Giudice e legge* cit., 300.

⁴³ Così, appunto, L. LIVADIOTTI, *Magistrati l'ultra casta*, Milano 2009; sono rilevanti, soprattutto, le pp. 146-190, del capitolo 3, intitolato 'Gli impuniti' e preceduto dalla trascrizione di una eloquente frase di Sandro Pertini del 23 luglio 1981: «Non basta essere indipendenti e autonomi, occorre anche apparire tali».

JEAN-PIERRE CORIAT
(Université Paris II Panthéon-Assas)

Communication et écriture publique
du droit impérial romain sous le Principat:
essai de mise au point

ABSTRACT

The imperial constitutions are the form of the public writing of the power, what implies a circulation of information which must be efficient for a system of government having care for its perennity. So the question is to consider, on the one hand, the function of the different categories of constitutions – *edicta*, *epistulae*, *subscriptiones*, *decreta* – which are used by the prince for inducing his subjects to believe the pertinence for his decisions, and, on the other hand, the forms of diffusion, of publicity, of the constitutions for the efficiency of this communication.

PAROLE CHIAVE

Costituzioni imperiali; pubblicità.

COMMUNICATION ET ÉCRITURE PUBLIQUE DU DROIT IMPÉRIAL ROMAIN SOUS LE PRINCIPAT: ESSAI DE MISE AU POINT

SOMMARIO: 1. Introduction. – 2. Faire croire: les formes de la communication. – 3. Faire savoir: les moyens de la communication.

1. INTRODUCTION.

À partir de la fin du premier siècle de notre ère, les actes normatifs du prince, les constitutions, deviennent la véritable source créatrice du droit. Source de toute justice et de tout bienfait, le prince doit être accessible à ses sujets où qu'il se trouve. Là où il est, là est Rome, là est le droit.

Rome cesse d'être la résidence permanente de l'empereur qui voyage pour diriger les expéditions militaires et visiter les provinces. Le voyage a une fonction politique; voyager c'est gouverner. Et cette pratique du voyage s'explique par l'immensité géographique de l'empire: elle est un moyen efficace d'unification du monde romain autour de la personne du prince. Le voyage est une forme d'expression du pouvoir et l'empereur une sorte de capitale itinérante. Ce nomadisme est intimement lié à la pratique du pouvoir qui détermine une personnalisation de sa législation.

Si l'on se réfère à Max Weber, mais aussi à Jürgen Habermas, la légitimité est l'élément essentiel de toute domination, elle est consubstantielle à l'exercice du pouvoir¹ et dans l'empire romain, comme dans tout État, l'activité de communication doit dès lors être considérée comme un élément décisif de la domination. Et puisque le pouvoir impérial, comme tout pouvoir, tire son autorité non seulement de ses institutions et de ses armes mais aussi des représentations de son autorité, il organise celles-ci. Dans ce but, il utilise des moyens variés parmi lesquels la communication écrite, avec les constitutions du prince.

Les constitutions sont les formes de l'écriture publique exposée, affichée, du pouvoir dont la réception est rendue effective en raison d'un niveau d'alphabétisation des destinataires qui a pu être qualifié «d'alphabétisation pauvre, largement répandue».² L'exercice du pouvoir par les constitutions implique donc une circulation de l'information qui se doit d'être efficace, pour un régime soucieux d'assurer sa pérennité.

Ce thème de la communication et de l'information suscite depuis plusieurs années de

¹ M. WEBER, *Economie et société* (1922) I, trad. fr. Paris 1955, cf. 64-74; J. HABERMAS, *Théorie de l'agir communicationnel*, II (1981), trad. Fr. Paris 1987.

² M. CORBIER, *L'écriture dans l'espace public romain* (1987), dans *Donner à voir, donner à lire* (cité ci-dessous nt. 4), 75.

nombreux travaux, ainsi que le montrent les colloques sur *L'écriture publique du pouvoir, La circulation de l'information dans les États antiques*,³ ainsi qu'une série de contributions.⁴

Pour notre part, il s'agit d'envisager la fonction des divers types de constitutions, du I^{er} au début du IV^e siècle, que le prince utilise pour persuader ses sujets de la justesse de ses décisions et conforter par conséquent sa légitimité – communiquer pour faire croire –; et, d'autre part, les modes de diffusions, de publicité, des constitutions utilisées pour que cette communication soit efficace – communiquer pour faire savoir –.

2. FAIRE CROIRE: LES FORMES DE LA COMMUNICATION.

La pratique du gouvernement impérial est, d'abord, une communication grâce à laquelle se tisse un réseau de liens directs et permanents entre le prince et ses sujets. Saisi pour statuer sur toutes sortes de questions que lui soumettent, à Rome ou dans les provinces, les cités, les associations et corporations, ses fonctionnaires et, surtout, la multitude des particuliers, l'empereur décide non seulement par des normes générales, de nature communautaire, mais aussi, et d'abord, par des consultations individuelles, le plus souvent à l'occasion d'un litige, et par des jugements.

Liberalitas, indulgentia, clementia, autant de termes – ou leurs équivalents grecs – qui, avec d'autres encore, signifient que, garant de la concorde entre ses sujets et protecteur du monde romain, l'empereur a la mission de faire régner la sécurité juridique et matérielle par sa générosité, sa justice et son équité. Et conseillé par des assesseurs – en particulier les responsables des bureaux de la chancellerie – dont le rôle varie selon sa personnalité, il est apprécié sur la contribution qu'il apporte à cette communication comme souverain évergète, auteur officiel d'édits, de rescrits et comme juge.

La communication écrite revêt diverses formes selon les destinataires.

Au titre de la communication interne à l'administration, le prince rédige des instructions, des mandats, sous forme de lettres adressées à ses fonctionnaires, notamment aux gouverneurs, lors de leur départ pour leur province ou au cours de leur légation.

Au titre de la communication externe, la plus considérable, destinée aux diverses catégories de ses sujets, le prince s'exprime par une première série de constitutions, à caractère idéologique et politique: les édits et les rescrits aux collectivités de différente nature.

³ A. BRESSON, A.-M. COCULA, C. PEBARTHE (éd.), *L'écriture publique du pouvoir*, Bordeaux 2005; L. CAPDETREY, J. NELIS-CLEMENT (éd.), *La circulation de l'information dans les États antiques*, Paris 2006; aussi J. ANDREAU, C. VIRLOUVET (éd.), *L'information et la mer dans le monde antique*, Rome 2002; *Bilinguisme gréco-latin et épigraphie* (colloque Lyon 2004), Lyon 2008; R. HAENSCH (hrsg.), *Selbstdarstellung und Kommunikation*, Munich 2009; C. ROSILLO LOPEZ (éd.) *Political Communication in the Roman World* (Impact of Empire, 27), Leyden-Boston 2017.

⁴ Par exemple W. ECK, *Administrative Dokumente: Publikatis und Mittel der Selbstdarstellung*, dans *Die Verwaltung des Römischen Reiches in der Hohen Kaiserzeit*, II, Bâle-Berlin 1997, 359-381, version italienne dans *Epigrafia romana in aerea adriatica*, a cura di G. Paci, Macerata 1998, 343-366; M. CORBIER, *Donner à voir, donner lire. Mémoire et communication dans la Rome ancienne*, Paris 2001; C. MOATTI, *La communication publique écrite à Rome, sous la République et le Haut-Empire*, dans J. PH. GENET (éd.), *Rome et l'État moderne européen*, Rome 2007, 217-250; S. CROGIEZ, J. NELIS-CLEMENT, *La circulation des hommes et de l'information*, dans F. HURLET (éd.), *Rome et l'Occident (II^e siècle av. J.-C. – II^e siècle après J.-C. Gouverner l'Empire)*, Rennes 2009, 107-139; C. ANDO, *Imperial Ideology and Provincial Loyalty in the Roman Empire*, Berkeley-Los Angeles 2000, 73-130; S. CORCORAN, *State Correspondence in the Roman Empire: Imperial Communication from Augustus to Justinian*, dans K. RADNER (éd.), *State Correspondence in the Ancient World from New Kingdom Egypt to the Roman Empire*, New York 2014, 172-209.

Si quelques édits portent sur un domaine précis du droit – par exemple trois des cinq édits de Cyrène et un édit rapporté au Digeste concernant le procès criminel sous Auguste⁵ –, la majorité des édits jusqu'à la tétrarchie sont des décisions à caractère économique et fiscal, ou qui ont un prolongement financier, ainsi pour l'annonce d'une remise d'impôt, d'une amnistie pour anachorèse ou de la concession de la citoyenneté avec son incidence fiscale. Ces édits sont conservés dans des sources autres que juridiques; dans les papyrus: édit d'Hadrien de 136 accordant aux fermiers égyptiens un moratoire pour leurs taxes foncières;⁶ édit de Sévère Alexandre de 222 sur l'or coronaire qui fait remise des contributions dues à l'occasion de l'accession au trône du jeune prince;⁷ dans les inscriptions: édit de Banasa, en Maurétanie Tingitane, de Caracalla en 216 qui accorde une remise, aux ressortissants de cette province (et de Maurétanie Césarienne?) des arriérés fiscaux correspondant aux prestations normales, en blé et en argent;⁸ édit de Dioclétien en 301 sur le maximum des prix.⁹ Mais les édits sont annoncés aussi dans les monnaies, pour les congiaires présentés comme une *liberalitas principis*. Depuis Hadrien le *congiarium* a pour synonyme *liberalitas* sur le revers des monnaies d'or, d'argent, de bronze, congiaire accordé pour l'inauguration d'un règne ou à la suite d'une victoire militaire. *Liberalitas* exprime une vertu morale mais déjà aux second et troisième siècles acquiert un sens juridique, la constitution émise par la chancellerie impériale, en particulier dans le domaine pénal et en matière économique et fiscale. Et à quelle forme de constitution se réfère l'émission monétaire pour célébrer l'octroi d'un congiaire? Les rares textes sur ce point¹⁰ mentionnent un édit et, de fait, la forme édictale apparaît comme la mieux adaptée pour faire valoir avec solennité et ostenta-

⁵ Edits I, IV (en partie) et V. cf. FIRA, I², n. 68, 403-414; P.F. GIRARD, F. SENN, *Textes de droit romain*, II⁷, Florence 1977, 408-421; F. DE VISSCHER, *Les édits d'Auguste découverts à Cyrène*, Louvain 1940 rééd. Osnabrück 1965; J.H. OLIVER, *Greek Constitutions of Early Roman Emperors from Inscriptions and Papyri*, Philadelphie 1989, nn. 8-12, 655; voir d'autre part D. 48.18.8 pr.: édit sur les crimes capitaux autorisant la mise à la torture de l'esclave.

⁶ SB 6944 + P. Oslo III,78; FIRA, I², n. 82, 433-435; P.F. GIRARD, F. SENN, *Textes cit.*, II⁷, 451-454; J.M. OLIVER, *Greek Constitutions cit.*, n. 88, 220-226.

⁷ P. Fay. 20; J.-H. OLIVER, *Greek Constitutions cit.*, n. 275, 529-541; voir W. SCHUBART, *Zum Edikt über das Aurum Coronarium* (P. Fay. 20), dans APF 14, 1941, 44-59; A.K. BOWMAN, *The Crown Tax in Roman Egypt*, dans BASP 4, 1967, 59-74; J.H. OLIVER, *On the Edict of Severus Alexander* (P. Fayum 20), dans AJP 99, 1978, 474-485.

⁸ IAM II,100; M. CORBIER, *Le discours du prince, d'après une inscription de Banasa*, in *Donner à voir, donner à lire cit.*, 197-213. En raison du pluriel *provinciae*, dans l'expression *vici et provinciae* à la ligne 12 de l'inscription, l'auteur considère que l'édit vaut pour les deux Maurétanies; *contra* M. CHRISTOL, *Regards sur l'Afrique romaine*, Paris 2005, 17-22: *vici* désigne les villages et *provinciae* les territoires et les groupes humains «situés au-delà des cités, mais liés tout de même à elles par l'organisation fiscale et par une dépendance administrative» (p. 20). Seule la Maurétanie Tingitane serait donc concernée par l'édit.

⁹ S. LAUFFER, *Diokletians Preisedikt*, Berlin 1971; texte plus complet dans M. GIACCHERO, *Edictum Diocletiani et Collegarum. de pretiis rerum venalium*, Gênes 1974, 2 vol.; avec des suppléments dans M. CRAWFORD, J. REYNOLDS, *The Aezani Copy of the Prices Edict*, ZPE 26, 1977, 125-171, et ID., *The Aezani Copy of the Price Edict*, dans ZPE 34, 1979, 163-210, ainsi que dans A. CHARRIOTIS, G. PRESS, *Neue Fragmente de Preisedicts von Diokletian und weitere lateinische Inschriften aus Kreta*, dans ZPE 80, 1990, 189-202, et dans E. SIRONEN, *The Edict of Diocletian and a Theodosian Regulation of Corinth*, dans *Hesperia* 61, 1992, 223-226. Sur cet édit, S. CORCORAN, *The Empire of Tetrarchs. Imperial Pronouncements and Government AD 284-324*², Oxford 2000, cf. le chapitre 8, 205-233.

¹⁰ Voir Plinie le Jeune, *Paneg.* 25.3; *SHA, Diad. II*, 9-10; référence indirecte à un édit dans Suétone, *Div. Aug.* 42.2.

tion l'acte de générosité impériale, solennité et ostentation qui sont illustrées par le déroulement de la distribution qui est représentée sur le revers des monnaies.

Cette générosité impériale ne s'exprime pas seulement dans les édits, mais aussi dans une série bien circonscrite de rescrits: beaucoup plus que par les édits, c'est par des rescrits *epistulae* et des rescrits *subscriptiones*, transmis par les inscriptions et les papyrus, que se réalise la relation entre pouvoir central et gouvernés dans la communication politique.

Très significatives sont les lettres aux cités, qui portent en général sur deux sortes de bienfaits sollicités auprès de l'autorité impériale; soit la concession d'un statut municipal – colonie, municipale – ou d'un privilège fiscal – *ius Italicum* –, soit la concession d'un titre honorifique dans les provinces hellénophones de l'empire – par exemple cité première, cité néocore – au profit des cités réputées pour la rivalité et la haine qu'elles entretenaient les unes contre les autres et pour la recherche de la prééminence dans la province qu'elles cherchaient à obtenir.¹¹

Toute aussi significative est la communication par les souscriptions impériales adressées à des notables pérégrins et à des communautés de rang inférieur, des villages de paysans se plaignant des administrateurs des domaines impériaux et des exactions des collecteurs d'impôts ou des militaires. Référence ici est faite à ces rescrits épigraphiques très connus que sont, dans une liste riche de cas, les rescrits du *saltus Burunitanus* en Afrique proconsulaire sous Marc Aurèle et Commode, des villages d'Aga Bey Köyü en Lydie sous Septime Sévère, de Takina en Phrygie sous Caracalla, de Scaptopara en Thrace sous Gordien III, d'Aragua en Phrygie sous Philippe l'Arabe et Philippe le Jeune, de Mendechora en Lydie sous les Sévères ou sous le règne des deux Philippes.¹²

La circulation des documents – des requérants à l'empereur, puis de celui-ci à ces derniers – pouvait se faire selon deux voies. La première est illustrée par l'inscription devenue célèbre – la Table de Banasa en Maurétanie Tingitane sous Marc Aurèle. Un notable berbère de la tribu des *Zegrenses* sollicite la citoyenneté romaine pour lui-même et sa famille; la requête est adressée au gouverneur de la province qui la transmet, avec son soutien, à la chancellerie, laquelle charge celui-ci de faire connaître aux intéressés que la citoyenneté leur est accordée mais en précisant *salvo iure gentis, sine diminutione tributorum et vectigalium populi et fisci*.¹³ La seconde voie était la saisine directe du prince par l'envoi d'une ambassade ou d'un délégué: ainsi les paysans du village thrace de Scaptopara adressent leur pétition à Gordien par l'intermédiaire d'un prétorien habitant du village qui rapporte une copie authentifiée du rescrit et leur annonce que le prince les renvoie devant le tribunal du gouverneur.¹⁴

¹¹ Cf. L. ROBERT, *La titulature de Nicée et Nicomédie: la gloire et la haine* (1977), dans *Opera Minora Selecta*, VI, Amsterdam 1989, 211-249; 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.

¹² Sur ces rescrits épigraphiques souvent commentés, voir en dernier lieu l'analyse systématique avec bibliographies et traductions de T. HAUKEN, *Petition and Response. An Epigraphic Study of Petitions to Roman Emperors 181-249*, Bergen 1998, auquel on ajoutera, pour Aga Bey Köyü et Mendechora, S. URANO, *Kollektionen und Frumentarii. New Readings of TAM V-3: 1417-1418. Two Petitionary Inscriptions from Agabey Köy and Mendechora*, dans ZPE 176, 2011, 179-188; voir, d'autre part, près de Kibyra en Galatie, l'inscription étudiée par G. SOURIS, R. HAENSCH, *RECAM III, 112 (SEG XLVIII, 1583): A Base of Power by Members of the Roman Administration and the Imperial Reaction*, dans *Selbstdarstellung und Kommunikation*, R. HAENSCH (hrgs.), Munich 2009, 349-365 (fin II^e-1^{ère} moitié du III^e s.).

¹³ Voir notamment W. SESTON, M. EUZEMAT, *La citoyenneté romaine au temps de Marc Aurèle et de Commode d'après la Tabula Banasitana* (1961), et *Un dossier de chancellerie romaine: la Tabula Banasitana. Etude diplomatique* (1971), repris dans W. SESTON, *Scripta Varia*, Rome 1980, 77-84 et 85-107.

¹⁴ T. HAUKEN, *Petition and Response* cit., 74-139.

Une seconde série de constitutions manifeste la communication du prince avec ses sujets et qui revêt un caractère judiciaire, à travers les procès, les *cognitiones* impériales, et surtout les rescrits aux particuliers, les *subscriptiones*. La pratique du gouvernement, à partir du second siècle de l'Empire, c'est d'abord une communication par le canal d'un dialogue le plus souvent contentieux et l'empereur est apprécié sur la contribution qu'il apporte à cette communication.

Pour les procès, ce sont les procès-verbaux d'audience qui permettent d'apprécier le dialogue judiciaire entre le tribunal et les plaideurs. Mais les procès-verbaux sont rares et lacunaires et transmis d'abord par des papyrus et des inscriptions¹⁵. Deux exemples –qui sont toujours évoqués à ce sujet– sont significatifs et illustrent cette confrontation, laquelle certes fut beaucoup plus fréquente que ne le laissent penser les quelques témoignages qui ont survécu.

Le premier exemple est le procès, devant l'empereur Claude en 41 du gymnasiarque d'Alexandrie, Isidoros, accusant le roi de Judée Agrippa, ami personnel de cet empereur, de nuire à l'intégrité de l'Empire, d'incarner l'influence néfaste sur le pouvoir impérial des Juifs, communauté coupable d'impiété pour son refus de sacrifier pour l'empereur.¹⁶ Les minutes des *Acta Isidori*, partie essentielle des *Acta Alexandrinorum*, recueil de documents sur papyrus des deux premiers siècles hostiles au pouvoir romain, reproduisent les séances judiciaires, certes déformées, du plus ancien procès jugé par un empereur que les sources ont conservées.¹⁷

Le second exemple est le procès-verbal d'audience conservé par trois inscriptions du temple de Zeus à Dmeir en Syrie (deux sur le podium, la troisième gravée sur une ante) qui relate les débats devant Caracalla en 216, dans un litige opposant le village de *Goharia* au prêtre du temple accusé d'usurpation du sacerdoce et des immunités financières attachées à ce sacerdoce.¹⁸

L'injure lancée à Claude par le gymnasiarque,¹⁹ les propos échangés devant Caracalla et

¹⁵ Tout aussi rares sont les procès-verbaux dans les sources juridiques; cf. le procès relatif à une succession testamentaire devant Marc Aurèle rapporté par Marcellus au D. 28.4.3 pr.-1, et résumé par Papinien D. 34.9.12.

¹⁶ J. MELEZE-MORDRZEJEWSKI, *Le procès d'Isidōros: droit pénal et affrontements idéologiques entre Rome et Alexandrie sous l'empereur Claude*, dans PAA 61, 1986, 262-268; K. BLOUIN, *Le conflit judéo-alexandrin de 38-41*, Paris 2005; C. RODRIGUEZ, *Les Acta Isidori: un procès pénal devant l'empereur Claude*, dans RHD 88, 2010, 1-41.

¹⁷ Les *Acta Isidori* sont composés de 5 fragments de papyrus, quatre figurent dans l'édition de référence des *Acta Alexandrinorum* par H. MUSURILLO, *Acta Alexandrinorum: de mortibus Alexandriae nobilium fragmenta papyracea Graeca*, Leipzig 1961: BGU II, 511, P. Lond. inv. 2785; P. Berol. 8877 et P. Cairo 10448; le cinquième a été publié par P.J. PARSONS, P. Oxy. XLII, 3021, Londres 1974, cf. C. RODRIGUEZ, *Les Acta Isidori* cit., 4. Ample commentaire des *Acta Isidori* dans la thèse de C. RODRIGUEZ, *Les procès des Acta Alexandrinorum*, Univ. Paris II Panthéon-Assas, 2017 (dactyl.), 96-141.

¹⁸ P. ROUSSEL ET F. DE VISSCHER, *Les inscriptions du temple de Dmeir*, dans Syria 23, 1942-1943, 173-194; W. KUNKEL, *Der Prozess der Gohariener vor Caracalla* (1953), dans *Kleine Schriften*, Weimar 1974, 255-266 (SEG XVIII, 759); V. ARANGIO-RUIZ, *Una cognitio dell'imperatore Caracalla in Siria* (1947) dans *Studi epigrafici e papirologici*, Naples 1974, 249-257; N. LEWIS, *Cognitio Caracallae de Goharienis: Two textual Restorations*, dans TAPA 99, 1968, 255-258; A. MAGIONCALDA, *Un processo di fronte a Caracalla. Note sull'epigrafe del tempio di Dmeir*, dans *Studi F. de Marini Avonzo*, Turin 1999, 229-243.

¹⁹ Cf. P. Cairo 10448; Claude César: «Assurément tu n'es qu'un fils de musicienne, Isidoros»; Isidoros: «Moi, je ne suis ni esclave ni fils de musicienne, mais gymnasiarque de l'illustre cité d'Alexandrie, alors que toi tu es le fils méprisable de la juive Salomé».

adressés à celui-ci, sont révélateurs de la liberté de parole, la *parrèsia*, des parties et de leurs avocats et de la *patientia* du prince, particularité soulignée à propos des procès devant le tribunal impérial.²⁰

Une autre caractéristique est la volonté de ce dernier d'être toujours accessible à tous les sujets de l'Empire et, pour cela, l'empereur est conduit à rappeler à l'ordre ses juges fonctionnaires, et en particulier les gouverneurs des provinces. En effet ceux-ci, quand l'appel était interjeté contre leurs propres sentences, devant en tant que juge *a quo* transmettre le dossier du procès au juge *ad quem*, l'empereur, n'hésitaient pas à faire pression sur l'appelant pour l'inciter à renoncer à se pourvoir. D'où plusieurs rescrits du troisième siècle qui énoncent les moyens de surmonter l'obstacle des intimidations ainsi commises: un rescrit de Septime Sévère, cité par Marcien au D. 49.1.7, qui admet l'appel annoncé par un affichage public; un rescrit de Caracalla, rappelé par Ulpien, qui déclare recevable un appel, bien que celui-ci fût rejeté par le juge *a quo*, au D. 49.5.5.3; et surtout la lettre rescrit bien connue de Sévère Alexandre adressée aux Grecs de Bithynie rapportée par Paul au D. 49.1.25 (et conservée avec des lacunes dans P. Oxy. XVII, 2104 et P. Oxy. XLIII, 3106) dans laquelle l'empereur rappelle l'interdiction faite aux gouverneurs et procureurs de faire obstruction à la saisine du prince par voie d'appel, parce qu'il «attache autant d'importance à la liberté de ses sujets qu'à leur obéissance».²¹

Cependant, à la procédure judiciaire proprement dite, les sources, et ici les sources juridiques, attestent qu'a été préférée, du second au quatrième siècle, la procédure indirecte et plus souple de la consultation contentieuse pas les rescrits-souscriptions adressées aux particuliers, le plus souvent provinciaux, et conservés en quantité considérable dans les Codes Grégorien, Hermogénien et surtout dans le Code Justinien. C'est sous cette forme qu'une communication efficace a été développée. En tant que réponse à une requête sur une question de droit déterminée, qui indique la procédure à suivre dans le procès ou la solution du litige, le rescrit est, d'abord, une règle dotée d'une portée normative contraignante. Mais, en même temps, il décrit la réalité juridique à travers les catégories du droit romain. Norme de contrainte, le rescrit est aussi une norme indicative, dont le rôle est d'autant plus important que les destinataires sont en majorité des provinciaux. Il inculque une conception romaine de la réalité qui se donne à voir comme allant de soi. Le rescrit dit le droit et il dit vrai, puisqu'il émane de l'empereur. Et cette romanisation par le droit est d'autant mieux acceptée par les pèlerins que le droit romain ne refuse pas d'intégrer en son sein des coutumes locales; et sa force persuasive est d'autant plus efficace que les rescrits sont rédigés dans une forme cohérente, logique, avec l'emploi répétitif de locutions exprimant la conformité au droit, invoquant la *ratio iuris et aequitatis*, la *ratio iuris et utilitatis*.²²

3. FAIRE SAVOIR: LES MOYENS DE LA COMMUNICATION.

Pour satisfaire à sa mission de communication, qui a sa part dans la glorification de l'empereur, faire croire c'est donc aussi faire savoir et, en même temps, faire admirer. D'où la diffusion des décisions du prince par la publication de celles-ci pour en assurer la publicité.

²⁰ Sur la liberté de parole, cf. l'analyse de G. SCARPAT, «*Parrhesia*». *Storie del termine delle sue traduzioni in latino*, Brescia 1964; M. FOUCAULT, *Le gouvernement de soi et des autres. Cours du Collège de France 1982-1983*, Paris 2008, 41-58.

²¹ Cf. J.H. OLIVER, *Greek Constitutions* cit., n. 276, 541-542 et 591-592.

²² Parmi les nombreux exemples: C. 2.1.8 (a. 225); C. 2.3.12 (a. 230); C. 7.32.1 (a. 196).

Et là encore, ainsi que les sources en témoignent, cette publication était réalisée par des modalités différentes selon les catégories de constitutions envisagées.

Tout d'abord, la publication officielle par l'affichage public pouvait être durable. C'est le cas particulier des constitutions en faveur des vétérans qui ne sont connues qu'indirectement par les extraits nominatifs, authentifiés par sept témoins, contenus dans des diptyques de bronze, les diplômes militaires, qui attestent la concession, à la suite de l'*honesta missio*, de la citoyenneté romaine aux soldats auxiliaires des cohortes et de la marine et du droit du mariage légitime, *conubium*, avec leurs compagnes pérégrines. Ces diplômes militaires sont des copies des constitutions qui étaient gravées dans le bronze, lesquelles ne nous sont pas parvenues, et qui étaient publiquement exposées à Rome: sous le règne de Claude, le choix initial du lieu d'affichage fut symbolique, le Capitole à proximité du temple de *Fides*, divinité garante du serment; à la fin de la décennie 80 de n. è., l'affichage définitif de ces constitutions se trouva entre le Forum et le Palatin, derrière le temple d'Auguste divinisé.²³

Mais c'est dans l'affichage temporaire qu'est offerte «l'écriture exposée» des actes impériaux, bien attestée pour deux types de constitutions: les édits et les rescrits aux particuliers à caractère contentieux.

Les édits sont, en principe, toujours affichés à Rome et, par des copies, dans les provinces au terme d'un délai d'acheminement plus ou moins long. Mais le soin apporté par l'administration à la diffusion de ceux-ci pouvait varier selon qu'il s'agissait de Rome ou des provinces; ce qui explique que les empereurs donnent parfois des indications pour la *propositio*. Par exemple, à la fin de l'édit de Vespasien en 74, conservé dans une inscription de Pergame, sur les privilèges des médecins et des maîtres, figure une souscription dans laquelle l'empereur ordonne que l'édit soit affiché sur un album;²⁴ Sévère Alexandre en 222, à la fin de son édit sur l'exemption du paiement de l'or coronaire – don de joyeux avènement – prend soin d'insister pour que des copies soient affichées dans toutes les cités et que les magistrats veillent à ce qu'elles soit «bien en vue de ceux qui veulent les lire».²⁵ De même, à propos de la protection des droits des communautés juives, un édit d'Auguste ordonne que son édit soit affiché par le *koinon* d'Asie sans doute à Pergame, à l'endroit le plus visible du temple de l'empereur (Flavius Josèphe, *Ant. jud.* XVI.6.1-2) et Claude donne l'ordre aux cités, aux colonies et aux municipes d'Italie et des provinces d'afficher son édit, confirmant les privilèges de ces communautés, pendant au moins trente jours (Flavius Josèphe, *ibid.*, XIX.5.3).

Une telle publication de l'édit rend opératoire cet instrument de la propagande politique et permet, d'autre part, aux juristes locaux et à tout intéressé d'en prendre copie. Leur conservation dans les papyrus d'Égypte est significative à cet égard: des copies permettent

²³ Dans une riche bibliographie peuvent être cités: W. ECK, H. WOLFF (hrgs.), *Heer und Integrationspolitik: die römischen Militärdiplome als historische Quelle*, Cologne-Vienne 1986; W. ECK, *The Emperor as Military Leader. Military Diplomas as Imperial Government*, *Vestnick Drevnej Istorii* 250, 2004, 28-57; ID., *Septimius Severus und die Soldaten. Das Problem der Soldatenehe und ein neues Auxiliardiplom*, dans *Festschrift H. Schneider*, Wiesbaden 2011, 63-77; ID., *Bürokratie und Politik in der römischen Kaiserzeit. Administrative Routine und Politische Reflexe in Bürgerrechtskonstitutionen der römischen Kaiser*, Wiesbaden 2012; M. CORBIER, *In Capitolio: l'affichage des constitutions impériales en faveur des vétérans* (1984), dans son recueil *Donner à voir, donner à lire* cit., 131-146.

²⁴ FIRA, I², n. 73, 420, et P.F. GIRARD, F. SENN, *Textes* cit., II⁷, 432: lignes 17-20; cf. J.H. OLIVER, *Greek Constitutions* cit., n. 38, 119-123.

²⁵ P. Fay. 20 (ci-dessus nt. 7).

d'élaborer des recueils privés qui sont, par la suite, utilisés pour fournir des précédents qui serviront d'arguments pour des requêtes et procès à venir: ainsi un édit de Septime Sévère et Caracalla de 199-200 sur l'amnistie des paysans anachorètes est invoqué par des paysans d'Oxyrhynchos en 206 dont la plainte bénéficie d'une souscription du préfet en 209.²⁶

Cet aspect préventif se retrouve dans les rescrits à caractère gracieux qui, avec les édits, sont des décisions à motivation politique (et dont le contenu est très souvent économique et fiscal): les rescrits par lettre aux cités et autres collectivités dotées d'un statut officiel, les rescrits par souscription aux collectivités de rang inférieur, les communautés paysannes. Mais une différence existe par rapport aux édits: ces rescrits, sauf exception, ne sont pas publiés par un affichage officiel de l'administration; l'exception est la lettre de Claude aux Alexandrins en 41, en réponse à l'envoi d'une ambassade, diffusée par le préfet d'Égypte qui déclare que le texte sera affiché pour qu'il soit loisible à chacun de le lire.²⁷

Ces rescrits n'en sont pas moins diffusés par les soins des destinataires eux-mêmes. Pour les lettres aux cités, aux associations, une copie était remise au destinataire et à son représentant, une ambassade, ou bien communiquée par l'entremise des fonctionnaires impériaux locaux, et la copie de la constitution était «publiée» sous forme d'une inscription gravée à l'initiative de ce destinataire bénéficiaire de la décision. Parmi de nombreux exemples peut être évoqué celui de la cité de Tyras, en Mésie inférieure, qui obtient à sa demande en 201 confirmation d'une immunité fiscale – exonération du *portorium* –, qu'elle a peut-être usurpée car elle ne révèle pas l'origine de ce privilège. Le gouverneur de la province fait connaître par une *epistula* à la cité la décision favorable des empereurs Septime Sévère et Caracalla et joint à sa missive la copie de deux autres lettres: copie de la lettre impériale qu'il a reçue des empereurs l'informant de leur décision et copie de la lettre que ceux-ci ont adressée au procureur de la perception des douanes en Mésie inférieure; et c'est cet ensemble de trois documents que la cité fait graver sur une table de marbre.²⁸

Pour les rescrits par souscription aux communautés de paysans ou à des pérégrins, le rescrit dans son protocole final porte la formule «*rescripsi, recognivi*»²⁹ et non pas une date de *propositio*, puis une copie était remise aux bénéficiaires, ou à leurs représentants, qui ont pu en assurer la publicité par la gravure sur pierre. Toutefois pour la Table de Banasa sous Marc Aurèle relative au notable berbère et à sa famille,³⁰ l'initiative de la rédaction épigraphique semble bien émaner de l'administration, pour des raisons politiques, comme l'avait proposé W. Seston.³¹

Cette «publication» par affichage épigraphique fait des lettres aux cités des constitutions honorifiques dont s'enorgueillissent les bénéficiaires; elle fait des souscriptions adressées

²⁶ P. Oxy XLVII, n. 3364, lignes 6-9 qui fait référence à l'édit du P. Cattaoui II, lignes 7-8 = SB 4284; voir aussi P. Westminster Coll. 3, lignes 5-11; cf. J.D. THOMAS, *A Petition to the Prefect of Egypt and Related Imperial Edict*, dans JEA 61, 1975, 201-221.

²⁷ P. Lond. VI, 1912 = CPJ II, 153, lignes 1-13; J.H. OLIVER, *Greek Constitutions* cit., n. 19, 77-78; cf. K. BLOUIN, *Le conflit judéo-alexandrin de 38-41* cit., 95-99, 109-110, 117-118, 130-131.

²⁸ CIL III, 781 = Dessau, ILS, 423 = FIRA, I², n. 86, P. 442 = P. F. GIRARD, F. SENN, *Textes* cit., II⁷, 475-477; cf. C. CASTELLO, *Sulla trasmissione di alcuni provvedimenti imperiali in materia finanziaria fino all'epoca dei Severi*, dans RIDA 12, 1965, 230-239; F. ARCARIA, *Referre ad principem. Contributo allo studio delle epistulae imperiali in età classica*, Milan 2000, 142-143.

²⁹ J.-L. MOURGUES, *Les formules rescripsi, recognivi et les étapes de la rédaction des souscriptions impériales sous le Haut-Empire romain*, dans MEFRA 107, 1995, 255-300 (avec bibliographie à la note 1, 255-256).

³⁰ Voir ci-dessus nt. 13.

³¹ W. SESTON, *Scripta varia*, Rome 1980, 94-95 et 101.

aux communautés paysannes des décisions protectrices, apotropaïques, contre les exactions des fonctionnaires locaux. Et, dans tous les cas, cette forme de publication permet aux destinataires de prévenir des contestations éventuelles dans l'avenir et de souligner la générosité du prince.

Pour la catégorie des constitutions à caractère contentieux, une distinction symétrique à celle opérée pour les constitutions à caractère politique, peut être opérée.

Il semble que l'affichage officiel des sentences judiciaires, des *decreta*, ait été exceptionnel, seulement quand l'empereur l'exige et qu'il veut donner de la solennité à sa décision, ce qui explique sa rareté dans les sources juridiques.³² Sinon quand l'affichage est épigraphique, il est le fait des bénéficiaires du jugement impérial. De fait, le procès-verbal d'audience du temple de Zeus à Dmeir,³³ bien que lacunaire, ne laisse pas de doute sur l'issue du litige: l'inscription est due à l'initiative des habitants de Goharia qui ont obtenu gain de cause contre l'usurpateur du sacerdoce du temple de Zeus et qui ont fait graver sur le podium et une ante de celui-ci le procès-verbal des débats pour remercier l'empereur de sa sentence et pour s'assurer une protection officielle renforcée par la publicité que l'inscription permettait d'apporter.

Au contraire, c'est pour la masse considérable des rescrits contentieux, souscriptions adressées à des particuliers à l'occasion d'un litige en cours ou à venir, qu'est attestée, comme pour les édits, la pratique régulière de l'affichage par l'administration. Rédigés en latin avec la mention le plus souvent du sigle *PP* pour *Proposita* au début de la datation consulaire, ces rescrits, dans les provinces hellénophones et en particulier en Égypte, sont retranscrits dans des copies affichées – ainsi à la *stoa* d'Alexandrie –, copies qui elles-mêmes, au-delà de leurs destinataires directs, pouvaient être recopiées par les juristes locaux: c'est bien sûr l'exemple très connu des treize *apokrimata* de Septime Sévère en mars 200 du P. Col. VI, 123.³⁴

Si l'affichage public permet de communiquer aux intéressés les réponses à leurs requêtes, la portée qu'il donne à cette communication est amplifiée par la réception qui est faite de ces fragments du droit officiel par les praticiens locaux. Il permet, en effet, de recueillir la réponse impériale et de la citer dans un autre procès, à titre de précédent officiel. Les papyrus attestent, semble-t-il, l'existence d'une littérature juridique sous forme de recueils de précédents judiciaires, grâce auxquels il nous est possible de connaître l'activité impériale en Égypte. De telles archives privées à usage professionnel sont donc une source essentielle pour apprécier la portée de la publication.

D'une part, l'utilisation du rescrit comme précédent est une illustration de son rôle contentieux: de la chancellerie impériale aux destinataires et aux praticiens locaux, puis de ceux-ci, par l'intermédiaire de leurs clients, aux juridictions provinciales ainsi qu'à la chancellerie, la circularité de l'information se trouve réalisée. D'autre part, ces copies suscitées par la publication, conservées par les papyrus permettent de compléter notre connaissance de la législation impériale et de nous informer sur son application. De la chancellerie aux

³² Cf. C. 9.41.3 (26 mars 216): *Imp. Antoninus A., cum cognitionaliter audisset, dixit: Primum serui alieni interrogabuntur. Si praestita fuerint ex tanto scelere argumenta, ut uideantur accedere uerisimilia causae crimina, ipsa quoque mulier torquebitur: neque enim aegre feret, si torqueatur, quae uenenis uiscera hominis extinxit. PP. VII k. April. Sabino et Anullino cons.*

³³ Voir références ci-dessus nt. 18.

³⁴ P. Col. VI, 123; A.A. SCHILLER, H.C. YOUTIE, *Second Thoughts on Columbia Apokrimata* (P. Col. 123), dans CE 30, 1955, 327-345 = SB 956; J.H. OLIVER, *Greek Constitutions* cit., nn. 226-238, 451-459; cf. F. GIRARD, F. SENN, *Textes* cit., II⁷, 468-474.

praticiens et de ceux-ci à l'historien d'aujourd'hui, qui peut remonter ainsi la filière du processus de diffusion de la législation, la boucle de la connaissance du droit impériale est bouclée, grâce aux recueils des copies des constitutions.

Cette nécessité de conserver les décisions impériales, si elle est ressentie au niveau de leur réception par le public, l'est à plus forte raison au début du processus de la communication juridique, celui de l'émission par la chancellerie qui les produit: d'où la mise en place progressive de cette mémoire de la production normative que sont les archives impériales centrales et provinciales, et en particulier en Egypte.³⁵

Enfin, la relation étroite entre le droit, l'écrit et le pouvoir politique, fait comprendre le besoin ressenti, à partir de la fin de l'époque classique, de réunir les constitutions, devenues la source quasi unique du droit, dans des recueils au moment où commence à s'opérer, comme support matériel de l'écrit, le passage progressif du *volumen*, rouleau de papyrus, au *codex*, réunion de feuilles de papyrus ou de parchemin pliées en deux et groupées en cahiers. Ainsi les codes peuvent-ils apparaître comme une manifestation ultime de la communication du droit impérial par lesquels s'énonce et se propage la parole écrite du prince devenant l'unique parole légitime du droit.³⁶

L'évolution ainsi observée, du Principat à l'Empire tardif, permet par conséquent d'avancer que le régime impérial romain a développé et diffusé une réelle culture de l'information et de l'écrit juridiques.

³⁵ N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)* (1980), rééd. dans ID., *Ius e Teknè. Scritti di Nicola Palazzolo*, I, Torino 2008, 179-223; W.E.H. COCKLE, *State Archives in Graeco-Roman Egypt from 30 BC to the Reign of Septimius Severus*, dans JEA 70, 1984, 106-122; F. BURKHALTER, *Archives locales et archives centrales en Egypte romaine*, dans Chiron 20, 1990, 191-216; R. HAENSCH, *Das Statthalterarchiv*, dans ZSS 109, 1992, 209-297; M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, dans *Fides, humanitas, ius. Studii L. Labruna*, VIII, Napoli 2007, 5767-5818.

³⁶ Sur l'avènement de la codification du droit impérial, voir N. PALAZZOLO, *L'attività del principe nelle sistematiche dei giuristi classici* (1998), repris dans *Ius e Teknè. Scritti di Nicola Palazzolo*, I, cit., 353-370; ID., *Crisi istituzionale e sistema delle fonti da Severi a Costantino* (1986-1998), repris dans *Ius e Teknè* cit., I, 247-268; J.-P. CORIAT, *Consolidation et précodification du droit impérial à la fin du Principat*, dans *La codification des lois dans l'Antiquité*, E. LÉVY (éd.), Paris 2000, 273-284, not. 280-283.

FRANCESCO LUCREZI
(Università di Salerno)

Le dodici tracce del collazionatore

ABSTRACT

Through textual analysis, this essay explores the identity of the *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum*'s author. Source material includes short passages of text which seem to have been written directly by the author, rather than Latin translations from the Torah or citations of Roman jurisprudence and imperial laws, which constitute most of the book. These short fragments, which express the true voice of the author, seem to confirm that this text was composed during the Middle Ages by a Jew who had converted to Christianity.

PAROLE CHIAVE

Collatio; Leges Romanae; Leges Mosaicae.

LE DODICI TRACCE DEL COLLAZIONATORE*

SOMMARIO: 1. La “voce del collazionatore”. – 2. I titoli. – 3. *Casu vel voluntate*. – 4. *Dei sacerdos*. – 5. *Legaliter*. – 6. *Mens legis*. – 7. *Maledicti*. – 8. *Scitote, iuris consulti*. – 9. *Et liberabitur*. – 10. *Novellae constitutiones*. – 11. *Eradicabit Chaldaeos*. – 12. *Qui lustret filium*. – 13. *Scriptura divina*. – 14. La Torah novellata.

1. LA “VOCE DEL COLLAZIONATORE”.

Con riferimento ai molteplici problemi relativi alla *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (identità dell'autore, funzioni, fonti, traduzione latina della Torah adoperata, luogo e data di redazione [da me ipotizzata nell'alto Medio Evo, tra la fine dell'VIII e l'inizio del IX secolo]),¹ ho avuto modo di sottolineare² come sia importante interpretare i diversi passi – quantitativamente molto ridotti, nell'economia generale dell'operetta – in cui l'ignoto autore dice qualcosa di suo, andando al di là del suo compito di mero collazionatore di brani di diritto mosaico e romano, oltre che di traduttore (molto libero e disinvolto) della Torah (ciò nel caso, molto verosimile, che sia stato egli stesso a curare la singolare traduzione presente nel testo).

Se, infatti, la *Collatio* non rappresenta che un semplice ‘collage’, un lavoro di “copia e incolla” (ed è perciò alquanto difficile e opinabile dedurre quali fossero le intenzioni del suo redattore, se questi non fa mai conoscere il proprio pensiero, le sue intenzioni), in alcuni, specifici punti dell'opera, come abbiamo notato, l'autore scrive qualcosa che non pro-

*Il presente saggio riprende e sviluppa alcune considerazioni formulate nel volume *Il deposito in diritto ebraico e romano. Studi sulla ‘Collatio’ VIII* (con un'appendice di S. Rocca), Torino 2017, 49 ss., nonché nel saggio *La voce del collazionatore*, di futura pubblicazione sugli Studi in onore di Pasquale Stanzone.

¹ Sulla *Collatio*, i molteplici problemi collegati (data, luogo e modalità di redazione, identità dell'autore, fonti, funzione, trasmissione del testo ecc.) e il lungo dibattito da essa suscitato, rinvio agli otto *Studi sulla ‘Collatio’* da me finora pubblicati, e alla bibliografia ivi indicata: I: *L'uccisione dello schiavo in diritto ebraico e romano*, Torino 2001; II: *La violenza sessuale in diritto ebraico e romano*, Torino 2004; III: *La successione intestata in diritto ebraico e romano*, Torino 2005; IV: *Magia, stregoneria e divinazione in diritto ebraico e romano*, Torino 2007; V: *L'asservimento abusivo in diritto ebraico e romano*, Torino 2010; VI: *Il procurato incendio in diritto ebraico e romano*, Torino 2012; VII: *Il furto di terra e di animali in diritto ebraico e romano*, Torino 2015; VIII: *Il deposito* cit. Il maggiore studioso dell'opera è Alfredo M. Rabello, le cui fondamentali pagine dedicate al tema sono ora raccolte in un'apposita sezione della silloge di scritti dell'autore *Ebraismo e Diritto. Studi sul Diritto ebraico e gli Ebrei nell'Impero Romano scelti e raccolti da Francesco Lucrezi*, Università di Salerno, Soveria Mannelli 2010, I, 597 ss. Tra gli altri contributi, menzioniamo soltanto R.M. FRANKS, *Compiling the “Collatio legum Mosaicarum et Romanarum” in Late Antiquity*, Oxford New York 2001 e, da ultimo, il saggio di S. ROCCA *La ‘Collatio’ e il futuro di Roma*, appena pubblicato come appendice al mio *Il deposito* cit.

² *Il deposito* cit., 49 ss.

viene dai testi da lui raccolti e assemblati. E queste poche lettere, pertanto, appaiono importanti, in quanto rappresentano l'unico momento in cui l'ignoto autore della *Collatio*, anziché limitarsi a effettuare una mera selezione di brani tratti dal Pentateuco, dalla giurisprudenza e dal repertorio delle *constitutiones* imperiali, ci dice qualcosa di suo, ci fa sentire direttamente la sua voce (anche attraverso singolari errori), abbandonando il consueto ruolo di semplice trascrittore o traduttore. E, se vogliamo cercare di capire chi egli fosse, e quale proposito intendesse perseguire con il suo scritto, sono proprio tali passi, la sua "viva voce"³ che dobbiamo rendere oggetto di una particolare attenzione.

Avevo affermato che questi frammenti – nei quali la traduzione cede il passo a qualcos'altro, ad affermazioni (o omissioni) non collegabili al testo mosaico, alla letteratura giurisprudenziale romana e alle leggi imperiali – sarebbero soltanto cinque.⁴ Ma, a una più attenta analisi, essi mi sembrano essere invece dodici. Dodici tracce lasciate dall'autore dell'opera, che possono permettere di risalire – sia pure in via ipotetica e indiziaria – a una individuazione del suo tempo e ambiente di provenienza, nonché delle intenzioni che possono avere spinto a elaborare il peculiare testo.

Nell'integrare l'elenco precedentemente proposto, mi pare opportuno esaminare, brevemente, tutti questi frammenti (quelli già indicati e quelli successivamente individuati), uno per uno, per poi cercare di distillare qualche possibile significato dalla loro presenza.

2. I *TITULI*.

La prima traccia lasciata dal collazionatore è costituita dalle intitolazioni da lui stesso date ai sedici *tituli* in cui l'opera è suddivisa. Esse dovrebbero essere, logicamente, sedici, una per ogni capitolo, ma sono invece diciassette, giacché il primo, senza alcuna apparente motivazione, ne ha due.

Dei sedici *tituli*, tre hanno un contenuto apparentemente privatistico (il nono, *De familiaris testimonio non admittendo*, il decimo, *De deposito* [che però, come abbiamo avuto modo di sottolineare,⁵ tratta in realtà di furto], e il sedicesimo, *De legitima successione*), mentre gli altri tredici hanno un profilo esplicitamente o prevalentemente penalistico, trattando di crimini e relative pene. Come abbiamo, in altra sede, rilevato,⁶ appare degno di attenzione il fatto, che nel formulare le varie intitolazioni, l'autore scelga prevalentemente di fare riferimento alle categorie dei criminali, ossia delle persone delinquenti, anziché a quelle delle fattispecie astratte del crimine trattato. Il riferimento ai criminali, infatti, compare in otto *tituli* (IV: *De stupratoribus*; VI: *De furibus et de poena eorum*; XI: *De abactoribus*; XII: *De incendiariis*; XIV: *De plagiariis*; XV: *De mathematicis, maleficis et Manichaeis*), con dieci categorie complessive di delinquenti (*sicarii, homicidi, stupratores, fures, abactores, incendiarii, plagiarii, mathematici, malefici, Manichaei*), mentre la fattispecie astratta del reato è menzionata solo in sei (II: *De atroci iniuria*; III: *De iure et saevitia dominorum*; IV: *De adulteriis*; VI: *De incestis nuptiis*; VIII: *De falso testimonio*; XIII: *De termino amoto*).

Come abbiamo notato⁷, tale dato si inserisce in una evidente tendenza, iniziata nel quar-

³ Cfr. *Il deposito* cit., 49 ss.

⁴ Mi riferivo ai frammenti menzionati nei paragrafi 6 (*Mens legis*), 8 (*Scitote, iuris consulti*), 9 (*Et liberabitur*), 10 (*Novellae constitutiones*), 11 (*Eradicabit Chaldeos*) del presente articolo.

⁵ *Il deposito* cit., 31 ss.

⁶ *Il furto* cit., 42 ss.

⁷ *Il furto* cit., 42 ss.

to secolo, e destinata a ulteriormente consolidarsi in seguito, a spostare l'attenzione dalla definizione del 'crimine' astratto (*plagium, stuprum, incendium*) a quella del 'criminale', della persona responsabile (*plagiarius, stuprator, incendiarius*), sotto l'influsso del pensiero cristiano, concentrato sull'individuazione di precise categorie di 'criminali'-'peccatori' da emendare e correggere, attraverso penitenza o punizione. Un segnale piuttosto evidente di un'origine tarda dell'opera, da collocare certamente dopo la fine del principato pagano.

3. CASU VEL VOLUNTATE.

Abbiamo visto che il primo *titulus* presenta due distinte intitolazioni: *De sicariis [et homicidis casu vel voluntate]* e *De casualibus homicidis*. Tale anomalia non trova alcuna giustificazione nel testo, in quanto non emerge alcun motivo valido per dividere il titolo in due parti distinte (e molti altri *tituli*, considerevolmente più lunghi del primo [basti pensare al sedicesimo], avrebbero potuto suggerire una scelta simile). Inoltre, è evidente come le due intitolazioni risultino incoerenti, in quanto la prima, col riferimento agli omicidi colposi e dolosi (*casu vel voluntate*), comprende anche la seconda (*de casualibus homicidis*), che non appare affatto alternativa.

Non c'è modo, ripetiamo, di trovare alcuna motivazione di questa scelta, e di questo errore, per cui – in ragione dell'evidente competenza dimostrata, per tanti versi, dal collazionatore – appare obbligata la conclusione che quella a noi giunta non sia altro che la bozza provvisoria di un lavoro lasciato incompiuto (probabilmente, in una fase appena iniziale).

4. DEI SACERDOS.

Altra importante manifestazione della "voce del collazionatore" è il riferimento alla persona di Mosè.

Com'è noto, nei vari *tituli* le citazioni dei brani biblici sono introdotte da una breve frasetta, volta a chiarire che quelle trascritte sono esattamente le parole di Mosè, tradotte in latino: in genere l'espressione usata è semplicemente '*Moyses dicit*', ma a volte ci sono delle piccole varianti: '*Moyses dixit*', '*Item Moyses*', '*Lex divina sic dicit*', '*Moyses prius hoc statuit*', '*Scriptura divina sic dicit*'.

Diciamo innanzitutto che l'autore avrebbe anche potuto scrivere, anziché '*Moyses dicit*', '*Deus dicit*', o '*Dominus dicit*', in quanto le parole di Mosè, com'è noto, sono state dettate dal Signore, tanto da rappresentare l'autentico, eterno e imm modificabile volere divino. Il riferimento a Mosè pare, forse, volere calare la legge divina su un piano più 'umano', così da potere più agevolmente effettuare il paragone col diritto romano, certamente di origine e natura umana, e non divina.

Merita un momento di riflessione l'espressione adoperata all'inizio dell'opera, a introduzione del primo brano della prima parte del primo *titulus*, '*De sicariis [et homicidis casu et voluntate]*', che così recita: '*Moyses dei sacerdos haec dicit*'. La locuzione '*dei sacerdos*' rappresenta un piccolo, ma significativo errore, giacché, com'è noto, Mosè non ebbe mai lo statuto di sacerdote (Cohen), che fu invece attribuito a suo fratello Aronne, inauguratore del sacerdozio e della lunga sequenza dei Cohanìm. Tale inesattezza può agevolmente passare inosservata agli occhi di un lettore pagano o cristiano, per il quale Mosè può ben essere considerato un 'sacerdote', nel senso di 'servitore', 'officiante', 'esecutore di volontà' ecc., ma lo stesso non si può dire per un lettore ebreo, che immediatamente dovrebbe notare, e disapprovare, l'inappropriatezza della formula. Difficile pensare che la locuzione sia casuale, essa sembra piuttosto il frutto di una scelta precisa, volta a presentare il ruolo di

Mosè in senso ‘ecclesiastico’ e ‘clericale’, avvicinandolo alla visione teologica cristiana, e piegando quindi la lettera e il senso della Torah in senso di ‘*praeparatio evangelica*’.

5. *LEGALITER*.

La seconda parte del primo *titulus* è introdotta da una locuzione in cui il solito ‘Mosè dice’ è corredato da un preciso avverbio: ‘*legaliter*’: Coll. 1.5: *Moyses legaliter dicit*. 1. *Si autem* etc.

Mosè, dunque, parla *legaliter*: ‘legalmente’, ‘giuridicamente’. O, ancora, ‘in modo vincolante’, ‘precoativo’, ‘legislativo’. È vero? Certo che è vero. Mosè riferisce il diretto volere divino, che è legge, comandamento, imperativo e coattivo. Quelli dati da Dio e riferiti dal profeta non sono dei pareri, dei consigli, delle raccomandazioni, ma *mitzvòt*: leggi, precetti. C’era bisogno di specificarlo? No, non ce n’era bisogno, tant’è vero che, tutte le altre volte in cui si ritrova la frase ‘*Moyses dicit*’, il ‘*legaliter*’ non compare, e non, certamente, perché, negli altri casi, non vengano riportati comandamenti del Signore.

Perché viene detto solo questa volta? È impossibile scorgere un motivo razionale, per cui la presenza di tale parola va intesa come ulteriore segno del carattere incompleto della *Lex Dei*, della sua natura di bozza di lavoro lasciata a metà (o, magari, come abbiamo detto, appena all’inizio). Ma va anche interpretata, forse, come un’esigenza di raccordo, armonizzazione tra la parte ebraica del testo (ove compare il diritto ebraico, che è estrapolato da libri, quelli della Torah, che non trattano soltanto di diritto) e quella romana (dove i brani dei giuristi e le costituzioni imperiali sono sempre documenti giuridici). Stiamo citando Mosè – sembra dire il collazionatore –, ma non ci interessa quel che fece come ‘salvato dalle acque’, come capo politico e liberatore del suo popolo, ma solo quel che disse come ‘portavoce’ del Signore, come portatore della sua volontà e della sua legge.

L’annosa disputa se la *Collatio* rappresenti preminentemente un’opera religiosa o giuridica trova, in questo vocabolo, una chiave d’interpretazione. È un testo di diritto divino e umano, basato innanzitutto su ciò che Mosè disse ‘*legaliter*’, ossia, per dirla con Dante, come ‘legista e ubidente’.⁸

6. *MENS LEGIS*.

Nel quinto titolo, ‘*De stupratoribus*’, dedicato alla sanzione dei rapporti omosessuali, compare un frammento, scritto direttamente dal collazionatore, che rappresenta una sorta di introduzione alla legge di repressione della prostituzione maschile emanata nel 390 dagli imperatori Valentiniano, Teodosio I e Arcadio, e presente anche nel Codice Teodosiano, 9.7.6.

Come abbiamo avuto più volte modo di ricordare, in altre sedi, tale costituzione rappresenta l’unica risalente a imperatori cristiani, e tale circostanza ha indotto autorevole dottrina a ritenere che essa fosse in origine estranea al testo genuino della *Collatio*, nel quale sarebbe stata inserita solo ad opera di un intervento successivo (idea, questa, che, per molti motivi, ci pare da escludere).

Prima del testo della norma, nel titolo figura la traduzione del verso del Levitico (20.13) che punisce con la morte la pratica dell’omosessualità maschile (5.1.1: *Qui mansuerit cum masculo mansione muliebri, aspernamentum est: ambo moriantur, rei sunt*), e poi un frammento delle *Sententiae* di Paolo (5.2) in cui si vieta il rapporto omosessuale, distinguendo se esso avvenga attraverso una coercizione fisica effettuata ai danni di un uomo libero (ap-

⁸ Inf. IV.37.

parendo così meritevole del supplizio capitale), o rappresenti invece un atto consensuale (da colpire perciò in modo meno severo, attraverso una mera sanzione pecuniaria).

Dopo avere ricordato la proibizione mosaica, e la sanzione irrogata dalle *Pauli Sententiae*, il collazionatore riporta quindi il testo della costituzione del 390, che condanna – con un linguaggio infarcito di tenebrosa violenza e rabbiosa esecrazione – coloro che si prostituiscano nei postriboli per omosessuali (*virorum lupanaribus*), nella città di Roma, alla pubblica vivicombustione (*spectante populo*), affinché l'estremo supplizio possa porre riparo all'ignominia generata da chi abbia turpemente piegato il corpo maschile ad un uso di tipo femminile (*virile corpus muliebriter constitutum*).

Prima di riportare il testo della norma, l'autore ritiene però opportuno inserire una breve annotazione, nella quale si invita a considerare come tale legge paia seguire perfettamente (*ad plenum secuta cognoscitur*) lo spirito (la *mens legis*) del Comandamento della Torah che aveva indicato a tutti, in principio, la giusta misura da prendere di fronte a quello che è considerato l'immondo abominio dell'omosessualità maschile.

Il collazionatore, nella sua "comparazione assimilante", sottolinea con enfasi quella che gli pare – e con buona ragione – una somiglianza particolarmente stringente tra legge divina e legge romana, che egli interpreta come una fedele obbedienza degli imperatori di Roma alla immutabile volontà del Signore: 5.3. *Hoc quidem iuris est: mentem tamen legis Moysis imperatoris Theodosii constitutio ad plenum secuta cognoscitur*.⁹

7. MALEDICTI.

Un altro punto della *Lex Dei* che rappresenta, senza dubbio, una diretta espressione della personalità, della cultura e delle scelte redazionali dell'autore dell'opera è costituito dalla parte finale del settimo titolo, *De incestiis nuptiis*.

Il titolo, com'è noto, presenta un'anomalia, in quanto, se, in tutti gli altri, la parte della traduzione latina (com'è noto, molto libera, disinvolta e manipolativa) dei brani della Torah è posta all'inizio, preceduta dall'espressione '*Moyses dicit*', o altra simile, nel settimo, oltre al consueto frammento iniziale (che riporta il testo, in latino, dei versi 20.11-12 del Levitico), compare anche un brano, piuttosto lungo, posto alla fine del *titulus*, che si distingue nettamente da tutti gli altri, in quanto rappresenta un autentico guazzabuglio di citazioni bibliche, sintetizzate e intrecciate alla rinfusa, precedute da una premessa dell'autore, volta a chiarire l'essenza di tutte queste norme, che è quella della inappellabile maledizione verso chiunque si renda responsabile, in qualsiasi modo, di ogni forma di incesto. Tutti quelli che compiano siffatti gesti sono '*maledicti*', condannati contemporaneamente e concordemente ('*consona voce*') dalla '*divina et humana sententia*':

6.7.1-9 [1] *Idem dicitur in eos, qui incestas nuptias contraxerunt. Maledicti tamen sunt omnes incesti per legem, cum adhuc rudibus populis ex divino nutu condita isdem adstipulantibus sanciretur. Et utique omnes maledicti puniti sunt, quos divina et humana sententia consona voce damnavit. Lex divina sic dicit: maledictus, inquit, dixit Moyses, qui concubuerit cum uxore patris sui: et dicit omnis populus: fiat, fiat.* [2] *Maledictus, qui concubuerit cum sorore sua de patre aut de matre: et dicit omnis populus: fiat, fiat.* [3] *Maledictus, qui concubuerit cum nuru sua: et dicit omnis populus: fiat, fiat.* [4] *Maledictus, qui concubuerit cum socru sua: et dicit omnis populus: fiat, fiat.* [5] *Maledictus, qui concubuerit cum sorore patris sui: et dicit omnis populus: fiat, fiat.* [6] *Maledictus, qui concubuerit cum sorore matris suae: et dicit omnis*

⁹ Sul punto, rinvio al mio volume *La violenza sessuale* cit., 128 ss., e alla bibl. ivi cit.

populus: fiat, fiat. [7] *Maledictus, qui concubuerit cum sorore uxoris suae: et dicit omnis populus: fiat, fiat.* [8] *Maledictus, qui dormierit cum uxore fratris sui: et dicit omnis populus: fiat, fiat.* [9] *Maledictus, qui dormierit cum omni pecore: et dicit omnis populus: fiat, fiat.*

Il primo frammento del settimo paragrafo (da ‘*Item dicitur ...*’ a ‘*fiat, fiat*’ [così sia, così sia, versione latina dell’ebraico *amen*]) riporta delle parole che non trovano riferimento nel testo mosaico, ed è quindi una personale annotazione dell’autore della silloge, mentre tutto il prosieguo del paragrafo (ossia i frammenti da due a nove) è, come abbiamo detto, un confuso e disordinato assemblaggio di una molteplicità di pezzi di brani biblici, riportati alla rinfusa (segnatamente: Lev. 18.12, 13, 16, Deut. 27.20, 21, 22, 23), in una traduzione quanto mai sintetica e approssimativa. Anche questa seconda parte, pertanto, può essere considerata espressione della “voce del collazionatore”, in quanto è stato egli stesso a operare la rozza e approssimativa sintesi delle *mitzvòt* mosaiche (che non trova equivalente, per la sua grossolanità, nella pur sterminata letteratura – tanto rabbinica quanto ecclesiastica – di commento al Pentateuco). (A meno che non si voglia ipotizzare che tutta la parte della traduzione della Bibbia non sia stata scritta dal redattore dell’operetta, ma sia stata da lui semplicemente trovata, chi sa dove, e inserita nel testo: ipotesi da considerare, come già notato, decisamente inverosimile).¹⁰

Va detto, certamente, che tutta la “traduzione manipolativa” della Torah presente nella *Lex Dei*, in tutti e sedici i titoli, costituisce, per la sua peculiarità, espressione della personalità e degli intenti dell’ignoto autore. Ma non c’è dubbio che la parte finale del paragrafo VII rappresenta, per le caratteristiche della scrittura (un coacervo di citazioni confusamente assemblate e mischiate), qualcosa di unico.

Cosa si può ricavare da questi frammenti del paragrafo VII (il primo e i seguenti otto)?

A mio avviso, essenzialmente tre informazioni:

a) L’autore ci tiene a enfatizzare il dato che in entrambi gli ordinamenti (ebraico e romano) l’incesto è severamente sanzionato (e ‘maledetto’), evidentemente per dimostrare che i due sistemi giuridici sono analoghi e sovrapponibili.

b) Per far ciò, cita alla rinfusa grappoli di precetti mosaici, senza alcun ordine e alcun criterio. Secondo ogni verosimiglianza, conosceva bene la Torah, ma, al momento in cui scriveva (almeno in questo punto), la citava a memoria, senza avere il testo davanti agli occhi.

c) Il fatto che la parte mosaica sia presente sia all’inizio che alla fine del titolo non ha alcuna spiegazione logica. È molto probabile che questa anomalia sarebbe stata corretta nella stesura finale, così come appare, di nuovo, altamente verosimile che il testo sia a noi giunto in una versione provvisoria.

8. SCITOTE, IURIS CONSULTI.

Un altro brano nel quale il collazionatore fa sentire la sua diretta ‘voce’ si trova all’inizio dell’ottavo titolo, ‘*De furiis et poena eorum*’, anch’esso riferibile, come abbiamo visto – al pari del X, *De deposito* –, all’ottavo comandamento del Decalogo, relativo al divieto di furto.

In questo caso il passo, proveniente direttamente dalla mano dell’ignoto compilatore, appare subito, all’apertura del *titulus*, che non viene quindi introdotto dalla consueta formula ‘*Moses dicit*’, che si trova all’inizio degli altri *tituli*, e ciò dà a queste parole di commento una particolare evidenza.

¹⁰ Cfr. *La violenza sessuale* cit., 131 ss.

Il redattore dell'operetta pare particolarmente soddisfatto di potere offrire, sul vassoio della sua "comparazione assimilante", una pietanza decisamente adatta e pregiata, perché, evidentemente, gli sembra – e con fondati argomenti – di avere trovato un caso di analogia lampante tra diritto ebraico e romano, che gli pare opportuno segnalare con la dovuta enfasi, quasi, si potrebbe dire, "alzando la voce" (abbiamo visto, in altre occasioni, come molto spesso queste apparenti analogie tra diritto mosaico e romano appaiano invece alquanto improbabili, quando non frutto di forzature o manipolazioni testuali, delle quali stavolta, invece, non sembra proprio esserci bisogno).

Tanto la Torah (Ex. 22.22) quanto le XII Tavole (come attestato da Paolo, 10.7.11), infatti, avrebbero stabilito un'aggravante nella sanzione del furto perpetrato di notte (singolarmente ripresa da una proposta di legge approvata, nella primavera del 2017, da un ramo del Parlamento italiano, e oggetto – giustamente – di molte contestazioni), prevedendo che tale circostanza permetta di uccidere il ladro che si sia introdotto in casa e sia stato colto in flagranza (mentre, in caso di furto diurno, la soppressione sarebbe stata ammessa solo nel caso che il ladro fosse stato armato, e avesse cercato di usare l'arma in suo possesso).

La previsione decemvirale, sottolinea il compilatore, è stata già (*prius*) stabilita da Mosè, il cui precetto viene riportato subito dopo (prima dei brani di Paolo e Ulpiano dedicati alle problematiche del furto in diritto romano, fra cui la condizione del ladro notturno), e ciò è qualcosa che gli studiosi di diritto devono sapere: '*Scitote, iuris consulti*', 'sappiatelo, giureconsulti': 7.1. *Quod si duodecim tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem si se audeat telo defendere, interfici iubent: scitote, iuris consulti, quia Moyses prius hoc statuit, sicut lectio manifestat. Moyses dicit. etc.*

9. ET LIBERABITUR.

Nel X titolo, *De deposito*, è riportato il passo dell'Esodo (22.6-7) ove si tratta del caso di un depositario che, non avendo restituito l'oggetto ricevuto in custodia, sia sospettato di essersene dolosamente appropriato. Se il ladro viene trovato, sarà lui a essere punito (con una condanna alla restituzione *in duplum*), ma, se ciò non avviene, il depositario sarà tenuto a sviare da sé il sospetto, giurando di non avere trafugato l'oggetto (il riferimento al giuramento, in realtà, è assente dal testo ebraico originale, anche se è presente in tutte le traduzioni, antiche e moderne, del testo, in base a una tradizione divenuta evidentemente tralicia e consolidata):

Coll. 10.1.1-2 [1] *Moyses dicit: si aliquis dabit proximo suo argentum aut vas servare et furatum fuerit de domo hominis, si invenitur qui furatus est, reddet duplum.* [2] *Quod si non fuerit inventus fur, accedet is qui commendatum suscepit ante dominum et iurabit nihil se nequiter egisse de omni re commendata proximi sui et liberabitur.*

Anche la *Collatio*, come abbiamo detto, inserisce (al pari delle versioni dei *Septuaginta*, di *Itala Vetus*, della *Vulgata editio* e di tutte le altre) il riferimento al giuramento, che non rappresenta quindi una novità; ma, oltre a ciò, aggiunge al testo anche un'altra cosa che non c'è nell'originale, e non c'è neanche in nessun'altra traduzione, di nessun'epoca, ossia l'espressione '*et liberabitur*'. Attraverso il giuramento, il depositario sospettato di furto 'sarà liberato'. Da cosa?

Difficile pensare che si volesse intendere che il soggetto venisse 'messo in libertà', nel senso di 'sottratto a una situazione di prigionia', a meno di non voler ritenere, cosa alquanto improbabile, che già all'inizio del giudizio l'uomo fosse ridotto in uno stato di costrizio-

ne fisica, in ragione del mero sospetto gravante su di lui. Più verosimile interpretare l'espressione nel senso di 'sarà liberato dal suo debito, dalla sua obbligazione di restituire'. Oppure, 'sarà lasciato andare, sarà liberato dal processo'. Ma la locuzione sembra anche fare pensare a un'altra cosa, ossia a una liberazione dalla colpa, dal peccato, in linea con la celebre invocazione liturgica '*libera nos a malo*'. Un dato – sia pure a livello di mera suggestione – che pare confermare l'impressione della *Collatio* come una raccolta di ispirazione insieme religiosa e giuridica (o meglio: un'opera volta a dimostrare come la religione venga prima del diritto, e il diritto debba sempre ad essa conformarsi), e che ripropone il collegamento, che altre volte abbiamo cercato di evidenziare, con i *libri poenitentiales* dell'alto Medio Evo (che illustravano i vari modi attraverso cui i peccatori potevano essere 'liberati dal male' e mondati, attraverso le apposite penitenze, dai loro peccati).¹¹

Il depositario che avrà giurato di essere innocente non potrà più essere considerato un ladro peccatore, per cui *liberabitur*, sarà liberato dal sospetto e dalla colpa, e non dovrà perciò espiare.

Le parole '*et liberabitur*' sono un'aggiunta arbitraria, una chiosa estranea all'originale testo biblico, che in nessuna traduzione, per quanto libera, potrebbe figurare, se non per una deliberata volontà di far dire al testo qualcosa che esso, invece, non intendeva dire.¹²

10. *NOVELLAE CONSTITUTIONES*.

Nel XIV titolo, *De plagiariis*, il compilatore, dopo avere riportato i commenti dei giuristi alla *lex Fabia de plagiariis* (che puniva l'asservimento abusivo di un uomo libero o di uno schiavo altrui, oltre all'induzione alla fuga di un servo di altri), ritiene utile informare i lettori che alcune nuove leggi (*novellae constitutiones*), in ragione dell'*atrocitas* del misfatto, avrebbero previsto la punizione dei *plagiarii* attraverso *capitalis sententia* (precisando inoltre che, come asserito da Paolo, già in precedenza, in alcuni casi – ossia per i soggetti *humiliores*, di basso rango sociale –, poteva essere irrogato il supplizio della crocifissione o la condanna ai lavori forzati [*ad metalla*]).

Anche se i testi delle *constitutiones* non sono riportati, è probabile che il riferimento fosse a due leggi di Diocleziano (Cod. Iust. 9.20.7) e Costantino (Cod. Th. 9.18.1 = Cod. Iust. 9.20.16, Brev. 9.14.1), rispettivamente del 287 e del 315, volte appunto a disporre la pena di morte a carico dei *plagiarii*, stabilendo anche le diverse modalità dell'esecuzione.

In questo caso, l'intervento del collazionatore non sembra volto a enfatizzare la somiglianza tra legge mosaica e legge romana, ma appare piuttosto di tipo meramente esplicativo, una citazione erudita volta a fornire una notizia utile, che, in quanto tale, risulta decisamente estranea alla consueta struttura dell'operetta, che, di siffatte informazioni, non ne offre mai (e certo non ne mancherebbero le occasioni).

Se, come vi è fondato modo di ritenere, quello della *Collatio* è un testo incompleto, al quale l'autore stava lavorando, una raccolta provvisoria di materiale grezzo, in attesa di completamento e, forse, commento, è molto probabile che questo intervento fosse un'annotazione provvisoria dell'autore, destinata a essere successivamente cancellata (oppure, al

¹¹ Sui *libri poenitentiales*: E. VOLTERRA, *Collatio legum Mosaicarum et Romanarum* (1930), ora in ID., *Scritti giuridici*, IV (*Antiqua* 64), *Le fonti*, Napoli 1993, 46 ss.; PH. SCHAFF, *History of the Christian Church*, III, Oak Harbor 1997, § 85.

¹² Rinvio, sul punto, a *Il deposito* cit. 31 ss., nonché al saggio *A proposito di deposito, furto e giuramento nel libro dell'Esodo e nella 'Collatio'*, in *Rigore e curiosità. Scritti in memoria di Maria Cristina Folliero*, Torino 2018, II, 185 ss., e alla bibl. ivi indicata.

contrario, destinata a essere accompagnata da tante altre annotazioni di analoga funzione: compito che, forse, può essersi manifestato all'autore come troppo gravoso, così da farlo desistere del tutto dal progetto): 14.6. *Sciendum tamen est ex novellis constitutionibus capitali sententia plagiatores pro atrocitate facti puniendos: quamvis et Paulus relatis supra speciebus crucis et metalli huiusmodi reis inrogaverit poenam*.¹³

11. ERADICABIT CHALDAEOS.

Il XV titolo, '*De mathematicis, maleficis et Manichaeis*', deputato a raccogliere le misure repressive contro le pratiche magiche, stregonesche e divinatorie, si apre con un'apparente traduzione di un brano del Deuteronomio (il cui contenuto viene però sensibilmente alterato), nel quale si elencano quelle che sarebbero state le *abominationes* (in ebraico, *toevòt*) provocate in terra di Canaan dai primitivi abitanti, ordinando al popolo di Israele di tenerse ne ben lontano. Dopo un lungo e dettagliato elenco (il sacrificio dei figli, fatti bruciare nel fuoco; il sortilegio; la divinazione; la predizione del futuro; la magia; l'incantesimo; la necromanzia; la decifrazione del volo degli uccelli; l'aruspicina; l'interpretazione dei portenti naturali; il vaticinio; il dialogo con gli spiriti maligni ecc.), nel ribadire il dovere di purezza e il rifiuto di ogni *abominatio*, si ricorda che proprio per questo motivo il Signore avrebbe scacciato dalla regione il popolo dei Caldei (abitanti della bassa Mesopotamia, che si ritenevano abitualmente dediti alle pratiche astrologiche e divinatorie, tanto che il nome 'Caldeo' sarebbe diventato sinonimo di 'indovino', 'vaticinatore'): 15.1 *Propter has enim abominationes deus eradicabit Chaldaeos a facie tua*.

Come viene ricordato in un brano di Ulpiano, tratto dal VII libro *de officio proconsulis*, riportato immediatamente dopo, nel 17 d.C., sotto l'imperatore Tiberio, i Caldei sarebbero stati destinatari di un decreto di espulsione (*aqua et igni interdictio*) e di confisca dei beni (*publicatio bonorum*) da parte del Senato, insieme ai *mathematici* (astrologhi), agli *arioli* (indovini) e ad altri soggetti (la misura è attestata anche da Tac., *Ann.* 2.32 e Dio Cass. 57.15.7): 15.2.1 ... *Denique extat senatus consultum Pomponio et Rufo cons. factum, quo cavetur, ut mathematicis Chaldaeis ariolis et ceteris, qui simile inceptum fecerint, aqua et igni interdicatur omniaque bona eorum publicentur, et si externarum gentium quis id fecerint, ut in eum animadvertatur*.

In questo caso, è particolarmente evidente che scopo dell'autore è sottolineare quella che sarebbe una lampante analogia tra legge mosaica e legge romana, giacché entrambe avrebbero fatto oggetto di repressione le persone e le arti dei Caldei. Solo che questa analogia è inventata di sana pianta, dal momento che, nell'originale del testo biblico, dei Caldei non c'è la minima traccia.

Il collazionatore, per raggiungere il suo scopo, non si trattiene dal manipolare sfacciatamente il testo biblico, rendendosi responsabile di un goffo e clamoroso falso, che – dato sorprendente, e apparentemente inspiegabile – sarebbe stato certamente e immediatamente scoperto, dal momento che i libri della Bibbia erano, già all'epoca (qualunque essa sia stata), tra quelli in assoluto più letti e conosciuti (e non solo, certamente, da parte di ebrei o cristiani).¹⁴

¹³ Cfr. il mio *L'asservimento abusivo* cit., 21 ss., e la bibl. ivi cit.

¹⁴ Cfr. *Magia* cit., 81 ss., e bibl. ivi cit.

12. *QUI LUSTRET FILIUM.*

Sempre il XV *titulus*, come abbiamo evidenziato,¹⁵ ci lascia una traccia particolarmente preziosa del modo di lavorare del collazionatore, giacché egli, nel proporre la traduzione del brano del Deuteronomio sulle abominazione dei Caldei che i figli di Israele avrebbero dovuto evitare, mostra chiaramente di avere seguito il testo della *Vulgata Editio* di Girolamo (in genere non corrispondente alla traduzione della *Collatio*), ma effettuando un evidente errore di trascrizione.

Scriva, infatti, Girolamo che non sarà ammesso trovare, nel popolo di Israele, chi praticherà l'abominevole pratica caldea di bruciare vivi i fanciulli, facendoli ardere come torce (*qui lustret*: 'chi illumini'), gettandoli nel fuoco: Deut. 18.9 *Nec inveniatur in te qui lustret filium suum, aut filiam, ducens per ignem*.

Il collazionatore riproduce tale frase, ma omettendo le parole '*ducens per ignem*', e rendendola così priva di senso (non si capisce, infatti, come e perché il figlio sarebbe 'illuminato'): Coll. 15.2.1 *Non inveniatur in te qui lustret filium tuum aut filiam tuam*.

Anche questo errore sarebbe stato, probabilmente, corretto in fase di revisione del testo, ma è soprattutto importante sottolineare la consultazione (sia pur frettolosa), da parte dell'autore, della *Vulgata Editio*, una circostanza che spinge nettamente a credere in una sua osservanza cristiana (anche se tale dato va integrato con quello, innegabile, di una sua ottima padronanza della lingua e della tradizione ebraica). Una traccia (di tipo, stavolta, 'omissivo') decisamente significativa.

13. *SCRIPTURA DIVINA.*

E, per concludere, veniamo al XVI e ultimo titolo della *Lex Dei*, '*De legitima successione*'. Esso si distingue da tutti gli altri soprattutto per due motivi, ossia per essere considerevolmente più lungo (circa un sesto dell'intera opera, e circa tre volte più esteso della media degli altri [senza tenere conto del fatto che l'opera pare chiaramente lasciata mutila e incompleta, e quindi le dimensioni previste del sedicesimo titolo avrebbero potuto essere ancora più ampie]), e per essere l'unico *titulus* di solo argomento privatistico, senza alcun riferimento di tipo criminalistico.

Ma c'è anche un terzo, significativo elemento di differenza, dovuto al fatto che il brano biblico riportato non si limita, come negli altri casi, a riferire il testo del comandamento mosaico (col quale si specifica che, se il defunto ha lasciato soltanto figlie femmine, è a loro concesso di ereditare – a differenza del caso in cui siano presenti anche uno o più figli maschi, nella quale ipotesi alle donne non andrebbe niente –, a condizione che contraggano poi matrimonio all'interno della stessa tribù del defunto, per non disperderne il patrimonio al di fuori), ma riproduce anche la traduzione del racconto dell'episodio nel cui contesto il precetto fu comunicato a Mosè dal Signore, che è quello delle figlie di Tselofchàd, narrato nel libro dei Numeri (in ebraico, *Bemidbàr*, 'Nel deserto').

Mosè, si narra, durante la traversata del deserto, dovette fronteggiare la rivolta capeggiata da un suo avversario, Core, che, per punizione divina, fu inghiottito in una voragine, aperta dal Signore, insieme a tutti i suoi seguaci. Dopo l'evento, si presentano a Mosè e al sacerdote Eleazar, innanzi alla tenda dell'adunanza, cinque giovani donne, figlie di un uomo defunto, Tselofchàd, che non aveva partecipato alla rivolta, le quali chiedono di potere prendere possesso dei beni del loro genitore, non avendo questi lasciato figli maschi (si in-

¹⁵ Cfr. *Magia* cit., 77 ss.

tende pertanto, ma solo implicitamente – la regola sarebbe poi stata esplicitata solo nella Mishnah –, che, nell'eventualità che fosse stato lasciato un erede maschio, le donne non avrebbero potuto ereditare nulla). Di fronte a una situazione evidentemente inedita, il profeta non sa dare risposta, per cui chiede illuminazione direttamente a Dio, il quale comunica che la richiesta delle figlie di Tselofchàd va accettata, ma con la limitazione sopra ricordata.¹⁶

Questo è l'unico caso, come abbiamo detto, in cui nella *Lex Dei* non è riportata la sola legge mosaica (cd. *halachà*: 'via', 'strada', in quanto l'osservanza dei precetti [*mitzvòt*] rappresenta la retta via da seguire per l'ebreo devoto al Signore), ma anche la narrazione, il racconto del contesto storico in cui essa fu formulata (cd. *haggadà*, 'racconto').¹⁷ E non appare certo casuale il fatto che tale citazione biblica – che, contenendo anche la *haggadà*, appare molto più lunga di tutti gli altri frammenti biblici riportati – sia introdotta, anziché dalla consueta formula '*Moses dicit*', da un'espressione diversa: 16.1.1: *Scriptura divina sic dicit*: etc.

Il collazionatore pare ben consapevole che stavolta – per motivi che non sappiamo, e che possono solo essere immaginati – ha fatto qualcosa di diverso, ossia ha riportato anche la narrazione biblica, la *haggadà*, e lo vuole fare presente nella sua annotazione iniziale. Quello riferito non è solo il comandamento divino, la *mitzvà* e la *halachà*, ma anche il racconto della Torah, la *haggadà*. Ciò dimostra, con tutta evidenza, una grande domestichezza, da parte del redattore, del testo biblico e della sua complessa struttura, e contribuisce a dimostrare che egli doveva avere una solida conoscenza delle Scritture ebraiche (che, probabilmente, da ebreo, aveva studiato e assimilato, sia pure per poi passare, forse, da apostata, al cristianesimo).

14. LA TORAH NOVELLATA.

Riepilogando quanto abbiamo osservato relativamente alle dodici 'tracce' lasciateci dal collazionatore, nelle quali egli ci si presenta direttamente, scrivendo qualcosa senza fare il mero copista, possiamo quindi affermare che le stesse sembrano fornire le seguenti informazioni:

- 1) la scelta delle intitolazioni, col riferimento alle figure dei criminali, anziché alle fattispecie astratte dei crimini, pare indicare un'origine tarda dell'opera;
- 2) la doppia intitolazione del primo *titulus* mostra che il lavoro è a noi arrivato in versione incompiuta;
- 3) il passo 14.3.6, sulle *novellae constitutiones*, ha natura meramente esplicativa, senza rilievo dal punto di vista della "comparazione assimilante", ma pare confermare che il testo a noi giunto era in uno stato provvisorio;
- 4) il confuso assemblaggio dei passi biblici sull'incesto (6.7: '*maledicti*' ecc.) rivela invece un chiaro intento assimilante, oltre a dimostrare, anch'esso, il carattere provvisorio dell'operetta (lasciata incompleta con delle citazioni fatte a memoria, o attraverso uno sguardo superficiale al testo, senza controllo e revisione);
- 5) la parola '*legaliter*' (1.5) mostra l'intento dell'autore di volere sollecitare una lettura

¹⁶ Cfr.: *La successione* cit., 1 ss.; ID., *Sul diritto ereditario nella diaspora occidentale tra quarto e quinto secolo*, in *Diritto romano attuale*, 11 giugno 2004, 65 ss.; D. PIATTELLI, *Le figlie di Tselofchàd*, in F. LUCREZI, M. DEL TUFO (a cura di), *Vita/morte. Le origini della civilizzazione antica*, Napoli 2016.

¹⁷ Cfr.: F. LUCREZI, *La violenza* cit., 67 ss.; 613. *Appunti di diritto ebraico* I, Torino 2015, *passim*; *Premessa* a A.M. RABELLO, *Ebraismo e diritto* cit., *passim*.

dell'opera in chiave legale e giuridica, sottolineando il fatto che la comparazione avviene anche sul piano del diritto, oltre che su quello religioso;

6) il riferimento alla '*scriptura divina*' (16.1.1) (che pare avvertire il lettore che quello riportato non è solo un comandamento, o un insieme di comandamenti, ma anche un racconto, e che non si tratta solo di *halachà*, ma anche di *haggadà*) attesta l'ottima e diretta conoscenza, da parte del redattore, delle caratteristiche delle Sacre Scritture, secondo l'interpretazione e la tradizione israelita;

7) il riferimento a Mosè come '*dei sacerdos*' (1.1) pare volere "cristianizzare" il testo biblico;

8) altri quattro frammenti menzionati tendono evidentemente a sottolineare come la *mens legis*, l'intenzione della norma, sia la stessa nella legge divina e in quella umana, e sarebbe perciò evidente che la seconda è ispirata dalla prima: ciò è detto esplicitamente in 5.3.1 (*mentem tamen legis Moysis imperatoris Theodosii constitutio ad plenum secuta cognoscitur*), emerge con chiarezza da 7.1 (*Moyses prius hoc statuit*), si ricava nettamente dall'aggiunta "assimilante" di 10.1 (*et liberabitur*) (che indica come il depositario sospetto possa "liberarsi" dalla colpa e dal peccato), ed è sbandierato in modo clamoroso in 15.1, dove l'ossessione di volere dimostrare una corrispondenza tra *Mosaicae et Romanae leges* non trattiene l'autore dal riscrivere, novello Mosè, il testo della Bibbia, offrendone – caso, a quanto risulta, unico nella storia – una versione novellata;

9) l'errore di traduzione del Deuteronomio, in XV.1, col dimostrare che il collazionatore aveva consultato la *Vulgata* di Girolamo, sembra attestarne una sua confessione cristiana;

10) l'espressione '*et liberabitur*' (10.1), inoltre, sembra confermare, anch'essa, una datazione altomedievale dell'opera, oltre a una sua impostazione cristianizzante.

L'ipotesi da me altrove prospettata,¹⁸ secondo cui la *Collatio* sarebbe un testo medioevale, scritto probabilmente tra la fine dell'VIII e l'inizio del IX secolo, da parte di un ebreo convertito al cristianesimo (forse un rabbino diventato sacerdote [anch'egli un *dei sacerdos*?]), volto a dimostrare la consonanza della legge umana con quella divina (e la derivazione della prima dalla seconda), e giunto a noi incompiuto, mi pare pertanto confermata – con tutte le cautele del caso – dalle dodici tracce fornite dalla "voce del collazionatore".

¹⁸ *Il procurato incendio* cit., 31 ss.; *Il furto* cit., 65 ss.; *Il deposito* cit., 55 ss. Ma in precedenza avevo avanzato anche diverse ipotesi: *L'uccisione dello schiavo* cit., 101 ss.; *La violenza sessuale* cit., 141 ss.; *Magia* cit., 85 ss.; *L'asservimento abusivo* cit., 39 ss.

VARIE

GIUSEPPE FALCONE
(Università di Palermo)

Due riferimenti di Ammiano Marcellino
all'imperatore Giuliano

DUE RIFERIMENTI DI AMMIANO MARCELLINO ALL'IMPERATORE GIULIANO*

Quando il carissimo Andrea Lovato mi ha rivolto l'invito a partecipare, qui a Bari, a questa giornata di festeggiamento per Gianni de Bonfils, ho subito pensato che egli mi stava offrendo l'occasione – e anche per questo gli sono grato – di adempiere ad un *officium*: cosa di cui, come insegnava Cicerone, nulla è più *necessarium*. Si tratta, precisamente, di un '*debitum officii*' contratto *familiaritatis et benevolentiae causa*. Il fatto è che, per una curiosa coincidenza, il mio intero percorso accademico ha costantemente goduto della benevola accoglienza di studiosi di questa Università. Proprio Gianni De Bonfils fece parte, insieme con Bernardo Albanese e con Diego Manfredini, della Commissione giudicatrice per il concorso di ricercatore; quindi, Mario Bretonne (al quale permettetemi di rivolgere un deferente pensiero precipuo) fu Presidente di Commissione al concorso per professore associato, svoltosi a Bari – ultimo concorso nazionale – nel 1998; e infine, nel 2000, Renato Quadrato fu membro interno della Commissione del concorso per professore ordinario, bandito dall'Università di Bari.

Di quel concorso di ricercatore svoltosi a Palermo nel 1991 ricordo con precisione che durante lo svolgimento della prima prova – si trattava di un tema sulle compilazioni post-classiche nella recente storiografia – mi è occorso di sentire che Diego Manfredini e Gianni De Bonfils conversavano sul carattere per quei tempi pionieristico delle ricerche di quest'ultimo: il *Comes et quaestor nell'età della dinastia costantiniana*, del 1981, e il più recente lavoro su *Ammiano Marcellino e l'imperatore*, del 1986. E invero, da un lato, è già stato detto, il nostro studioso è stato tra i protagonisti dell'exploit storiografico del Tardoantico, dall'altro lato, nello specifico panorama romanistico non era consueta l'iniziativa di setacciare e compulsare un'opera letteraria per trarne una ricostruzione apposita sui profili giuridico-costituzionali e amministrativi di un preciso segmento del Basso impero.

Ora, per l'occasione odierna ho ripreso in mano il libro su Ammiano e, scorrendolo rapidamente, mi sono caduti gli occhi, nel capitolo "*Il principe, la giustizia, il diritto*", sul riferimento a due fonti riguardanti l'attività normativa dell'imperatore Giuliano, che ricordo di avere già a suo tempo apprezzato proprio grazie al richiamo fatto in quelle pagine. Queste due fonti mi hanno fornito lo spunto per una brevissima riflessione, che vorrei offrire a mo' di omaggio scientifico, assai circoscritto ed estemporaneo ma sentito, a Gianni De Bonfils.

Si tratta, propriamente, di due accenni: ad un intervento di natura fondativa e ad un intervento di natura correttiva.

* Il testo riproduce, anche nel taglio narrativo, le parole pronunziate nel breve *Intervento alla Giornata di Studi tardoantichi per Giovanni de Bonfils*, svoltasi all'Università di Bari il 15 maggio 2018. Di aggiunto vi è solo il cenno bibliografico in nota 1.

Nel primo caso, Ammiano afferma che Giuliano *'iura condidit'*, vale a dire introdusse disposti giuridici, "che ordinavano o proibivano alcunché con una formulazione precisa e netta" (*a b s o l u t e quaedam iubentia fieri vel arcentia'*: 25.4.20). Un controllo degli impieghi di *'absolutus'* nelle *Storie* di Ammiano mi ha portato, appunto, ad accertare che il senso è quello di una formulazione, o un contenuto, di chiara ed univoca evidenza. Notevole, in particolare, è l'accento a *decreta* dello stesso Giuliano indicati come *'plana et absoluta'* (22.5.2); come pure, la qualifica *'absolutum et uniusmodi'*, "preciso ed inequivoco", in relazione ad un *responsum* dell'imperatore Valente al re dei Persiani (30.2.4; peraltro, in contrapposizione ad una precedente epistola *'tumida'*, gonfia, ridondante).

D'altra parte – è il secondo riferimento di Ammiano al quale alludevo –, Giuliano, non solo ha curato una siffatta formulazione, netta e puntuale, delle proprie statuizioni, ma ha anche sentito il bisogno di intervenire in tal senso rispetto ad alcune disposizioni di suoi predecessori. Segnatamente, Giuliano è intervenuto a *corrigere in melius* alcuni disposti giuridici di precedenti imperatori, in modo che tali disposti indicassero con netta evidenza (*liquide*) i propri contenuti precettivi o proibitori: *'... etiam iura quaedam correxit in melius, ambagibus circumcisis, indicantia liquide, quid iuberent fieri vel vetarent'* (22.10.7). Il risultato della *'liquida chiarezza'* è ottenuto tramite l'eliminazione delle *ambages* (*circumcidere ambages*). Questo termine non significa *'contraddizioni'*, come qua e là sostenuto, bensì indica *'giri tortuosi'*, *'complessità'*, *'difficoltà'*, derivanti dalla presenza di locuzioni e porzioni di testo superflue e poco perspicue. Ciò risulta, ancora una volta, da una verifica degli impieghi nelle stesse *Storie* di Ammiano, nelle quali, ad esempio, si parla di "lettere scritte *per ambages obliquas*" (29.1.35) e di un discorso svolto *'non flexiloquis et obscuris ambagibus'* (18.5.6). Del resto, è questo il significato di *'ambages'* anche nei testi normativi di V e VI secolo¹.

Ebbene, questi riferimenti di Ammiano a Giuliano rilevano sotto tre profili.

Intanto, Ammiano ripetutamente – in riferimento al *iura condere*, al *iura corrigere* e ai *decreta plana et absoluta* – indica un aspetto ben preciso della produzione legislativa di Giuliano: agli occhi di Ammiano, le costituzioni di questo imperatore dovevano effettivamente caratterizzarsi per un tenore diretto e puntuale (non credo che l'ammirazione dello storico per questo imperatore possa averlo indotto a fornire una dato non veritiero, che si sarebbe potuto agevolmente smentire): un tipo di formulazioni, cioè, che dovevano farsi apprezzare come diverse rispetto allo stile di precedenti *leges* imperiali. Potrebbe, allora, essere una pista da seguire da parte di chi volesse portare avanti una palinogenesi delle costituzioni di questo imperatore (penso, tra i presenti, ad Emilio Germino) e valutarne gli aspetti formali.

In secondo luogo, questa attività di *correctio in melius* si pone in linea con il successivo operato dei compilatori teodosiani, disposto sia nel programma del 429, ove si parla di amputazione dei preamboli, considerati superflui rispetto alla sostanza del disposto giuridico, e di eliminazione della "inutile abbondanza di parole" (*'praetermissis illis, quae sancientiae rei non ex ipsa necessitate adiuncta sunt'*; *'inanem verborum copiam recusabit'*); sia nella *lex* del 435, ove si parla di eliminazione delle *praefationes* (CTh. 1.1.6 pr. *'circumcisis ex quaque constitutione ad vim sanctionis non pertinentibus, solum ius relinquatur'*) e di modifiche al disposto giuridico già ridotto a *brevitas* (*brevitate constrictum*), affinché quest'ultimo possa brillare per chiarezza (*ut claritate luceat*): queste modifiche, secondo i *verba* di Teodosio, dovevano consistere nella eliminazione di parole superflue, nell'aggiunta di parole necessarie, nella trasformazione di parole ambigue e nell'emendazione di parole incongrue

¹ Rinvio ai testi che ho appositamente richiamati in G. FALCONE, *Teodosio II e la "compendiosa divalium constitutionum scientia"*, in *SCDR* 28, 2015, 359 nt. 51.

(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, ...*'). Il risultato di questi articolati interventi è indicato da Teodosio come '*lumen brevitatis*'. Ebbene, anche la *correctio* di precedenti *iura* compiuta da Giuliano risponde ad un ideale di *brevitas* e chiarezza, di incisività e univoca intelligibilità dei dettati normativi. La notizia di Ammiano, mostra, allora, che il tipo di intervento sul tenore dei testi giuridici disposto da Teodosio era avvertito e atteso da tempo. Era, in effetti, uno dei due grandi problemi di contenuto delle fonti giuridiche del Tardoantico, pressante per gli utenti e gli operatori del diritto: e cioè, l'impiego, da parte delle cancellerie, di formulazioni normative complesse per lessico, stile e articolazione e quindi di non agevole intelligibilità – l'altro grave problema essendo la presenza di assunti giuridici contraddittori, che riguardava, peraltro, anche l'antico materiale giurisprudenziale.

Il terzo e ultimo profilo è, in realtà, un interrogativo. L'operazione del *corrigere in melius* consistette nell'emanazione, da parte di Giuliano, di *leges* pienamente autonome, che intervennero in modo più puntuale sulle materie in precedenza da altri disciplinate, oppure si trattò di un'attività di amputazione e sfrondamento direttamente compiuta sui preesistenti dettati legislativi per renderli più perspicui? Può, cioè, la notizia di Ammiano offrire qualche ulteriore spunto negli orizzonti di riflessione sul fenomeno della cd. massimazione delle costituzioni imperiali, in relazione a tempi, protagonisti e finalità della stessa?

Ecco, mi è occorso di riprendere da uno scaffale un libro e di trovarvi, già ad una lettura cursoria e disarticolata, un passaggio che ha sollecitato autonome verifiche testuali e che provoca spunti e interrogativi. Capita con i libri 'dialoganti', che comunicano e innescano ulteriori moti di ricerca. Di questa mia personale esperienza tenevo a dare testimonianza, festeggiando Gianni De Bonfils.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2018
nella Stampatre s.r.l. di Torino – via Bologna, 220