

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LVI
(2013)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

ANNALI DEL SEMINARIO GIURIDICO
UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO
(AUPA)

DIRETTORE
Gianfranco Purpura

CONDIRETTORE
Giuseppe Falcone

COMITATO SCIENTIFICO

Giuseppina Anselmo Aricò	Palermo
Christian Baldus	Heidelberg
Jean-Pierre Coriat	Paris
Lucio De Giovanni	Napoli
Oliviero Diliberto	Roma
Matteo Marrone	Palermo
Ferdinando Mazzearella	Palermo
Enrico Mazzelese Fardella	Palermo
Javier Paricio	Madrid
Beatrice Pasciuta	Palermo
Salvatore Puliatti	Parma
Raimondo Santoro	Palermo
Mario Varvaro	Palermo
Laurens Winkel	Rotterdam

COMITATO DI REDAZIONE

Monica De Simone (*coordinamento*), Giacomo D'Angelo,
Salvatore Sciortino, Francesca Terranova

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

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

Qualche anno dopo la sua istituzione, nel 1912, il Seminario Giuridico esprime una rivista propria: gli 'Annali del Seminario Giuridico dell'Università di Palermo'. A fondarla – e dirigerla fin quando insegnò a Palermo (1932) – fu in realtà Salvatore Riccobono. In piena aderenza agli scopi e alla struttura del Seminario la rivista ospitò per anni scritti di studiosi di tutte le discipline insegnate nella Facoltà giuridica palermitana. È naturale però che, col passare degli anni, sui contenuti degli 'Annali' si riflettessero in qualche modo le vicende dell'istituzione di cui erano espressione; sicché divennero, definitivamente intorno agli anni '60, una rivista storico-giuridica, in maggior misura di diritto romano.

Il 'Seminario giuridico dell'Università di Palermo' si è formalmente estinto nel 1989, assorbito nell'allora Dipartimento di Storia del Diritto. Con il 'Seminario Giuridico' avrebbero dovuto estinguersi anche gli 'Annali', o quanto meno avrebbe dovuto esserne mutato il titolo, essendo essi divenuti, nella sostanza e nella forma, una pubblicazione facente capo al Dipartimento. Ma il titolo è stato mantenuto per l'orgoglio di una tradizione, per l'indiscusso apprezzamento che gli 'Annali', sin dalla fondazione in anni ormai lontani, hanno riscosso e continuano a riscuotere negli ambienti scientifici internazionali.

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO

ANNALI
DEL
SEMINARIO GIURIDICO
(AUPA)

VOLUME LVI
(2013)



G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO

© Copyright 2013 - G. GIAPPICHELLI EDITORE- TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-3487862-0
ISSN: 1972-8441

La pubblicazione degli articoli 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 gli articoli con il sistema del *double-blind*.

Gli articoli, muniti di *abstract* e parole chiave, vanno inviati, entro il 31 maggio, al Comitato di Redazione via e-mail all'indirizzo: redazioneaupa@unipa.it.

STAMPA: Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.- Bagheria (Pa).

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.

INDICE DEL VOLUME

ARTICOLI

G. D'ANGELO, Sulla <i>lex Scribonia de usucapione servitutum</i>	9
M. DE SIMONE, P. Col. VII, 175. Aspetti giuridici di un verbale d'udienza.....	27
G. GULINA, Contributo allo studio della <i>satisfatio pro praede litis et vindiciarum</i> ..	65
E. NICOSIA, <i>Promissio iurata liberti?</i>	101
S. SCIORTINO, La relazione tra il κατὰ πόδας e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del <i>Codex</i>	113
F. TERRANOVA, Riflessioni su D. 50.16.130. (Ulp. 2 <i>ad leg. Iul. et Pap.</i>).....	159
A. TORRENT, Turbulencias financieras en época de Cómodo: la quiebra de la banca de Calisto	181
M. VARVARO, Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva nell'orazione di Cicerone a favore di Milone.....	215

NOTE

G. FALCONE, Il rapporto <i>ius gentium - ius civile</i> e la <i>societas vitae</i> in Cic., <i>off.</i> 3.69-70	259
G. NICOSIA, <i>Possessio</i> e <i>res incorporales</i>	275
J.G. WOLF, <i>Religio</i> in den Juristenschriften	285

VARIE

M. VARVARO, La compravendita di animali appartenenti alle <i>res Mancipi</i> in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza fra Baviera, Pernice e Mommsen	299
--	-----

ARTICOLI

GIACOMO D'ANGELO

Sulla lex Scribonia de usucapione servitutum

ABSTRACT

The author deals with a well-known but mysterious *lex Scribonia*, which abolished the *usucapio* of servitudes. His idea is that this *lex*, of the last republican age (probably of 50 B.C.) or, at the latest, of the beginning of the Empire, applied both to the *iura praediorum rusticorum* and to the *iura praediorum urbanorum* and was enacted in order to prevent usurpations to the detriment of the owner of the servient estate.

PAROLE CHIAVE

Lex Scribonia; usucapio servitutum; iura praediorum.

SOMMARIO. 1. La *lex Scribonia de usucapione servitutium*: la notizia di D. 41.3.4.28(29) e le questioni che essa solleva. 2. Il problema dell'estensione dell'antica *usucapio servitutium*: la sua applicazione a tutte le servitù – rustiche e urbane – riconosciute fino all'emanazione della *lex Scribonia*. Argomenti a sostegno di tale assunto. 3. Il problema della *ratio* della *lex Scribonia*. Gli orientamenti della dottrina e l'insufficienza delle soluzioni proposte. La nostra idea: la *lex Scribonia* come una 'legge di garanzia' delle ragioni del proprietario del fondo servente contro il rischio di ingiuste usurpazioni. 4. Il problema della data della *lex Scribonia*: la sua probabile risalenza all'ultima età repubblicana o al più tardi ai primi tempi del Principato.

1. In un testo conservatoci nei *Digesta Iustiniani* [D. 41.3.4.28(29)] Paolo ci informa che una *lex Scribonia* abolì l'usucapione delle servitù. Ciò è quel poco che sappiamo su tale legge¹; tutto il resto è oscuro. In particolare, è incerto a quali servitù essa si riferì, e incerte sono pure la *ratio* e la data della sua emanazione.

Non da ora, pertanto, su questi problemi si esercita copiosa la riflessione degli studiosi,²

¹ A parte D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ad ed.*), nessuna altra fonte la ricorda: secondo alcuni perché i compilatori giustiniani ne avrebbero soppresso la menzione nei testi classici una volta estesa alle servitù (e all'usufrutto) la *longi temporis praescriptio* [v. C. 7.33.12.4 (Iust., a. 531)], che ormai sostanzialmente equivaleva a un'usucapione; secondo altri, invece, perché gli stessi classici la avrebbero fatta cadere in oblio nella misura in cui a posteriori pervennero a giustificare l'inusucapibilità dei *iura praediorum* fondandosi sulla loro natura di *res incorporales* [v. D. 8.1.14 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*), nonché, implicitamente, Paul. Sent. 1.17.1; D. 41.1.43.1 (Gai 7 *ad ed. prov.*); D. 41.3.9 (Gai 4 *ad ed. prov.*), dove 'maxime' è sicuramente interpolato; D. 41.3.10.1 (Ulp. 16 *ad ed.*)]. Nel primo senso v. E. LEVY, *Usureceptio servitutis*, in *Studi Albertario*, II, Milano 1953, 221 (= *Gesammelte Schriften*, II, Köln-Graz 1963, 149, da cui le successive citazioni); C. ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia 'de usucapione servitutium'*, in RIDA 17, 1970, 329 s.; C. MÖLLER, *Die Servituten. Entwicklungsgeschichte, Funktion und Struktur der grundstückvermittelten Privatrechtsverhältnisse im römischen Recht. Mit einem Ausblick auf die Rezeptionsgeschichte und das BGB*, Göttingen 2010, 237 nt. 79; R. BASILE, 'Usus servitutis' e tutela interdittale, Padova 2012, 94 nt. 38; nell'altro B. BIONDI, *La categoria romana delle 'servitutes'*, Milano 1938, 662 s.; ID., *Le servitù prediali nel diritto romano (Corso di lezioni)*², Milano 1954, 37, 277, seguito da G. FRANCIOSI, 'Usucapio pro herede'. Contributo allo studio dell'antica 'hereditas', Napoli 1965, 174, ma le due spiegazioni, in fondo, potrebbero concorrere. Un'ipotesi più radicale avanzava G. HUGO, *Lehrbuch der Geschichte des Römischen Rechts, bis auf Justinian*, I¹¹, Berlin 1832, 534, 536 s. nt. 11, arrivando persino a dubitare della stessa attendibilità della notizia contenuta in D.41.3.4.28(29), che per quanto isolata, però, non vi è ragione di reputare non affidabile: dovremmo altrimenti pensare a un empio quanto inutile falso storico.

² V. per un primo orientamento la letteratura citata da G. FRANCIOSI, *Studi sulle servitù prediali*, Napoli 1967, 224 nt. 14, cui adde, almeno, R. YARON, *Reflections on 'usucapio'*, in RHD 35, 1967, 226 ss.; G. WESSENER, *Zur Frage der Erbsitzbarkeit des 'usufructus'*, in *Studi Grosso*, I, Torino 1968, 211 ss.; A. BURDESE, *Considerazioni sulla configurazione arcaica delle servitù. A proposito di taluni recenti studi*, in *Studi Grosso*, I, Torino 1968, 513 ss. (= *Miscellanea romanistica*, Madrid 1994, 163 s.); ID., v. 'Servitù prediali (dir. rom.)', in NNNDI 17, Torino 1970, 119 e nt. 3, 122 e ntt. 21-22; ID., *Le servitù prediali. Linee teoriche e questioni pratiche*, Padova 2007, 3; A. WATSON, *The Law of Property in the Later Roman Republic*, Oxford 1968, 15, 22 ss., 32, 164, 202; C. ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit., 329 ss.; ID., *Mélanges de droit romain*, in BIDR 81, 1978, 306 e nt. 7; D. PUGSLEY, *The Misinterpretation of the 'lex Atinia'*, in RIDA 17, 1970, 266 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà e la formazione dei 'iura praediorum' nell'età repubblicana*, II, Milano 1976, 437 ss.; ID., *La terra in Roma antica. Forme di proprietà e rapporti produttivi. I. (Età arcaica)*, Roma 1981, 147, 148 s., 165 nt. 31, 166 ntt. 36-37; ID., v. 'Proprietà (dir. rom.)', in Enc. dir. 37, Milano 1988, 182 (= *Scritti scelti*, I, Napoli 2010, 349); ID., *Ancora sulla 'lex Scribonia'*, in *Index* 22, 1994, 211 ss. (= *La 'lex Scribonia' e la usucapione delle 'res incorporales'*, in *Ai margini della proprietà fondiaria*³, Roma 1998, 107 ss. = *La 'lex Scribonia' e la usucapione delle 'res incorporales'*, in *Proprietà e diritti reali. Usi e tutela della proprietà fondiaria nel diritto roma-*

ma il dibattito resta aperto e sembra complicarsi di pari passo con il suo approfondirsi: «più si scava intorno alla *lex Scribonia* e dintorni e più il terreno appare scivoloso, e il discorso rischia di franare insieme ad esso».³

Nondimeno, non rinunciamo a fissare qui le idee che abbiamo maturato in argomento e sommessamente le proponiamo al lettore nel tentativo di far luce, ancora una volta, su una legge a tutt'oggi misteriosa.

2. Il primo problema da porre, anche in vista di una corretta impostazione delle altre questioni sopra accennate, concerne il campo di applicazione dell'antica *usucapio servitutium*.⁴

no, Roma 1999, 91 ss., da cui le successive citazioni); ID., *Alle origini di un divieto legislativo: la 'lex Scribonia', in Nozione formazione e interpretazione del diritto dall'età romana alle esperienze moderne. Ricerche dedicate al professor F. Gallo*, I, Napoli 1997, 79 ss.; ID., *Il deperimento di alcuni 'actus legitimi' e la nuova realtà dei diritti reali, tra Repubblica e Principato*, in *Proprietà e diritti reali*, cit., 158, 159, 161, 164, 171, 179; ID., *L'invenzione dei diritti reali in diritto romano*, in *Diritto romano e terzo millennio. Radici e prospettive dell'esperienza giuridica contemporanea* (Relazioni del convegno internazionale di diritto romano Copanello 3-7 giugno 2000), Napoli 2004, 262, 263 e nt. 12; B. ALBANESE, *Le situazioni possessorie nel diritto privato romano*, Palermo 1985, 112, 158; J.M. RAINER, *Nochmals zu den Gründen und der Datierung der 'Lex Scribonia'*, in ZSS 104, 1987, 631 ss.; C. GOMEZ RUIZ, *En torno a D. 8.2.6: sucinta reflexion sobre el 'non usus' y la 'usucapio libertatis'*, in *Estudios Iglesias*, III, Madrid 1988, 1377 e nt. 3; A. CORBINO, v. 'Servitù (dir. rom.)', in Enc. dir. 42, Milano 1990, 251 s.; ID., *La distinzione delle servitù in rustiche ed urbane nel diritto romano*, in *Scritti Falzea*, IV, Milano 1991, 217 e ntt. 10-11; L. VACCA, v. 'Usucapione (dir. rom.)', in Enc. dir. 45, Milano 1992, 998 nt. 32 (= *Appartenenza e circolazione dei beni. Modelli classici e giustinianei*, Padova 2006, 203 nt. 32, da cui in seguito citeremo); O. BEHREND, *Gesetz und Sprache. Das römische Gesetz unter dem Einfluss der hellenistischen Philosophie*, in *Nomos und Gesetz. Ursprünge und Wirkungen des griechischen Gesetzesdenkens*, Göttingen 1995, 216 e nt. 161; ID., *Die lebendige Natur eines Baumes und die menschliche Struktur eines Bauwerks. Eine dualistische Entscheidungsbe-gründung aus dem vorklassischen Servitutenrecht und ihre theoretische Begründung nebst dem klassischen Gegen-bild*, in *Festschrift Wolf*, Berlin 2000, 34 ss.; R. LA ROSA, *Usufrutto servitù prediali e proprietà. Analisi strutturale e contenutistica nella riflessione giurisprudenziale romana*, Catania 1996, 117 ss.; ID., *Nota minima su D. 8.3.30*, in *Studi Labruna*, IV, Napoli 2007, 2772 ss.; ID., 'Usus fructus'. *Modelli di riferimento e sollecitazioni concrete nella costruzione giuridica*, Napoli 2008, 164 ss.; G. NICOSIA, *Il possesso. I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*, Catania 1997, 81 s. (= *L' 'usus' regolato dalle XII Tavole e le sue sopravvivenze tracce*, in *Silloge*, II, Catania 1998, 751 ss. = *Il possesso. I. Dalle lezioni del corso di diritto romano 1995-1996*, Catania 2008, 80 ss., da cui in seguito citeremo); ID., *Iuris consultorum acutae ineptiae*, in *Studi Martini*, II, Milano 2009, 872 s.; ID., 'Paries' e 'stillicidium' in *Cic.*, top. 5.27, in *Studi Metro*, IV, Milano 2010, 399 nt. 11; M. BRETONE, *I fondamenti del diritto romano. Le cose e la natura*, Roma-Bari 1998, 193 s., 275 s.; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres por el transcurso del tiempo. Derecho romano, derecho germánico, tradición romanística y furs de Valencia*, Castelló de la Plana 2002, 65 ss., 198; F. TUCCILLO, *Note minime sulla 'lex Scribonia'*, in *Histoire, Espaces et Marges de l'Antiquité*, IV, Besançon 2005, 131 ss.; EAD., *L' 'iter culturas accedentium' e le servitù di passaggio: ancora su Grom. vet. 126.3-8 L.*, in *Index* 35, 2007, 129, 134 s., 139; EAD., *Studi su costituzione ed estinzione delle servitù nel diritto romano. 'Usus', 'scientia', 'patientia'*, Napoli 2009, 1 ss., 59 ss., 116, 183 s., 254 ss.; F. ZUCCOTTI, *Le servitù prediali nel mondo antico: dogmatica romanistica e prospettive storico-comparatistiche*, in *Studi Martini*, III, Milano 2009, 1024; ID., *Sulla tutela processuale delle servitù cosiddette pretorie*, in *Atti del Convegno 'Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico'* in memoria di A. Biscardi. Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 dicembre 2001, (*on line all'indirizzo <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/>*), 332 s. nt. 66; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 235 ss.; A. TORRENT, *Servidumbres a favor o a cargo de edificios futuros. Paul. 15 ad ed. D.8.6.18.2*, in *TSDP* 5, 2012, 10, 11, 13 ss.

³ Così L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Alle origini di un divieto*, cit., 86.

⁴ Di 'usus' anziché di 'usucapio' servitutis (o servitutium) preferisce discorrere G. NICOSIA, *Il possesso*. I²,

Le posizioni della dottrina, sul punto, sono le più disparate: c'è chi pensa che a essere usucapibili, prima della *lex Scribonia*, fossero soltanto le servitù rustiche,⁵ o ancor più limitatamente solo quelle di passaggio e acquedotto, ritenute comunemente le più antiche,⁶ chi

cit., 80 ss., ID., *Iuris consultorum*, cit., 873, seguito da R. LA ROSA, *Nota minima*, cit., 2774 nt. 20; ID., '*Usus fructus*', cit., spec. 169, nel convincimento più volte espresso (v. per tutti, ultimamente, ID., *Iuris consultorum*, cit., spec. 865 ss.) che *usus* e *usucapio* sarebbero stati istituiti aventi presupposti, campi di applicazione ed effetti diversi: l'*usus*, già regolato dalle XII Tavole, si sarebbe fondato sull'*usus* medesimo, inteso come esercizio in concreto di un potere su entità di varia natura (beni mobili e immobili, *hereditas*, donna, servitù), e avrebbe così potuto condurre, a seconda dell'oggetto, all'acquisto di un'ampia gamma di situazioni giuridiche (proprietà, *status* di erede, *manus*, *iura praediorum*); mentre l'*usucapio*, di creazione più recente, si sarebbe fondata sulla *possessio*, corrispondente all'esercizio della sola proprietà, e avrebbe costituito esclusivamente, di conseguenza, un modo di acquisto del *dominium*. Come già altrove abbiamo rilevato (G. D'ANGELO, *XII Tab. 6.3 nelle testimonianze di Cicerone*, in SCDR 23-24, 2010-2011, 252 nt. 39), tuttavia, una siffatta impostazione non ci persuade laddove si rappresenta l'*usus* decemvirale alla stregua di un 'meccanismo acquisitivo' e se ne fa in tal modo il prototipo della più tarda *usucapio*, la quale trasse invece la sua origine, a parer nostro, dall'istituto dell'*usus auctoritas*: locuzione in cui '*usus*' denota secondo noi il semplice fatto materiale dell'utilizzo di un oggetto (per tutto ciò v. sempre G. D'ANGELO, *XII Tab. 6.3*, cit., spec. 250 ss., 272 ss.). Così, per chiarire in sintesi il nostro pensiero, che in questa sede non possiamo svolgere compiutamente, noi non contrapporremmo *usus* e *usucapio* come due fenomeni distinti, ma diremmo semplicemente che l'*usucapio* più antica, fondata sull'*usus*, e non sulla *possessio* (in cui l'*usus* in seguito restò assorbito), ebbe un campo di applicazione più vasto di quello dell'*usucapione* di età progredita. Il che in definitiva non ci fa apparire inessato parlare di '*usucapio servitutis* (o *servitutium*)'; e ciò del resto in conformità al modo di esprimersi dello stesso Paolo in D. 41.3.4.28(29): ... *eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutum constituebat* rell.

⁵ V. gli autori citati da C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VII, tr. it. e note (in lettere) a cura di F. SERAFINI, Milano s. d., 87 nt. 94, nonché S. PEROZZI, *Problemi di origini*, in *Studi di diritto romano, di diritto moderno e di storia del diritto, pubblicati in onore di V. Scialoja nel XXV anniversario del suo insegnamento*, II, Milano 1905, 208, 216 (= *Scritti giuridici*, III, Milano 1948, 544, 551); ID., *Istituzioni di diritto romano*, I², Roma 1928, 650 nnt. 1 e 5, 651 nt. 1, 769; E. COSTA, *Storia del diritto romano privato dalle origini alle compilazioni giustiniane*, Torino 1911, 260; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, Napoli 1932, 66; ID., *Requisiti e modi di costituzione delle servitù prediali*, Napoli 1947, 108 nt. 69; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*. III. *Diritti reali*, Roma 1933, rist. Milano 1972, 143; ID., *Istituzioni di diritto romano*¹⁰, Torino 1946, rist. Milano 1987, 278 s.; F. DE ZULUETA, *The Institutes of Gaius*, II, Oxford 1953, 63 e nt. 2; F. DE VISSCHER, *Individualismo ed evoluzione della proprietà*, in SDHI 23, 1957, 30; ID., *De la défense d'usucaper les choses volées*, in RIDA 5, 1958, 474, 475 (= *Etudes de droit romain public et privé*, Milano 1966, che non abbiamo potuto vedere); A. WATSON, *Roman Private Law around 200 BC*, Edinburgh 1971, 63 e nt. 7 (ma ammettendo poi – *ibid.*, 82 – che anche le servitù urbane potevano usucapirsi, come lo stesso Watson parrebbe non escludere in *The Law of Property*, cit., 23 s.); R. VILLERS, *Rome et le droit privé*, Paris 1977, 296, 304 s.

⁶ Cfr. R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium' et de la distinction juridique des 'res' en 'corporales' et 'incorporales'*, in *Studi Solazzi*, Napoli 1948, 367; E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 347, 412; W.W. BUCKLAND, *A Text-Book of Roman Law from Augustus to Justinian*³, Cambridge 1963, 265 nt. 1, 268; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 223 s.; ID., *Corso istituzionale di diritto romano*⁴, Torino 2011, 298; A. BURDESE, v. '*Servitù prediali?*', cit., 119, 122; ID., *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993, rist. Torino 2006, 310, 355; ID., *Le servitù prediali*, cit., 3; J.A.C. THOMAS, *Textbook of Roman Law*, Amsterdam-New York-Oxford 1976, 126, 197; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 452 ss.; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., spec. 124 s.; ID., *Alle origini di un divieto*, cit., spec. 84; ID., *L'invenzione*, cit., 263 nt. 12; A. D'ORS, *Derecho privado romano*⁶, Pamplona 1986, 253; J. M. RAINER, *Nochmals*, cit., 634 ss. (che più di recente, tuttavia, ha rivisto la sua opinione: v. *infra*, nt. 8); G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 136, 446, 481 s.; J. IGLESIAS, *Derecho romano. Historia*

invece solo le servitù urbane;⁷ chi infine sia le servitù rustiche (o quanto meno i *iura itinerum e aquarum*), sia le servitù urbane.⁸

Ora, di queste opinioni, è l'ultima che merita a nostro avviso di essere accolta.⁹ Vediamo

e *instituciones*¹¹, Barcelona 1993, 300; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*³, Palermo 2006, 358, che eccettua però la *servitus viae* in adesione – come sembra (*ibid.*, 354 nt. 172) – a una nota tesi di Corbino (v. *infra*, nt. 19); R. LA ROSA, *Nota minima*, cit., 2775 nt. 20; ID., 'Usus fructus', cit., spec. 177, 209, 214 s., 216, che esclude anch'egli la *via*; M.J. GARCÍA GARRIDO, *Derecho privado romano. I. Instituciones*¹⁵, Madrid 2007, 196; A. TORRENT, *Servidumbres*, cit., 15 ss.

⁷ Così la maggior parte degli studiosi più antichi: v. gli autori citati da K.A. VON VANGEROW, *Lehrbuch der Pandekten*, I⁷, Marburg-Leipzig 1865, 761 s., e da A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù nel diritto romano*, estr. da AG 38.1-2, 1887, 5 e ntt. 1-2, in aggiunta ai quali v. pure, almeno, R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, Marburg 1856, 651 ss., il quale, come già C.J.G. WIRTH, *Die 'libertatis usucapio'*, Erlangen 1854, 10, 14, pensava in particolare a quelle servitù «welche sich durch bauliche, mit dem herrschenden Grundstück in Zusammenhang stehende Vorrichtungen, körperlich darstellen» (p. 651); e più di recente A. CORBINO, v. 'Servitù (dir. rom.)', cit., 251 s.; ID., *La distinzione*, cit., 217 nt. 11, ultimamente più cauto, tuttavia, in ID., *Diritto privato romano. Contesti Fondamenti Discipline*², Padova 2012, 586.

⁸ Cfr., ad esempio, G. PADELLETTI-P. COGLIOLO, *Storia del diritto romano*², Firenze 1886, 232, 236; A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 5 ss.; C. ARNÒ, *Della distinzione tra servitù rustiche ed urbane. Contributo alla teoria delle servitù prediali*, Torino 1895, 232 ss.; C.F. GLÜCK, *Commentario*, VII, cit., 88, 90 s., con riferimenti, *ibid.*, 88 e ntt. 97-99, 90 s. e nt. 13, alla più antica dottrina; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, Leipzig 1901, 545; H. DERNBURG, *Pandette*, I.2⁶, tr. it. a cura di F. B. CICALA, Torino 1907, 362 nt. 2; G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano. Le servitù prediali*, I, Modena 1931-1932, 87 (ma più incerto a p. 204); ID., *Sulla genesi storica dell'estinzione delle servitù per 'non usus' e della 'usucapio libertatis'*, in *Il Foro italiano* 62.4, 1937, 269 s., 273 s. (= *Scritti storico giuridici*, II, Torino 2001, 232 s., 234, 239 ss., da cui le successive citazioni); ID., *Osservazioni di un romanista in margine al regime delle servitù nel nuovo codice civile*, in *Scritti Ferrini*, II, Milano 1947, 92 (= *Scritti*, II, cit., 464, da cui le successive citazioni); ID., *Le servitù prediali nel diritto romano*, Torino 1969, 189 e nt. 5, 244 ss.; ID., *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano*, Torino 1970, 271; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica di Roma alla giurisprudenza classica: lo sviluppo e la elaborazione dei diritti limitati sulle cose*, in *ANRW* 1.2, 1972, 153 (= *Scritti*, II, cit., 738, da cui le successive citazioni); A. CARCATERRA, 'Possessio'. *Ricerche di storia e di dommatica*, Roma 1938, rist. Roma 1967, 116 s.; B. BIONDI, *Le servitù prediali*², cit., 276, 285; C.ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit., 330 ss., 343; TH. MAYER-MALY, in H. HONSELL-TH. MAYER-MALY-W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin-Heidelberg-New York-London-Paris-Tokio 1987, 541 s.; F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 131 s., 135, 139, 143 s.; EAD., 'L'iter culturas accedentium', cit., 134 nt. 42; EAD., *Studi*, cit., 39 ss., 61, 73 ss., 254; EAD., *Qualche osservazione in tema di servitù prediali*, in *AG* 230.1, 2010, 87 s.; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011, 294, 325; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 242, 243; J.M. RAINER, *Rec.* a F. TUCCILLO, ID., in *SDHI* 78, 2012, 691 s. Per A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 11 ss., 88, e C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VII, cit., 91, anzi, sarebbero state usucapibili in antico anche le servitù c.dd. personali; ma a ragione – riteniamo – questa idea, benché ripresa pure da altri con particolare riguardo all'usufrutto (citazioni in R. LA ROSA, *Usus fructus*, cit., 138 nt. 15), è stata nettamente rigettata dalla prevalente dottrina: v., fra tanti, B. ALBANESE, *La successione ereditaria in diritto romano antico*, estr. da *AUPA* 20, 1949, 261 nt. 1; ID., *Le situazioni possessorie*, cit., 158; G. GROSSO, *Usufrutto e figure affini nel diritto romano*², Torino 1958, 343 s.; M. BREONE, *La nozione romana di usufrutto. I. Dalle origini a Diocleziano*, Napoli 1962, 51; C.A. CANNATA, v. 'Possesso (dir. rom.)', in *NNDI* 13, Torino 1966, 329; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 7, 223; G. PUGLIESE, v. 'Usufrutto (dir. rom.)', in *NNDI* 20, Torino 1975, 325; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 453 e nt. 14; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., 124 s.; R. LA ROSA, 'Usus fructus', cit., 138, 215 s.

⁹ Tale parere avevamo già fuggacemente espresso in *XII Tab.* 6.3, cit., 270 nt. 88 (incombe in una svista R. BASILE, 'Usus servitutis', cit., 88 nt. 26, che ci annovera fra gli autori citati *supra*, nt. 7). Sulla scia di C. ARNÒ, *Della distinzione*, cit., 232 ss., tuttavia, non escludevamo allora (v. anche *ibid.*, 271 nt. 89) la possibilità che

di giustificarla schematizzando qui di seguito le nostre osservazioni.

a) Leggiamo anzitutto

D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ad ed.*): *Libertatem servitutium usucapi posse verius est, quia eam usucapionem sustulit lex Scribonia, quae servitutem constituebat, non etiam eam, quae libertatem praestat sublata servitute* rel.¹⁰

Come si vede, Paolo accenna qui all'*usucapio* abolita dalla *lex Scribonia* in termini assolutamente generici (*e a m u s u c a p i o n e m s u s t u l i t l e x S c r i b o n i a, q u a e s e r v i t u t e m c o n s t i t u e b a t*),¹¹ senza circoscriverne l'oggetto a particolari classi o figure di *iura praediorum*, bensì individuandolo – come sembra indicare l'impiego di '*servitus*' al singolare – nella condizione di asservimento di un fondo a un altro fondo in qualunque modo – si direbbe – posta in essere: a prescindere, quindi, dalla circostanza che tale condizione scaturisse dall'imposizione di una servitù rustica o urbana.

b) Secondo un'opinione largamente diffusa,¹² le più antiche servitù rustiche (*iter, actus, via, aquae ductus*) si immedesimavano in origine con la stessa porzione di terreno su cui si esercitavano; porzione a cui il titolare si ritiene estendesse il suo dominio – a titolo esclusivo o in concorso con il proprietario del fondo servente – come a una sorta di propaggine del proprio fondo.

Ebbene, ove si acceda a tale ricostruzione, che reputiamo fondata nel suo nucleo essenziale,¹³ sarebbe difficile negare che le servitù in questione dovevano costituirsi con gli stessi modi con cui si acquistava la proprietà di beni corporali, in particolare dei *fundi*; e dunque, per quanto ci interessa, anche mediante l'*usucapione*.¹⁴

solo l'*usucapione* delle servitù urbane fosse stata abolita dalla *lex Scribonia* e che quella delle servitù rustiche, per converso, fosse venuta meno a prescindere dall'intervento di tale legge; prospettiva che ora – *melius re perpensa* – ci pare contraddetta dal tenore di D. 41.3.4.28(29) (Paul. 54 *ad ed.*), da cui si evince che la *lex Scribonia* dovette in effetti riguardare tanto i *iura praediorum urbanorum* quanto i *iura praediorum rusticorum* (v. appresso nel testo, lett. a).

¹⁰ Se si prescinde dall'isolata posizione di G. HUGO, *Lehrbuch*, I¹¹, cit., 534, 536 s. nt. 11, cui si è fatto cenno *supra*, nt. 1, il passo, per la parte che abbiamo trascritto, e che soltanto ci interessa, è immune da sospetti: solo per errore l'*Index itp. ad h.l.* – come già esattamente segnalava G. FRANCIOSI, '*Usucapio pro herede*', cit., 171 nt. 112 – attribuisce a S. PEROZZI, *Istituzioni*, I², cit., 769 nt. 4, l'opinione *tranchant* che il brano, «di incerta interpretazione», non darebbe «in ogni caso diritto romano»; giudizio che Perozzi riferiva a Paul. Sent. 1.17.2.

¹¹ Per questo rilievo v. già A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 5, 9, 76, con cui concorda F. TUCILLO, *Note minime*, cit., 143; EAD., *Studi*, cit., 73.

¹² Per un quadro di riferimento v. A. CORBINO, *Ricerche sulla configurazione originaria delle servitù*, I, Milano 1981, 5 ss., e in sintesi ID., v. '*Servitù (dir. rom.)*', cit., 243, cui adde M.F. CURSI, '*Modus servitutis*'. *Il ruolo dell'autonomia privata nella costruzione del sistema tipico delle servitù prediali*, Napoli 1999, 39 ss., e C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 25 ss.

¹³ Criticamente, comunque, v. gli autori da noi citati in *Un'ipotesi sull'origine del 'non usus'*, in AUPA 55, 2012, 309 nt. 55.

¹⁴ In tal senso, fra molti altri, v. anche P.F. GIRARD, *Manuale elementare di diritto romano*⁴, tr. it. a cura di C. LONGO, Milano 1909, 383 e nt. 5; P. HUVELIN, *Cours élémentaire de droit romain*, I, Paris 1927, 568; R. MONIER, *Manuel élémentaire de droit romain*, I, Paris 1935, 523 s.; C.ST. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*,

Ma c'è di più. Anche sul piano della documentazione positiva una prova irrefutabile dell'antica usucapibilità dei *iura itinerum* e *aquarum* ci sembra offerta da

Cic., *pro Caec.* 26. 74: ... *Aquae ductus, haustus, iter, actus a patre, sed rata auctoritas harum rerum omnium ab iure ciuili sumitur.*¹⁵

Non staremo a riprendere l'annosa discussione su questo brano, che altrove abbiamo già ampiamente analizzato.¹⁶ Ribadiamo solo che il termine *auctoritas*, che ha dato luogo a infinite dispute,¹⁷ non può che alludere a nostro avviso all'usucapione se si esamina il passo – come molti omettono di fare – nel più ampio contesto in cui esso si inserisce (*pro Caec.*, 26.73-75).¹⁸

In questa sede, piuttosto, va notato che fra le servitù menzionate da Cicerone, mentre non figura la *via*,¹⁹ compare anche l'*aquae haustus*; il che rende più complesso il problema dell'estensione dell'*usucapio servitutum*. In particolare, secondo noi, si apre a questo punto una duplice possibilità: 1) o ammettere che pure la *servitus aquae hauriendae*, al pari dei *iura*

cit., 331; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 15.

¹⁵ Ed. A. BOULANGER, *Cicéron. Discours*, VII³, Paris 1961, 123. Assai più ambigua, invece, ci pare la testimonianza di Cic., *ad Att.* 15.26.4: *M. Aelium cura liberabis: me paucos specus in extremo fundo et eos quidem subterraneos servitutis putasse aliquid habituros; id me iam [iam] nolle nequi mihi <quic>quam esse tanti rell.* (ed. D.R. SHACKLETON BAILEY, *Cicero's Letters to Atticus*, VI, Cambridge 1967, 128). In particolare, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I², Bologna 1927, 135 e nt. 2, sulla cui scia v. pure B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 246 nt. 2; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit., 72; F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 81 s., invocava tale passo a conferma dell'usucapione di una servitù avente per contenuto lo scarico di acqua piovana su un fondo altrui, per mezzo di *specus* sotterranei, oltre il limite derivante dalla *natura loci*; ma è dubbio che Cicerone, con le parole '*servitutis putasse aliquid habituros*', alludesse a una servitù propriamente detta: *contra*, ad esempio, v. già W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858, 320 nt. 1, nonché B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., 670; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 214 nt. 134, e ultimamente R. LA ROSA, '*Usus fructus*', cit., 181 nt. 127, secondo cui il testo farebbe riferimento «all'interpretazione (*putasse*) di una clausola negoziale (*lex privata*) relativa a canali d'adduzione d'acqua sotterranei». Critico nei confronti di Costa anche G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 324 nt. 6 bis.

¹⁶ V.G. D'ANGELO, *XII Tab.* 6.3, cit., 266 ss.

¹⁷ V. la letteratura a cui rinviamo in *XII Tab.* 6.3, cit., 266 nt. 76, e ancora, di recente, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., spec. 79 ss., e C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 101 ss.

¹⁸ Nello squarcio a cui alludiamo Cicerone tesse un appassionato elogio del *ius civile* (assunto nel senso del diritto complessivo della comunità cittadina: cfr. per tutti, sul punto, E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I², Bologna 1927, 22 s. nt. 3), facendo dipendere da esso non già una generica sanzione dei diritti dei privati, come vorrebbe un'interpretazione pure autorevolmente sostenuta (citazioni in G. D'ANGELO, *XII Tab.* 6.3, cit., 267 nt. 79), bensì una specifica garanzia, per mezzo dell'*usucapio*, del pacifico esercizio del *dominium*; sicché su questo sfondo, del quale è parte integrante, va inteso il riferimento alla *rata auctoritas* dei *iura praediorum* menzionati alla fine del § 74.

¹⁹ Su ciò, fra l'altro, facendo leva A. CORBINO, *Ricerche*, I, cit., 170 e nt. 1, ha ipotizzato (v. spec. 170 ss.) un'origine tarda, postclassica o più probabilmente giustiniana, della *servitus viae* [v. anche ID., *Le 'viae' della legislazione decemvirale*, in *Labeo* 29, 1983, 320 ss.; ID., *Excusationes Corbini*, in *IURA* 32, 1981, 134 ss.; ID., v. '*Servitù (dir. rom.)*', cit., 245; ID., *La distinzione*, cit., 221 nt. 20]. *Contra*, però, v. gli studiosi a cui rinviamo in *Un'ipotesi*, cit., 300 s. nt. 24.

itinerum e dell'*aquae ductus*, fu concepita al suo sorgere in termini 'proprietary',²⁰ sì da poter essere usucapita, come ogni altra *res* corporale, in quanto suscettibile di possesso; 2) ovvero supporre che l'*usucapio servitutium*, inizialmente circoscritta alle quattro figure più antiche (*iter*, *actus*, *via*, *aquae ductus*) sul presupposto del loro carattere materialistico, sia stata estesa più tardi all'*aquae haustus* e ad altre servitù rustiche eventualmente già riconosciute prima della *lex Scribonia*²¹ nonostante questi tipi più recenti²² siano sorti direttamente come *iura in re aliena*.²³

La prima ipotesi è in astratto la più logica; ma anche la seconda non ci sembra improponibile – pure a prescindere da altre possibili spiegazioni²⁴ – ove si tenga conto che i Romani, una volta qualificata una data servitù come rustica o urbana, la assoggettavano al regime proprio della categoria a cui essa veniva ascritta quand'anche questo, a rigore, non vi si adattasse:²⁵ cosa che tanto più nella specie poteva apparire opportuna per i notevoli vantaggi pratici derivanti dall'usucapione quale strumento di sanatoria di atti costitutivi invalidi, nonché, e forse ancor più, quale mezzo di prova di servitù pur regolarmente costituite.²⁶ Senza poi considerare che dalla nuova concezione delle servitù quali *res incorporales* poterono anche non essere tratte d'un colpo tutte le conseguenze a noi note, come quella, sicura per

²⁰ Di questo avviso era M. VOIGT, *Ueber den Bestand und die historische Entwicklung der Servituten und Servitutenklagen während der römischen Republik*. Separatabdruck aus den Berichten der philol.-hist. Klasse der Königl. sächs. Gesellschaft der Wissenschaften, 1874, 13 ss., 20, 35 s., sulla cui scia v. pure P. HUVELIN, *Cours*, I, cit., 553; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 246 s.; M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 27 nt. 16, 30 nt. 24; F. GALLO, *Interpretazione e formazione consuetudinaria del diritto*, Torino 1971, 109; M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 456 s.; ID., *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001, 235, 240; G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni*³, cit., 476; L. VACCA, v. 'Usucapione (dir. rom.)', cit., 202 s. *Contra*, invece, G. GROSSO, *Sulla servitù di 'aquae haustus'*, in BIDR 40, 1932, 420 ss. (= *Scritti*, II, cit., 20 ss.); ID., *La genesi delle servitù nel quadro delle prospettive dei problemi di origine*, in BIDR 70, 1967, 111 s. (= *Scritti*, II, cit., 688 s.); ID., *Le servitù prediali*, cit., 27 ss., 190 nt. 7. Dubbioso G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 42 ss., 57 s., 71 s.

²¹ Posto che tale legge, come vedremo *infra*, § 4, non fu anteriore secondo noi all'ultima età repubblicana, si potrebbe pensare ad esempio alla *servitus pecoris ad aquam adpellendi* (o *adpulsus*), sicuramente già nota a Trebazio [v. D.43.20.1.18 (Ulp. 70 *ad ed.*)].

²² Come è pacifico, quanto meno, per le figure diverse dall'*aquae haustus*: v. ad esempio G. GROSSO, *Lezioni di diritto romano*, I, cit., 61; G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., 71 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 387 s.; G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni*³, cit., 477.

²³ Per uno spunto in tal senso, con specifico riguardo all'*aquae haustus*, v. G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 190 nt. 7, il quale non escludeva che l'usucapibilità di detta figura – a suo avviso comunque non desumibile da Cic., *pro Caec.* 26.74 (v. anche le pp. 29 e nt. 7, 189, 334 nt. 6 bis) – avrebbe potuto imporsi nella prassi in forza delle modalità con cui si attuava l'*usucapio* delle più antiche servitù (v. su quest'ultimo punto le pp. 18 e 189 s.); modalità per cui in definitiva si sarebbe posto l'accento non tanto sul requisito del possesso, di cui la *servitus aquae hauriendae*, in quanto *res incorporalis*, non sarebbe stata suscettibile, quanto piuttosto sul concreto compimento dell'attività corrispondente alla servitù esercitata (nella specie, l'attingere acqua da un *fons*).

²⁴ Pensiamo all'ipotesi avanzata da Grosso per l'*aquae haustus*, già riferita nella precedente nota.

²⁵ V. sul punto C. ARNO, *Della distinzione*, cit., 93, 235 nt. 2, 241, 244.

²⁶ Specificamente, a quest'ultima funzione dell'*usucapio* si riferisce secondo noi Cicerone, con le parole *rata auctoritas*, in *pro Caec.* 26.74: v. sempre quanto abbiamo osservato in *XII Tab.* 6.3, cit., 266 ss.

diritto classico, della non usucapibilità.²⁷

c) Infine, che anche le servitù urbane fossero usucapibili prima della *lex Scribonia* ci pare assai probabile per l'esistenza dell'istituto dell'*usucapio libertatis*, figura specularmente simmetrica, per tali diritti, a quella dell'*usucapio servitutum*: come era possibile possedere un fondo quale libero dalla servitù che lo gravava e usucapirne così la proprietà piena dopo il protrarsi di un siffatto possesso per due anni,²⁸ allo stesso modo – riteniamo – dovette ammettersi inversamente la possibilità di possedere un fondo come di fatto dominante rispetto a un altro e usucapirlo in questa condizione perdurando essa per un biennio.²⁹ Il che equivaleva in sostanza a usucapire una servitù.³⁰

²⁷ Si vedano in proposito i testi già citati *supra*, nt. 1.

²⁸ Che l'*usucapio libertatis* si compisse in due anni non è espressamente attestato in alcuna fonte, ma tanto si può inferire dal termine biennale dell'istituto parallelo del *non usus* [v. Paul. Sent. 1.17.1-2 e C. 3.34.13 (Iust., a. 531)]; termine che pure valeva secondo i più per l'*usucapio servitutum*: v. per tutti, sul punto, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 13 ss., con citazione, *ibid.*, 13 s. nt. 40, di altra letteratura.

²⁹ Per questa idea, cui offrono spunto alcune fonti [v. 8.2.20 pr. (Paul. 15 *ad Sab.*); D. 8.2.32.1 (Iul. 7 *dig.*); D. 41.3.10.1 (Ulp. 16 *ad ed.*)], cfr. già, ripetutamente, G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 239 ss.; ID., *Osservazioni di un romanista*, cit., 464; ID., Rec. a G. FRANCIOSI, *Studi*, cit., in IURA 19.1, 1968, 160 (= *Scritti storico giuridici*, IV, Torino 2001, 651); ID., *Le servitù prediali*, cit., 189, 245 s.; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 271; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 738, seguito da molti altri: v. A. CARCATERRA, 'Possessio', cit., 116 s.; G. BRANCA, *Non uso e prescrizione*, in *Scritti Ferrini*, I, Milano 1947, 175; S. SOLAZZI, *Specie ed estinzione delle servitù prediali*, Napoli 1948, 164; A. CORBINO, v. 'Servitù (dir. rom.)', cit., 251; ID., *Diritto privato romano*², cit., 586; F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 132; EAD., *Qualche osservazione*, cit., 88. Scettico, invece, L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 459 s.; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., 124 s.; ID., *Alle origini di un divieto legislativo*, cit., 85 s., 88 ss. Segnatamente, questi avanza il dubbio che l'idea del possesso di un edificio in uno stato corrispondente al godimento della libera proprietà o, viceversa, all'esercizio di una servitù a carico di un immobile vicino potrebbe risalire solo alla tarda età classica, quando ormai la *lex Scribonia* era già stata sicuramente emanata. Né comunque secondo il Capogrossi (con cui concorda sul punto R. LA ROSA, 'Usus fructus', cit., 174 s.), le servitù urbane non estrinsecantesi in opere evidenti avrebbero potuto usucapirsi nel modo ipotizzato dal Grosso per difetto di una 'visibilità' del loro esercizio. Senonché, l'*usucapio libertatis* – ci sembra anzitutto di poter replicare – era già nota a Quinto Mucio Scevola [v. D. 8.2.7 (Pomp. 26 *ad Q. M.*)]; il che consente di ipotizzare che in antico, per i *iura* in questione, potesse altresì aver luogo un'*usucapio servitutum*. Inoltre, non vediamo neppure perché una siffatta *usucapio* non potesse di per sé configurarsi con riguardo a servitù non apparenti. Certo, su un piano di mera opportunità, poteva apparire iniquo che in tali casi un'usucapione venisse a compiersi senza che il proprietario del fondo servente, per mancanza di segni che la rendessero riconoscibile all'esterno, fosse posto nelle condizioni di impedirla; ma è questa un'altra questione, a cui proprio la *lex Scribonia* – come vedremo – intese secondo noi porre rimedio.

³⁰ Può superarsi in tal modo l'obiezione di L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 453, seguito da J.M. RAINER, *Nochmals*, cit., 634 s., che un'usucapione delle servitù urbane non sarebbe verosimile per il fatto che queste, come sembra, sorsero direttamente nella forma di *iura* (v. per tutti, sul punto, lo stesso Capogrossi, *ibid.*, 271 ss., 451 ss.). Se un'*usucapio* dei *iura praediorum urbanorum*, infatti, non era solo che il risultato – come pensiamo – di un'usucapione del fondo stesso in quanto posseduto in una data posizione di vantaggio rispetto a un fondo vicino, è chiaro che a essa non poteva essere di ostacolo l'incorporeità di tali diritti; come pure non stringente, a fronte della suddetta premessa, ci sembra un'ulteriore obiezione di R. BASILE, 'Usus servitutis', cit., spec. 87 s., 90, 104, convinto che la maggior parte delle servitù urbane, in quanto a struttura negativa, sarebbero rimaste sottratte all'usucapione per l'impossibilità di concepire un loro esercizio: esercizio invece attuantesi, secondo l'impostazione a cui aderiamo, con il possesso medesimo

Come osservava acutamente il Grosso,³¹ insomma, *usucapio libertatis* e *usucapio servitutium*, per i *iura praediorum urbanorum*, appaiono inscindibilmente «due aspetti di quello stesso fenomeno» concretantesi nell'«usucapione dell'edificio in quella data qualifica e configurazione materiale, che urtava la sfera giuridica altrui».

3. Determinato così l'oggetto dell'*usucapio servitutium* dobbiamo ora interrogarci sulle ragioni per cui essa fu abolita dalla *lex Scribonia*: nodo, questo, su cui principalmente si concentra l'interesse della dottrina.

Specie in passato molti studiosi, volgendo soprattutto ai *iura praediorum rusticorum*, hanno posto in rapporto l'emanazione della nostra legge con l'affermarsi della concezione delle servitù quali *res incorporales*. Questo nesso, fondamentalmente, è stato precisato in due sensi. Ora si è pensato che la *lex Scribonia* avesse tratto dalla suddetta concezione la logica conseguenza della sopravvenuta inidoneità dei *iura praediorum* a essere posseduti, e dunque anche a essere usucapiti;³² ora invece, in una prospettiva più duttile e articolata, si è supposto che la nuova configurazione giuridica delle servitù avesse inizialmente sollevato dubbi per la vischiosità degli antichi schemi proprietari: dubbi a cui si ritiene che un intervento legislativo avesse posto autoritativamente fine, in adesione alle vedute più recenti, con l'escludere l'usucapibilità dei diritti in questione.³³

In entrambe queste versioni, tuttavia, tale orientamento ha prestato il fianco a critiche

del fondo in una condizione corrispondente al contenuto di una servitù attiva. Né infine sotto altro profilo, data l'eterogeneità dei *iura praediorum urbanorum* rispetto all'usufrutto, daremmo peso alla circostanza – addotta ancora dal Capogrossi (*ibid.*, 453) – che quest'ultimo, con ogni probabilità, non fu in antico usucapibile.

³¹ G. GROSSO, *Sulla genesi storica*, cit., 241; ID., *Le servitù prediali*, cit., 246.

³² Così, ad esempio, P. COGLIOLO, in G. PADELLETTI-P. COGLIOLO, *Storia*², cit., 237 nt. h; É. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I, Paris 1891, 273; P. HUVELIN, *Cours*, I, cit., 569; S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., 66; ID., *Requisiti*, cit., 5, 107 s.; B. BIONDI, *La categoria romana*, cit., 662 s.; ID., *Le servitù prediali*², cit., 37, 277, che assegnava altresì alla *lex Scribonia* lo scopo di favorire la libertà dei fondi (*ibid.*, 312, 313); F. BOZZA, *L'usucapio nell'epoca preclassica*, Napoli 1951, 5 s., 15; G. GROSSO, *Usufrutto*², cit., 343, che esprime altrove un pensiero più complesso (v. la successiva nota); F. GALLO, Rec. a M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., in BIDR 66, 1963, 201; A. BURDESE, v. 'Servitù prediali (dir. rom.)', cit., 122; ID., *Manuale*⁴, cit., 355; F. FABBRINI, v. 'Usucapione (dir. rom.)', in NNDI 20, Torino 1975, 285 nt. 6; R. VILLERS, *Rome*, cit., 296; M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 358 s.; A. TORRENT, *Servidumbres*, cit., 10, 18.

³³ In questo ordine di idee, con varie sfumature, R. MONIER, *La date d'apparition du 'dominium'*, cit., 373; B. ALBANESE, *La successione ereditaria*, cit., 247 s., 268; G. WESENER, *Zur Frage*, cit., 213 s.; ID., Rec. a G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., in ZSS 88, 1971, 439 (ultimamente, comunque, più cauto: v. ID., Rec. a C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., in IURA 59, 2011, 386 s.); O. BEHREND, *Gesetz*, cit., 216 e nt. 161 (che ha in seguito, però, ha mutato avviso: v. ID., *Die lebendige Natur eines Baumes*, cit., 34 nt. 54); J.M. RAINER, *Nochmals zu den Gründen*, cit., 637 s. (ma diversamente in ID., Rec. a F. TUCCILLO, cit., 691 s.); G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*⁴, Torino 2011, 298 (altrove diversamente orientato: v. *infra*, nt. 42). In una prospettiva ancora diversa G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., xvi, 18, 189, 220; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 271; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 738; secondo cui la *lex Scribonia*, da un lato, avrebbe inteso risolvere un contrasto scaturente dal persistere nella prassi dell'*usucapio servitutium* nonostante la mutata natura giuridica dei più antichi *iura praediorum* (sul punto v. anche ID., *Lezioni di diritto romano*, I, cit., 29; ID., *Sulla genesi storica*, cit., 234), e dall'altro, soprattutto, sgrevare la proprietà da vincoli conseguenti al semplice decorso del tempo.

secondo noi penetranti. In particolare, non vediamo la necessità del ricorso a una legge per sanzionare un risultato, come quello della non usucapibilità dei *iura praediorum*, a cui la giurisprudenza poteva autonomamente pervenire ricavandolo in via interpretativa, almeno per le servitù rustiche,³⁴ dalla loro stessa natura di *res incorporales*,³⁵ né pur facendo capo alla seconda delle ipotesi sopra accennate l'emanazione della *lex Scribonia* ci appare plausibile. È infatti del tutto improbabile che una legge, a Roma, intervenisse a risolvere questioni di carattere dogmatico: la soluzione di tali questioni, piuttosto, spettava alla *scientia iuris*,³⁶ mentre d'altra parte, secondo studi autorevoli, l'attività normativa dei comizi, anche nel campo del diritto privato, perseguì in generale finalità ben diverse, legate alla tutela di interessi eminentemente pubblici.³⁷ Non solo, ma stenteremmo pure a credere che i giuristi, se comunque l'*usucapio servitutum* fosse apparsa irrinunciabile, non avrebbero trovato modo di 'salvarla' all'avvento del paradigma delle servitù quali *res incorporales*.³⁸ In fondo, per conseguire un siffatto risultato, sarebbe stato sufficiente assimilare alla *possessio* quale fondamento di tale *usucapio* l'*usus* inteso come esercizio in concreto di un diritto: cioè in pratica quello stesso *usus iuris* che viene in rilievo agli effetti della tutela interdittale di certe servitù.³⁹ O ancora più oltre, magari, si poteva direttamente estendere alle *res incorporales* la nozione stessa della *possessio*. Alchimie certo alla portata di una giurisprudenza come quella romana, che piegava gli schemi ai bisogni. Del resto, le più antiche servitù rustiche, sicuramente incluse fra le *res mancipi*,⁴⁰ poterono costituirsi mediante *mancipatio* probabilmente perché in origine concepite alla stregua di entità cor-

³⁴ Per le servitù urbane, infatti, v. quanto si è osservato *supra*, nt. 30.

³⁵ Uno spunto per questa obiezione si può già cogliere in un rapido e acuto rilievo di G. BRANCA, *Non uso*, cit., 176: «L'iusucapibilità delle servitù come *res incorporales*, come diritti insuscettibili di possesso, non è stata certamente la causa dell'intervento legislativo, del quale, se mai, non ci sarebbe stato bisogno». Cfr. inoltre L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura della proprietà*, II, cit., 440; ID., *Appunti sulla 'quasi possessio iuris' nell'opera dei giuristi medievali*, in BIDR 80, 1977, 74 (= *Proprietà e diritti reali*, cit., 243); ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., 94, 103, e ultimamente F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 142 s.; EAD., *Studi*, cit., 91. Significativo anche il modo in cui ragiona M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 359 s., che pure aderisce all'opinione qui criticata: «Una volta qualificate le servitù come *iura praediorum*, e quindi classificate tutte quante tra le *res incorporales*, l'usucapione delle servitù avrebbe dovuto essere negata ... e in effetti i classici decisamente la negarono; e l'avrebbero negata a prescindere dalla *lex Scribonia*». Analogamente, ma con maggiore cautela, G. PUGLIESE (con la collaborazione di F. SITZIA e L. VACCA), *Istituzioni*³, cit., 482.

³⁶ Cfr. per tutti, sul punto, G. FRANCIOSI, '*Usucapio pro herede*', cit., 173: «mai la *lex* in età repubblicana ha avuto la funzione di dirimere contrasti giurisprudenziali, anche se implicanti conseguenze pratiche. La definizione giuridica degli istituti e la fissazione delle loro caratteristiche dogmatiche sono sempre state compito esclusivo della giurisprudenza».

³⁷ Su ciò ha posto l'accento a più riprese L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La terra*, cit., 149, 166 nt. 35; ID., v. '*Proprietà (dir. rom.)*', cit., 349 e nt. 78; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., 92 e nt. 8; ID., *Alle origini di un divieto*, cit., 79 e nt. 1; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *L'invenzione*, cit., 262, rinviando ai classici studi di Giovanni Rotondi sulla legislazione comiziale romana.

³⁸ Analogamente R. YARON, *Reflections*, cit., 228: «If the creation of servitudes by way of *usucapio* had not come to be regarded as objectionable, it would have been allowed to continue, irrespective of whether they were corporeal or incorporeal, admitted of *possessio*, or not».

³⁹ In argomento v. da ultimo R. BASILE, '*Usus servitutis*', cit., 1 ss.

⁴⁰ V. Tit. Ulp. 19.1.

porali e come tali suscettibili di un qualche gesto di apprensione.⁴¹ Eppure, la *mancipatio* continuò per esse a trovare impiego anche dopo la loro avvenuta 'smaterializzazione': il che non può che ulteriormente metterci in guardia contro il rigido dogmatismo che inficia a parer nostro l'orientamento qui criticato.

Per tutto ciò, dunque, non a torto secondo noi un altro filone dottrinale, che tende ormai a prevalere, si è da tempo indirizzato a ricercare il 'perché' della *lex Scribonia* in motivi di ordine pratico più che teorico.⁴²

Senonché, non appena si passa alla concreta individuazione di tali motivi, vi è purtroppo da constatare che la riflessione storiografica in materia, pur in un quadro sempre più variegato e ricco di ipotesi, non è ancora pervenuta a soluzioni che abbiano riscosso un apprezzabile consenso.⁴³ Ecco perché – per riprendere un'affermazione del Capogrossi che abbiamo già

⁴¹ Di questo avviso, fra molti altri, É. CUQ, *Les institutions*, I, cit., 273 s.; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., 17; M. KASER, *Geteiltes Eigentum im älteren römischen Recht*, in *Festschrift Koschaker*, I, Weimar 1939, 450 (= *Ausgewählte Schriften*, II, Camerino 1976, 80); M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 354 nt. 173.

⁴² Nella letteratura più antica, ad esempio, v. già in tal senso R. ELVERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 652 s.; W. REIN, *Das Privatrecht und der Civilprocess der Römer von der ältesten Zeit bis auf Justinianus*, Leipzig 1858, 337; A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 15, 19, 56 s.; S. PEROZZI, *I modi pretorici d'acquisto delle servitù*, in *RISG* 23, 1897, 171 (= *Scritti giuridici*, II, Milano 1948, 245); C.F. GLÜCK, *Commentario*, VII, cit., 90; O. KARLOWA, *Römische Rechtsgeschichte*, II.1, cit., 545; H. DERNBURG, *Pandette*, I.2⁶, cit., 361 s.; ma soprattutto, a partire dal secondo dopoguerra, cfr. G. BRANCA, *Non uso*, cit., 176; E. LEVY, *Usureceptio*, cit., 155; TH. MAYER-MALY, *Studien zur Frühgeschichte der 'usucapio'* I, in *ZSS* 77, 1960, 36 e nt. 88; ID., *Studien zur Elementarliteratur über die 'usucapio'*, in *Studi Betti*, III, Milano 1962, 495 e nt. 152; ID., in H. HONSELL-TH. MAYER-MALY-W. SELB, *Römisches Recht*⁴, Berlin-Heidelberg-NewYork-London-Paris-Tokio 1987, 177, 189; G. FRANCIOSI, *'Usucapio pro herede'*, cit., 172 ss.; R. YARON, *Reflections*, cit., 228 s.; A. WATSON, *The Law of Property*, cit., 23 e nt. 5; M. KASER, *Das römische Privatrecht*. I. *Das altrömische, das vorklassische und klassische Recht*², München 1971, 445; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La struttura*, II, cit., 438 ss.; ID., *La terra*, cit., 149; ID., v. *'Proprietà (dir. rom.)'*, cit., 349 s.; ID., *La 'lex Scribonia'*, cit., spec. 114 ss.; ID., *Alle origini di un divieto*, cit., spec. 87 ss.; A. D'ORS, *Derecho privado*⁶, cit., 253 nt. 1; C. GOMEZ RUIZ, *En torno a D. 8.2.6*, cit., 1377; F. TUCCILLO, *Note minime*, cit., 132 s., 136, 143 s.; EAD., *L' 'iter culturas accedentium'*, cit., 139; EAD., *Studi*, cit., 65 s., 74 s., 94, 184, 258; R. LA ROSA, *'Usus fructus'*, cit., 214 ss.; F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., 332 s. nt. 66. In parte diversa la posizione di altri studiosi, che seguono per dir così un orientamento misto, ponendo a fondamento della *lex Scribonia* ragioni, insieme, teoriche e pratiche: oltre a Biondi e a Grosso, alle cui rispettive opinioni si è fatto cenno *supra*, ntt. 32-33, v. in questo ordine di idee C.St. TOMULESCU, *Sur la loi Scribonia*, cit., 335 ss., 341 ss.; M. BRETONE, *I fondamenti*, cit., 193 s., 276; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit., 66 s., 72, 198; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 242 s., 246 ss., 372. V. anche TH. MAYER-MALY, v. *'Usucapio'*, in *RE* 9 A/1, Stuttgart 1961, 1103, 1109, che ha poi mutato parere negli altri contributi sopra citati.

⁴³ Per una rassegna critica delle ipotesi principali v. R. LA ROSA, *'Usus fructus'*, cit., 204 ss., secondo il quale (*ibid.*, 214 ss.) la *lex Scribonia* sarebbe stata emanata per eliminare un'incongrua disparità di trattamento fra le più antiche servitù rustiche, a cui si applicava l'*usucapio*, e l'usufrutto, la cui usucapibilità era invece negata. Con argomenti per noi persuasivi, tuttavia, questa tesi viene a sua volta criticata da F. ZUCCOTTI, *Le origini dell'usufrutto*, in *RDR* 8, 2008, 38 s.; né ultimamente F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 65 s., 74 s., 94, 184, 258, nel riproporre ancora un'interpretazione in chiave pratica delle ragioni della suddetta legge, sembra apportare elementi significativi per appianare la questione. In particolare, la studiosa napoletana (*ibid.*, 184, 258) si richiama al motivo del *favor libertatis* per la proprietà fondiaria; motivo già invocato da Fabro (citato dalla stessa Tuccillo, *ibid.*, 184 e nt. 305) e ripreso da molti altri (v. G. BRANCA, *Non uso*, cit., 176; B. BIONDI, *Le servitù prediali*², cit., 312, 313; TH. MAYER-MALY, v. *'Usucapio'*, cit., 1109; ID., *Studien*

riportato in premessa – «più si scava intorno alla *lex Scribonia* e dintorni e più il terreno appare scivoloso, e il discorso rischia di franare insieme ad esso».

A nostro avviso, però, questa situazione si deve forse al fatto che proprio nei 'dintorni' della nostra legge non si è ancora scavato a sufficienza. Precisamente, fuor di metafora, crediamo si tratti di considerare la *lex Scribonia*, per arrivare a cogliere le ragioni che la ispirarono, nel più ampio quadro delle leggi comiziali romane proibitive dell'*usucapio* di certe *res*: cioè in pratica – si noti – nel contesto in cui Paolo in effetti la ricorda.⁴⁴

Fra tali leggi, a parte la *lex Scribonia*, vengono in considerazione: a) una *lex Atinia*, dai più variamente collocata nel corso del II secolo a. C.,⁴⁵ che sottrasse all'*usucapio*⁴⁶ le *res furtivae*,⁴⁷ ribadendo un divieto già risalente alle Dodici Tavole;⁴⁸ b) due *leges de vi* – una *lex Plautia* (o *Plotia*), della prima metà del I secolo a. C.,⁴⁹ e una *lex Iulia*, di Cesare o di Augusto – che nel reprimere diverse ipotesi di violenza vietarono anche l'usucapione delle *res vi possessae*,⁵⁰ c) nonché, ancora, una *lex Iulia repetundarum*, del 59 a. C.,⁵¹ che proibì tra l'altro l'usucapione delle cose donate ai magistrati e ai promagistrati provinciali in violazione di un divieto da essa posto.⁵²

Ora, un approfondito esame di queste disposizioni, e dei tanti problemi che esse sollevano, esula ovviamente dai limiti della presente indagine; ma a fondamento di tutte, per quanto qui ci preme rilevare, crediamo possa cogliersi, sia pure in concorso con altri fini,⁵³

zur Elementarliteratur, cit., 495 nt. 152; ID., in H. HONSELL-TH. MAYER-MALY-W. SELB, *Römisches Recht*⁴, cit., 177; G. GROSSO, *Le servitù prediali*, cit., xvi, 189; ID., *Schemi giuridici e società nella storia*, cit., 271; ID., *Schemi giuridici e società dall'epoca arcaica*, cit., 738; M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², cit., 445), ma in definitiva – ci sembra – troppo generico, come pure rileva L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *La 'lex Scribonia'*, cit., 103 s. Invero, nell'ordine di idee in cui ci poniamo (v. oltre nel testo), la liberazione della proprietà dai vincoli rappresentati dalle servitù fu per noi semplicemente un effetto più che il preciso e immediato scopo della della *lex Scribonia*.

⁴⁴ Alludiamo alla lunga sequenza contenuta in D. 41.3.4.6-28(29) (Paul. 54 *ad ed.*), al cui termine – forse dopo qualche taglio compilatorio – cade il riferimento alla *lex Scribonia*: v. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, I, Lipsiae 1889, Paul. 673-674, coll. 1070-1071.

⁴⁵ V. ultimamente A. CALZADA, *Reversio in potestatem de la res furtivae et vi possessae*, in SDHI 78, 2012, 167, che si orienta per gli anni 150/149 a. C., con ulteriori indicazioni bibliografiche a p. 167 s. nt. 3.

⁴⁶ *Rectius*, secondo noi, al meccanismo processuale dell'*usus auctoritas*: v. sul punto G. D'ANGELO, *XII Tab. 6.3*, cit., 288 ss.

⁴⁷ V. D. 41.3.4.6 (Paul. 54 *ad ed.*); D. 41.3.33 pr. (Iul. 44 *dig.*); I. 2.6.2; PT. 2.6.2.

⁴⁸ V. XII Tab. 8.17 = FIRA, I², Florentiae 1968, 60.

⁴⁹ Per i tentativi di una sua più precisa datazione v. la letteratura a cui rinviamo in *Occupazione clandestina e 'lex Plautia de vi'*, in AUPA 55, 2012, 285 s. nt. 19.

⁵⁰ V. Gai 2.45; D. 41.3.33.2 (Iul. 44 *dig.*); I. 2.6.2; PT. 2.6.2.

⁵¹ Per questa data v. gli autori citati da B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 157 nt. 167.

⁵² V. D. 48.11.8 pr. (Paul. 54 *ad ed.*), di poco successivo, nell'opera originaria di Paolo, allo squarcio citato *supra*, nt. 44 (cfr. O. LENEL, *Palingenesia*, I, cit., Paul. 676, col. 1071)], e D. 41.1.48 pr. (Paul. 7 *ad Plaut.*).

⁵³ In particolare, quello di far sì che non si adoperasse la *vis*, specie nel caso dei fondi clandestinamente o violentemente occupati, per cercare di impedire l'*usucapio* (v. oltre nel testo), e l'esigenza di garantire la massima trasparenza e correttezza nell'esercizio di pubbliche funzioni per quanto riguarda le cose donate ai governatori provinciali.

un'*eadem ratio*: l'opportunità di evitare che l'istituto dell'usucapione, giustificato da ragioni di pubblica utilità,⁵⁴ potesse ritorcersi piuttosto in un odioso strumento atto a perpetrare espropriazioni ritenute ingiuste.

Sia nel caso delle *res furtivae*, sia in quello delle *res vi possessae*, infatti, è di tutta evidenza che un'usucapione, se non fosse stata vietata, e fosse giunta a compiersi, sarebbe venuta a fondarsi su un atto illecito di acquisto del possesso, sottratto al *dominus* contro la sua volontà. Né d'altra parte per quest'ultimo, specialmente con riguardo ai beni mobili, sarebbe stato facile impedire l'*usucapio* mediante un atto di *usurpatio*: un'interruzione dell'usucapione sarebbe stata a dir poco problematica per le cose sottratte *clam*, che il proprietario non poteva sapere per certo presso chi perseguire; e ugualmente essa avrebbe potuto rivelarsi ardua per le cose di cui si fosse preso possesso *vi*, considerato che il *raptor*, anche se eventualmente riconosciuto dal *dominus*, poteva far passare la *res* in altre mani e renderne così complicata la ricerca.

Un po' diverso, invece, era il caso dei fondi clandestinamente o violentemente occupati, per loro natura non dislocabili e come tali sempre rintracciabili dal titolare, che senz'altro, quindi, avrebbe potuto attivarsi per cercare di interrompere l'*usucapio*. Senonché, in concreto, non ci pare irrealistico pensare che questi potesse magari rinunciare a qualunque iniziativa in tal senso – dal ricorso alle vie giudiziarie all'esercizio dell'autotutela –⁵⁵ per timore di gravi ritorsioni da parte dell'occupante; come pure e anzi più verosimile ci sembra l'eventualità che il proprietario, disposto invece a tutto e per sfuggire a ogni altro onere,⁵⁶ potesse decidere di farsi giustizia da sé, con il rischio di innescare in tal modo una pericolosa spirale di violenza: ragion per cui – crediamo – anche per gli immobili in questione non era inopportuno escludere a monte l'usucapione, al di là di ogni possibile determinazione del *dominus*, per la considerazione che essa, comunque, sarebbe stata iniqua. Così⁵⁷ gli immobili posseduti in modo violento o clandestino dovettero secondo noi includersi fra le *res furtivae*, sottratte all'*usucapio*, per il tempo in cui si ammise la possibilità di un *furtum fundi*; e in seguito, ristrettasi la nozione del furto ai soli beni mobili, i fondi di cui si fosse acquistato il possesso con la violenza furono dichiarati inusucapibili dalla *lex Plautia de vi*.⁵⁸

⁵⁴ V. D. 41.3.1 (Gai 21 *ad ed. prov.*): *Bono publico usucapio introducta est rell.*

⁵⁵ Con specifico riguardo ai fondi rustici, e sulla base di un testo di Cicerone (*de orat.* 3.28.110), molti pensano che il proprietario potesse altresì interrompere l'usucapione mediante un gesto puramente simbolico consistente nello spezzare un ramoscello di un albero del proprio fondo: l'*usurpare surculo defringendo*. Ma con argomenti per noi risolutivi, difendendo un'opinione dei filologi, R. SANTORO, *L'usurpare surculo defringendo* di Cic. *de orat.* 3.110 e l'interruzione civile dell'usucapione, in AUPA 46, 2000, spec. 337 ss. (= *Studi Talamanca*, VII, Napoli 2001, 209 ss. = *Scritti minori*, II, Torino 2009, 533 ss.), del quale v. pure Appio Claudio e la concezione strumentalistica del 'ius', in AUPA 47, 2002, 331, 331 s. nt. 101 (= *Scritti*, II, cit., 593, 593 s. nt. 101), ha dimostrato che la testimonianza dell'Arpinate allude piuttosto all'attività del *sumere vindicias* nella *legis actio sacramenti in rem*.

⁵⁶ Pensiamo anzitutto alle note difficoltà probatorie cui poteva andare incontro chi agisse con la rivendica, il cui esercizio peraltro, fino a tutta l'età classica, non interrompeva di per sé l'*usucapio*; ma più in generale – crediamo – non sono da trascurare l'alea intrinseca all'iniziativa di qualunque procedimento, ivi incluso quello interdittale, e il carico dei costi conseguenti a tale scelta.

⁵⁷ Per quanto segue immediatamente nel testo ci permettiamo di rinviare a G. D'ANGELO, *Occupazione clandestina*, cit., 288 s.

⁵⁸ Non anche invece i fondi clandestinamente occupati per le ragioni che abbiamo illustrato in *Occupazione*

Né infine a considerazioni sostanzialmente dissimili da quelle appena esposte per le *res furtivae* e le *res vi possessae* dovette secondo noi ispirarsi, almeno in parte, l'ulteriore proibizione della *lex Iulia repetundarum*. Ci riesce facile cioè pensare che i donativi ai governatori provinciali potevano talora mascherare vere e proprie estorsioni,⁵⁹ che un'*usucapio* delle *res* donate, se consentita, avrebbe rischiato di convalidare; onde anche per questo, a parer nostro, il divieto della *lex Iulia*.⁶⁰

Tanto premesso, la *lex Scribonia*, a cui ora possiamo tornare, si illumina per noi di significato, e in particolare, sulla falsariga delle altre *leges* sopra richiamate, ci sembra si presti a essere interpretata come una 'legge di garanzia' delle ragioni del proprietario.

A ben vedere, infatti, vi era secondo noi il rischio che anche un'*usucapione* delle servitù, in non pochi casi, si compisse ingiustamente ai danni di chi la subiva; e ciò, segnatamente, per un duplice ordine di fattori: a) o perché il proprietario del fondo servente, nel caso di servitù non estrinsecantesi in segni visibili (le c.dd. servitù non apparenti della moderna dottrina), poteva restare del tutto all'oscuro del loro esercizio, sì da non potersi attivare per cercare di impedirne l'*usucapio*; b) o perché egli, pur avvedendosi del compimento sul proprio fondo di attività corrispondenti al contenuto di una servitù da parte del vicino, poteva tollerare tali attività a titolo di mera cortesia (*iure familiaritatis*), quando invece il vicino, decorsi due anni, poteva magari pretendere di avere in effetti *usucapito* una servitù e ottenere un giudiziale riconoscimento di tale pretesa.

Certo, quanto opiniamo presuppone che l'*usucapio servitutum*, per tutto il tempo in cui fu in vigore, non sia stata assoggettata ai requisiti della *bona fides* e della *iusta causa*,⁶¹ posto che tali limiti avrebbero praticamente azzerato il rischio che noi paventiamo. Ma nulla prova in effetti che i requisiti in questione vennero in gioco,⁶² mentre in contrario, piuttosto, sembra deporre il fatto che essi, in un campo limitrofo a quello in esame, non si applicarono

zione clandestina, cit., 290 s.

⁵⁹ V. anche, sul punto, C. VENTURINI, *Studi sul 'crimen repetundarum' nell'età repubblicana*, Milano 1979, 491.

⁶⁰ Divieto altresì motivato, certo, dall'esigenza già segnalata *supra*, nt. 53, che è ragionevole presumere sarebbe stata frustrata se fosse stato possibile eludere mediante l'*usucapio* il divieto fatto ai governatori provinciali di ricevere donativi.

⁶¹ In tal senso, fra molti, C. ARNÒ, *Della distinzione*, cit., 240 nt. 1; A. ESMEIN, *Sur l'histoire de l'usucapion*, in NRHDFE 9, 1885, 268 s. (= *Mélanges d'histoire du droit et de critique*, Paris 1886, 179 s.); F. BOZZA, *L'usucapio*, cit., 3 s.; L. CAPOGROSSI COLOGNESI, *Ricerche sulla struttura delle servitù d'acqua in diritto romano*, Milano 1966, 186 nt. 306; ID., *La struttura*, II, cit., 441 ss.; ID., *Alle origini di un divieto*, cit., 91 s., che muovendo tra l'altro dal presupposto di un'estraneità della *bona fides* e della *iusta causa* alla struttura dell'*usucapio servitutum* si è orientato a collocare la *lex Scribonia* (v. spec. *La struttura*, II, cit., 445 ss.) nel 149 a. C., quando ancora a suo avviso una siffatta *usucapione* – proprio per l'assenza dei suddetti requisiti – avrebbe potuto gravemente limitare la proprietà fondiaria. Cfr. inoltre R. YARON, *Reflections*, cit., 215, 228 s., e con specifico riguardo alla buona fede A. WATSON, *The Law of Property*, 23 nt. 5, 31 s. *Contra*, invece, J.M. RAINER, *Nochmals*, cit., 636 s., ma senza addurre argomenti significativi (v. la successiva nota).

⁶² In particolare, poco convincente ci pare il rilievo di J.M. RAINER, *Nochmals*, cit., 636 s., che *bona fides* e *iusta causa*, secondo un'opinione diffusa, sarebbero state richieste per l'*usucapio rei* già a partire dal II secolo a. C.; e ciò per la semplice considerazione che l'*usucapio servitutum* era in figura in sé diversa.

all'*usucapio libertatis*.⁶³

Se è così, dunque, si può ipotizzare che proprio per porre fine a situazioni del tipo di quelle sopra descritte fu emanata la *lex Scribonia*,⁶⁴ legge che tagliò corto, per così dire, vietando in radice l'usucapione di ogni servitù.⁶⁵

4. Resta infine da chiedersi quando fu posto tale divieto.⁶⁶

Ora, è chiaro che un sicuro termine *post quem* non può che essere rappresentato per noi dall'orazione *pro Caecina*, pronunciata secondo i più nel 69 (o 68) a. C.:⁶⁷ abbiamo già accennato, infatti, come al § 74 di tale orazione, nella menzione di un'*auctoritas* di alcune figure di *iura praediorum rusticorum*, si debba cogliere a nostro avviso un riferimento all'*usucapio servitutium*.⁶⁸

Né d'altra parte l'intervento di una legge abolitiva di una siffatta *usucapio*, con riguardo alle più antiche servitù, ci parrebbe plausibile in un'epoca in cui la nuova configurazione di quest'ultime come *res incorporales* si fosse consolidata a un punto tale per cui l'*interpretatio prudentium* avrebbe potuto collegarvi da sé l'effetto della non usucapibilità; del che sembra vi fossero le premesse già con Labeone, il quale negava perentoriamente la possibilità di una *traditio servitutis*.⁶⁹

Rebus sic stantibus, dunque, saremmo propensi a collocare la *lex Scribonia* fra gli anni successivi alla *pro Caecina* e gli inizi del Principato.⁷⁰ Una data probabile, sulla scia della dottrina dominante,⁷¹ ci parrebbe quella del 50 a. C., anno in cui fu tribuno della plebe un

⁶³ Secondo quanto risulta dai testi [v. D. 8.2.32 pr. (Iul. 7 dig.) e D. 8.17.4 (Pap. 7 quaest.)], infatti, l'unico limite posto a tale *usucapio* fu quello che il fondo servente non fosse posseduto come libero dal suo proprietario per mera concessione dello stesso titolare della servitù: cfr. per tutti, sul punto, R. EILERS, *Die römische Servitutenlehre*, cit., 366 s., 777 e nt. q.

⁶⁴ Più o meno similmente, in quest'ottica, v. già A. ASCOLI, *La usucapione delle servitù*, cit., 19; H. DERNBURG, *Pandette*, I.2⁶, cit., 361 s., e di recente F. ZUCCOTTI, *Sulla tutela processuale*, cit., 332 s. nt. 66, ma tutti senza racciardare la *lex Scribonia* alle altre leggi che abbiamo richiamato nel testo: connessione in cui noi cogliamo una precisa conferma dell'intuizione di questi studiosi alla luce di un'interpretazione organica della legislazione comiziale *de usucapione*.

⁶⁵ Meno drastica la soluzione del nostro codice civile (art. 1061¹), che per motivi analoghi a quelli che ascriviamo alla *lex Scribonia* vieta solo l'usucapione delle servitù non apparenti.

⁶⁶ Per le principali proposte di datazione v. C. ARNÒ, *Della distinzione*, cit., 235 nt. 3, nonché, per la letteratura più recente, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 92 ss.

⁶⁷ V. la letteratura a cui rinviamo in *La perdita della 'possessio animo retenta' nei casi di occupazione*, Torino 2007, 100 nt. 3.

⁶⁸ V. *supra*, § 2.

⁶⁹ V. D. 8.1.20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*).

⁷⁰ Analogamente M. BRETONE, *La nozione romana di usufrutto*, I, cit., 27 nt. 16, anch'egli facendo leva su D. 8.1.20 (Iav. 5 *ex post. Lab.*), oltre che su Cic., *pro Caec.* 26.74; J.M. RAINER, *Nochmals*, cit., 636, e da ultima, con una posizione più articolata, F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 77 ss., 254 ss., la quale, argomentando da Cic., *ad Att.* 15.26.4 e Cic., *top.* 5.27, ma secondo noi a torto, vorrebbe abbassare al 44 a. C. il termine *post quem* della nostra legge.

⁷¹ Cfr., almeno, G. FRANCIOSI, '*Usucapio pro herede*', cit., 171, con citazione, *ibid.*, 171 nt. 113, di altra letteratura; ID., *Corso*⁴, cit., 298; A. WATSON, *The Law of Property*, cit., 23, 32, 164, 202; ID., *Roman Private Law*, cit., 63 nt. 8, 82 nt. 8; ID., *Law Making in the Later Roman Republic*, Oxford 1974, 59; M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 422 s., 468; O. BEHRENDTS, *Gesetz und Sprache*, cit., 216 nt. 161; ID., *Die lebendige Natur eines*

C. *Scribonius Curio*,⁷² al quale si deve la rogazione di una *lex Scribonia viaria*;⁷³ o al limite, forse, si potrebbe giungere fino al 16 d. C.,⁷⁴ anno in cui ricoprì la carica di console un *L. Scribonius Libo*.⁷⁵

Baumes, cit., 34; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 720 nt. 57.1.8.; C.A. CANNATA, *Corso di istituzioni di diritto romano*, I, Torino 2001, 412 nt. 26; C. LÁZARO GUILLAMÓN, *La adquisición de las servidumbres*, cit., 65; M. MARRONE, *Istituzioni*³, cit., 358; M. BRUTTI, *Il diritto privato*³, cit., 294, 296, 322 nt. 8, 325; C. MÖLLER, *Die Servituten*, cit., 102, 235, 247 s., 361.

⁷² V. F. MÜNZER, v. '*Scribonius (Curio)*', in RE 2 A/1, Stuttgart 1921, nr. 11, 867 ss.

⁷³ V. per tutti G. ROTONDI, *Leges publicae populi romani*, Milano 1912, 413, 414, che prospettava la possibilità di un'identificazione di tale legge, proposta nel 50 a. C., ma non approvata, con la stessa *lex Scribonia de usucapione servitutium*.

⁷⁴ V. in tal senso gli autori citati da C.F. GLÜCK, *Commentario alle Pandette*, VII, cit., 89 nt. 2, e da F. TUCCILLO, *Studi*, cit., 94 e nt. 292.

⁷⁵ V. M. FLUSS, v. '*Scribonius (Libo)*', in RE 2 A/1, cit., nr. 21, 885.

MONICA DE SIMONE

P. Col. VII, 175
Aspetti giuridici di un verbale d'udienza.

ABSTRACT

This study provides the full text of the P. Col. VII. 175 translated into Italian, concerning the transcript of a hearing conducted in front of Arsinoite's *σύνδικος* in A.D. 339, and known in the field of doctrine as it cites a Constantine's constitution regarding the *longissimi temporis praescriptio*. After reconstructing the trial and the early events preceding the lawsuit, defining the trial roles and detecting the nature of action and the reason why it was filed, the author has analysed the different juridical profiles of the text such as the evidence of the judicial function of the *ἐπάρχος τῆς Αἰγύπτου*; the judgemental function of the *σύνδικος* and the difficulty of identifying him as the *defensor civitatis*; the probable reference to *calumnia actoris*; the nature of the constitution; the awkward reconstruction of the text and its identification with the *lex costantiniana* mentioned in C.7.39.2 pr.

PAROLE CHIAVE

P. Col. VII, 175; FIRA, III², 101; *longissimi temporis praescriptio*; *rescripta*; *recitatio*; *defensor civitatis*; *calumnia actoris*.

SOMMARIO: 1. P. Col. VII, 175: la storia del papiro. 2. Testo. 2.1. Traduzione. 3. La vicenda processuale. 3.1. Gli eventi che precedono la causa. 3.2. La parte convenuta: i κληρονόμοι Ἀτισίου. 3.3. La parte attrice, Ταῆσις καὶ Ἡραῖς, e la natura dell'azione. 3.4. La ragione dell'azione. 3.5. Lo svolgimento della causa. 4. I profili di rilievo giuridico del papiro. La funzione giurisdizionale dell'ἐπάρχος τῆς Αἰγύπτου. La figura del σύνδικος e il problema della identificazione con il *defensor civitatis*. 4.1 I Συκοφάνται ἀντιδίκου: un riferimento alla *calumniā actoris*. 4.2. La testimonianza di una costituzione di Costantino: i riferimenti al disposto normativo durante l'udienza. 4.2.1. La *recitatio* del testo: il riferimento alla *inscriptio*. 4.2.2. La natura della costituzione, il problema della ricostruzione del testo e dell'identificazione con la *lex constantiniana* di C. 7.39.2 pr.

1. P. Col. VII, 175: la storia del papiro.

Nel 1924 la Columbia University acquistò due parti di un papiro egizio di 154.5 x 25 cm con 74 linee di scrittura in 3 colonne, parti che furono inventariate separatamente: Inv. No. 181 (19), contenente una colonna ed il bordo sinistro di una seconda; Inv. No. 182, contenente il resto della seconda colonna e una terza. C. J. Kraemer e N. Lewis diedero notizia del papiro per la prima volta in occasione del V Congresso di Papirologia, tenutosi ad Oxford nel mese di settembre del 1937, durante il quale presentarono solo le linee contenenti la *recitatio* della costituzione costantiniana “*de quadraginta annorum praescriptione*”.¹ Nello stesso anno pubblicarono le tre colonne, presentando una traduzione inglese del testo greco e ipotizzando l'esistenza di una prima colonna, contenuta in un'altra parte del papiro, ritenuta perduta.² Nel 1941 furono inseriti in FIRA I, *Leges*, n. 96, 464 s. (= FIRA, I², *Leges*, n. 96, 464 ss.) le sole linee con la *recitatio* della costituzione³ e qualche anno più tardi, nel 1946, furono pubblicate in FIRA, III, *Negotia*, n. 101, 318 ss. (= FIRA, III², *Negotia*, n. 101, 318 ss.) tutte e tre le colonne, il solo testo fino ad allora conosciuto, corredato da traduzione latina.

Un'ulteriore edizione del papiro fu curata nel 1955 da F. Bilabel e E. Kiessling.⁴

Solo nel 1979 S. Bagnall e N. Lewis pubblicarono la parte del papiro contenente la Col. I, che non era in realtà andata perduta, come inizialmente supposto, ma era stata acquistata nel 1926 dal Museo del Cairo e fotografata dall'International Photographic Archive of Papyri soltanto nel 1974.⁵ Oltre all'edizione della prima colonna (Col. I), gli Autori presentarono una revisione della lettura anche delle altre tre colonne (numerata quindi II, III e IV).

Una nuova edizione dell'intero papiro si ebbe più tardi, nel 1982, a cura di B. Kramer e D. Hagedorn,⁶ che esaminarono la fotografia, conservata a Colonia, della parte di papiro

¹ C. J. KRAEMER - N. LEWIS, *Constantine's Law on Longissimi Temporis Praescriptio*, in *Actes V^e Congrès de Papyrologie*, Bruxelles 1938, 245 ss.

² C. J. KRAEMER - N. LEWIS, *A Referee's Hearing on Ownership*, in TAPA 68, 1937, 357 ss.

³ Il testo della costituzione è riprodotto anche in A. C. JOHNSON, P. R. COLEMAN-NORTON, F. C. BOURNE, *Ancient Roman Statutes*, Austin 1961, 241, n. 305; P. F. GIRARD - F. SENN, *Les lois des Romains*, II^e, Napoli 1977, VIII/27, 506 ss.

⁴ In *Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten* V, Heidelberg-Wiesbaden 1955, n. 8246.

⁵ S. BAGNALL - N. LEWIS, *Hearing before the Defensor Civitatis*, in *Columbia Papyri VII: Fourth Century Documents from Karanis, Transcribed by Roger S. Bagnall and Naphtali Lewis. Edited with Translation and Commentary by Roger S. Bagnall* (*American Studies in Papyrology*, 20), Missoula, Montana 1979, 173 ss.

⁶ B. KRAMER - D. HAGEDORN, *Zum Verhandlungsprotokoll P. Columbia VII 175*, in ZPE 45 1982, 229 ss.

contenente la Col. I, proponendo l'integrazione di alcuni tratti non letti in precedenza, anche grazie al confronto con altri papiri relativi ad atti processuali analoghi. Ne proposero anche una traduzione in lingua tedesca.

Il papiro fu infine ripubblicato, per intero, da H. A. Rupprecht e J. Hengstl, nel 1985.⁷

2. Riportiamo il testo greco del papiro⁸ seguendo la lettura di H. A. Rupprecht - J. Hengstl.⁹

COLONNA I

1. [Ἀντίγραφον ὑπομνηματισμοῦ. Ἐξ ὑπομ]νηματισμῶν [...].μίωνος συν[δίκ(ου) Ἀρσ(νοίτου)].
2. [Ἰπατείας τῶν δεσποτῶν] ἡμῶν Κωνσταντίου τὸ β' καὶ Κώνσταντος τὸ α' Αὐγούστων, Παχῶν [κ]β'".
3. [Παρόντων NN, Padre]. . . εως καὶ Χαιρήμονος Γεροντίου καὶ Γεροντίου Ἀμμωνίου καὶ Ἰερακαπόλλωνος βουλευτῶν
4. [καὶ NN, funzione] κ[αὶ] Νείλου νειλομέτρου καὶ Ἄνουβίωνος ἀρχι[π]ηρέτου καὶ Ἡλία καὶ Σαμβᾶ δημοσίων συνδίκου
5. [Ταῆσις καὶ Ἡραῖς Padre ἀπὸ κ]¹⁰ ὀμης Καρανίδος πρὸς κληρονόμους Ἄτισίου δι'

⁷ In *Sammelbuch griechischer Urkunden aus Ägypten* XVI, Wiesbaden 1985, n. 12692.

⁸ Abbiamo utilizzato i seguenti segni diacritici:

αβγ lettere riconoscibili solo dal contesto.

... lettere di cui si trova traccia, non restituibili ma di numero certo (ogni lettera un punto).

[...] lettere perdute non restituibili, ma di numero certo (ogni lettera un punto).

[---] lettere non restituibili di numero incerto.

[- - - ± 10 - - -] lettere non restituibili, di numero probabile.

[[...]] lettere cancellate.

[αβγ] integrazione di lacuna.

(αβγ) soluzioni di abbreviazioni.

`αβγ' lettere interlineari aggiunte dal redattore.

{αβγ} lettere espunte perché inserite per errore dal redattore.

<αβγ> lettere aggiunte perché omesse per errore dal redattore.

Si aggiunga, inoltre, il segno / , indicazione del redattore del papiro che precede "ὁ σύνδικος εἶπ(εν)".

⁹ Cfr. *supra*, nt. 7. Abbiamo già trascritto il testo in uno studio preliminare, *Rescriptum Constantini de quadraginta annorum praescriptione*, pubblicato in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Ante-iustiniani (FIRA). Studi preparatori I. Leges*, Torino 2012, 737 ss., nel quale abbiamo presentato la nostra traduzione italiana, che qui riproponiamo (*infra*, p. 35 ss.) ed una breve sintesi della nostra ricostruzione della vicenda processuale. Intendiamo in questa sede evidenziare invece le ragioni esegetiche sulle quali essa si fonda, presentando anche un quadro dei profili giuridici del testo. In *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Ante-iustiniani*, cit., 744 ss., è infine possibile vedere tre fotografie, con relativi apografi, di parti del papiro. La prima che riproduce la parte che contiene la Col. I, costituita da 19 linee, delle quali sono andate perdute le prime 20-25 lettere; la seconda relativa alla parte contenente la Col. II, composta da 19 linee, e solo una piccola parte - il lato sinistro, assai sfrangiato in basso - contenente alcune lettere della terza colonna, composta da 21 linee; una terza, infine, che riproduce l'intera quarta colonna, composta da 15 righe. Chiude la pubblicazione un quadro della bibliografia sul testo.

¹⁰ I primi editori proponevano [Αὐρήλιος Γερμανός μείζων κ]. Cfr. *infra* nt. 51.

- ἐντολικαρίου Νείλου τοῦ παρόντος ἐντυ<γ>χάνουσιν.
6. [Θεόδωρος ῥ(ήτωρ) ἀνέγνω ὑπατείας τῶ]ν δεσποτῶν ἡμῶν Κωνσταντί[ου] τὸ β' καὶ Κωνσταντος τὸ α' Αὐγούστου, Παχῶν ιε.
7. [Αὐρηλία Ταῆσις Padre ἀπὸ] κώμης Καρανίδος τοῦ Ἄρσι(νοίτου) νομοῦ τῶ ἀν[δ]ρὶ τῆς ἐτέρας ἀδελφῆς Ἡραείδο[ς] [[.] Αὐρηλί[ω]]
8. [Νείλω Padre ἀπὸ τῆς μητροπόλε]ως χαίρειν. Ἐπειδὴ δίκη ἡμῶν ἀνάκειται πρ[ὸ]ς κληρονόμους Ἀτισίου περὶ ὧν πρ[.].[.].[
9. [- - ±25 - -] Ἀτισίου ἀλλοτριῶν πανθάπασιμ τυγχανόντων αὐτοῦ, ἐγὼ δὲ αὐτὴ ἀ[δ] υνατῶ [.] . [.] . [
10. [- - ±24 - -] ἐπὶ τ[ο]ῦ συνδίκου τοῦ δοθέντος [δ]ικαστοῦ κα[τὰ] κέλευσιν τῆς ἐπαρχικῆς ἐξο[υ]σίας
11. [- - ±25 - -] . εν, ἐντέλλομαί σοι καὶ ἐπιτρέπω <καὶ> αὐτοτελή ἐξ[ου]σίαν διδομι ὥστε δικάσασθαι πρὸς αὐτο[ὺς]¹¹
12. [- - ±25 - -] ικ ἀκολούθως τοῖς προσοῦσιν ἡμῶν δικαίους ὡς ἐμοῦ παρούσης. Κυρία καὶ βεβαί[α] |
13. [ἡ ἐντολὴ πρὸς πάντα τὰ ἐκεῖ π]ραχθησόμενα. Τὴν δὲ ἐντολὴν ταύτην μοναχὴν σοι ἐξεδόμην, ἥτις κυρία ἐστὶ
14. [πανταχοῦ ἐπιφερομένη. Αὐρη]λί[α] Ταῆσις ἡ προκιμένη ἐξεδόμην σοι τὴν ἐντολὴν ὡς πρόκειται. Αὐρηλίος Μωρίων(ν)
15. [ἔγραψα ὑπὲρ αὐτῆς ἀγραμμάτου]. Μετὰ τὴν ἀνάγνωσιν Θεόδωρος ῥ(ήτωρ) εἶπ(εν)· οὐ δεόντως καὶ παρὰ τοὺς νόμους ἐνοχλούμενα[ι]
16. [αἱ συνηγορούμεναι περὶ γηδ]ίων τῶν μὴ διαφερόντων αὐταῖς¹² καταπεφεύγασιν¹³ διὰ λιβέλλων ἐπὶ τὸν κύριον τὸν λαμ-
17. [πρότατον ἔπαρχον τῆς Αἰγύπτου]ν Φλ(άσιον) Φιλάγριον, καὶ ἄτινα προσέταξεν αὐτοῦ τὸ μεγαλῖον, συγχῶρι μοι παραθέσθαι.
18. [Ὁ σύνδικος Θεοδώρ]ω εἶπ(εν)· τὰ προσ]ταχθέντα ὑπὸ τοῦ κυρίου μου λαμπροτάτου ἐπάρχου τῆς Αἰγύπτου Φλ(άσιου) Φιλαγρίου ἀνάγνωθι. Κα[τὰ]
19. [εἶπ(εν)· ἀναγνώσομαι. Καὶ ἀνέγνω Φλ(άσιος) Φι]λάγριος συνδικῶ Ἄ[ρσ]ινοίτου χαίρειν. Τίνα ἡξίωσαν Ἡραεῖς καὶ Ταῆσις, ἐκ το<υ> ἀντιτύπου

COLONNA II

20. τοῦ συνηξευγμέν[ο]ν λιβέλλου μαθεῖν δυνήσει. Καὶ φρόντισον τῆς δημοσίας ἀπαιτήσεως κατὰ μὴδένα τρόπον ἐμποδιζομένης
21. τῆς ἀξιώσεως αὐτῶν τὴν δέουσαν πρόνοιαν κατὰ τ[ο]ῦς νόμους ποιήσασθαι. Ἐρρωσο. Μετὰ τὴν ἀνάγνωσιν προσέθηκεν· ἀνα-
22. γινώσκω καὶ τὸν λιβέλλον. Καὶ ἀναγνοὺς προσέθηκεν· οὐκ ἀπλῶς οὐδ' ὡς ἔτυχεν αἱ συνηγερούμεναι λιβέλλον ἀνέτιναν

¹¹ I primi editori leggevano: δικ.....ς. Inserivano dunque nove lettere illeggibili e un sigma finale. H. A. Rupprecht e J. Hengstl, seguendo B. Kramer e D. Hagedorn, leggono dopo δικ sei lettere incerte: ἀσασθαι e legano un sigma finale alle lettere πρ, riconoscendo così un πρὸς prima non visto.

¹² I primi editori al posto di “αὐταῖς” leggevano “Ἀ[τ]ίσις”. Si veda *infra* nt. 51.

¹³ Cfr. Col. III. 53.

23. ἐπὶ τὴν ἐπαρχὸν ἐξουσίαν· καὶ ἐξῆς λέγοντος, Ἀλέξανδρος ῥ(ήτωρ) εἶπ(εν)· παραγράφομαι. / Ὁ σύνδικος αὐτῷ εἶπ(εν)· εἶπέ τὴν παραγραφὴν. Ἀλέξανδρος εἶπ(εν)·
24. εὐκταῖον μὲν ἦν τοῖ<s> συνηγορούμενοι τὸν ἀγῶνα συστήσασθαι ἐπὶ τοῦ μίζονος δικαστηρίου πρὸς τὸ συκοφάντας φανείσας
25. τὰς ἀντιδίκους τιμωρίαν ὑποστήναι· πάντα γὰρ ἐσυκοφάντησαν δι' οὗ ἀνήνεγκαν λιβέλλου ἐπὶ τὴν ἐπαρχὸν ἐξουσίαν. Ἦδη γὰρ τὴν παραγρα-
26. φὴν ἦν προτινάμην τῷ σεμνῷ τούτῳ δικαστηρίῳ ἐνόμως παραθήσομαι πρὸς τὸ ἀναδιδάξαι τὴν σὴν καθαρότητα ὡς ὅτι ματέως
27. ἀντιδίκου κεκινήκασιν πρὸς ἡμᾶς δικαστήριον. θεῖω τοίνυν καὶ προσκυνητῷ νόμῳ ἐπεριδόμενος τῶν δεσποτῶν ἡμῶν αἰώνιων Αὐγούστω(ν)
28. ἔσθηκα εἰς τὸ δικαστήριον ὅστις κελεύει τὸν ἐν νομῇ τυγχάνοντα πραγμάτων τεσσερακονταετῆ χρόνον μηδαμῶς ἀποκινῆσθαι
29. παρ' αὐτοῦ τὴν νομὴν μηδὲ παλαιὰν ζητῆσθαι ἀρχήν. Ὁ τοίνυν πατὴρ τῶν δι' ἐναντίας κέκτῃται περὶ κόμην Καρανίδα ἀρούρας ἐκποιη-
30. θείσας [[καὶ]] ἢ παραχωρηθείσας αὐτῷ, οὐκ εἴσμεν ὅστις τὴν καλλιεργίαν αὐτῶν ἐποιεῖτο καὶ τὰ περιγινόμενα ἀπ' αὐτῶν εἰς τὸ ἴδιον
31. ἀπέφερετο, ὁμοίως καὶ τὰ ὑπὲρ αὐτῶν δημόσια τελέσματα εἰσέφερον τῷ ἱερωτάτῳ ταμείῳ ἀντιλογίας οὐδεμιᾶς γιγνο-
32. μένης ἐπὶ ὅλα τεσσεράκοντα πέντε ἔτη ἐκίνου νεμομένου, λέγω δὴ τοῦ πατρὸς τῶν ἀντιδίκων, μηδεμίαν μέμψιν ποιησαμένου.
33. Ἄλλ' ἔδοξεν, ἵνα μὴ πολλὰ λέγω, τελευτήσαι τὸν πατέρα τῶν ἀντιδίκων ἐπὶ κληρονόμοις ταῖς θυγατράσιν, λέγω δὴ ταῖς ἀντιδικαῖς, αἵτιναις
34. ἀντέχειν μὴ δυνηθεῖσαι πρὸς τὰ ζητούμενα τελέσματα τῶν αὐτῶν ἀρουρῶν φυγῆ ἐχρήσατο. Καὶ τί ἡδύνατο ποιεῖν ὁ πραιπόσιτος
35. τοῦ πάγου; τῆς ἀσφαλείας ἑαυτοῦ προνοούμενος ὁμοῦ τε καὶ τῶν δημοσίων εἰσφορῶν παραγενόμενος ἐπὶ τῆς κόμης
36. ἐκδέδωκεν ταύτας τοῖς ἀγροίκοις πρὸς γεωργίαν. Ἡ δὲ μία τῶν ἀντιδικῶν συνελθοῦσα ἀνδρεὶ Νείλῳ τούτῳ τῷ παρόντι εἰς τὸ
37. δικαστήριον, μετῆλθεν τοὺς ἀπὸ τῆς κόμης, ἐπειδὴ κατὰ τὸν πέρυσι ἐνιαυτὸν ἐγεώργησαν τὰ γῆδια, τῶν φόρων ἕνεκεν,
38. καὶ ἀπήτησεν καὶ εἰς τὸ ἴδιον ἀπηνέγκατο ὡς δεσπότης τυγχάνων τῶν γῶν. Ἐπὶ τοίνυν παρελογίσαντο τὴν μίζονα ἐξουσίαν,

COLONNA III

39. ἀξιῶ συνχωρηθῆναι μοι ἀναγνῶναι τὸν θεῖον καὶ προσκυνητὸν νόμον τῶν δεσποτῶν ἡμῶν αἰώνιων Αὐγούστ[τ]ων ὃς κελεύει εἰ παρέλθοιεν
40. τεσσερακονταετῆς χρόνος νεμομένου τινὸς πράγματα μηδαμῶς ἐπιβένιν τινὰ τοῖς πράγμασιν ἢ παραλύειν τὴν πολυχρόνιον νομὴν.
41. / Ὁ σύνδικος αὐτῷ εἶπ(εν)· ὃν φῆς ἔχειν μετὰ χεῖρας θεῖον καὶ προσκυνητὸν νόμον ἀνάγνωθαι. Καὶ ἀνέγνω οὕτως· οἱ δεσπότες ἡμῶν Κωνσταντῖνος Σεβαστὸς
42. καὶ Κωνσταντῖνος καὶ Κωνσταντί[ο]ς ἐπιφανέστατοι Καίσαρες Ἀγριππίνῳ βουλ(ευτῆ)· καὶ παλαιᾶς νομῆς εἰς τοσοῦτον ἤρρεσεν ἔχεσθαι τὸν λογισμὸν ἵνα

43. ἀπ' ἐκίνων εἰ συνέστηκεν τὸ [...]. περὶ οὗ ἐστὶν ἡ ζήτησις τεσσαράκοντα ἔτεσιν
νενεμηθῆσαι μηδὲ τὸν κανόνα τῆς νομῆς ζητῆσθαι. Ἡρε-
44. σεν καὶ δικαίου κανόνος [...]-ρ.κοντος τῇ τῆς δεκ[α]ετίας ἢ εἰκοσαετίας παραγραφῆ
τὴν κάτοχον βοηθεῖσθαι καὶ τὰ ἐξῆς. Μετὰ τὴν ἀνάγνωσιν
45. / ὁ σύνδικος Ἀλεξάνδρω [ε]ἶπ(εν): ὀφίλεις καὶ τὴν γεγενημένην εἰς αὐτοὺς
παραχώρησιν ἀναγνῶναι ἵν' εἶδομεν τὸ διάστημα τοῦ χρόνου καὶ τὰ ἀκό-
46. λουθα τῷ θεῖῳ νόμῳ πραχθῆναι δυνηθῆ. Ἀλέξανδρος εἶπ(εν): εἶται ἐξεποιήθησαν
εἶται παρεχωρήθησαν οὐκ εἴσμεν· παλαιὸς γάρ ἐστιν ὁ χρόνος.
47. / Ὁ σύνδικος τῷ ῥ(ήτορι) [Θ]εοδ[ω]ρῷ εἶπ(εν): πόσος ἐστὶν χρόνος ἀφ' οὗ ὁ πατήρ
ὑμῶν ἐτελεύτησεν; Θεόδωρος εἶπ(εν): οὐκ ἐστὶν πολλὸς χρόνος. Ἀλέξανδρος εἶπ(εν):
48. παρελήλυθεν τεσσαρακονταετῆς χρόνος καὶ πρὸς, αὐτῶν νεμομένων ταύτας τὰς
ἀρούρας. / Ὁ σύνδικος αὐτῷ εἶπ(εν): πόσα δέ ἐστιν
49. ἔτη ἀπὸ τῆς καταπατήσεως Σαβίνου τοῦ κησιτορευῆσαντος; Θεόδωρος εἶπ(εν): μάλα
μόλεις τριάκοντα καὶ τρία. / Ὁ σύνδικος αὐτῷ εἶπ(εν): καὶ τίς κατὰ τὸν πέρυσι ἐνι-
50. αὐτὸν συνε[κο]μίσατο; Θεόδωρο[ς] εἶπ(εν): οἱ ἀπὸ τῆς κόμης. Νεῖλος ἐντολικάριος
εἶπ(εν): οἱ ἀπὸ τῆς κόμης. Θεόδωρος εἶπ(εν): φυγῆ χρησαμένων τῶν πρὸς ἐμοῦ βοη-
51. θουμένων ἔτεσιν πέντε καὶ πρὸς, καὶ ἐπὶ τῆς ἀλλοδαπῆς διατριβόντων, οἱ ἀπὸ τῆς
κόμης ἐπειδήπερ εἰς αὐτοὺς διέβενεν τὰ ὑπὲρ τῶν ἀρουρῶν τελούμενα
52. ἐγεώργησαν τὴν γῆν· εἶτα τῶν βοηθουμένων ἐπανελθόντων ἐπὶ τὴν θρεψαμένην,
παραδέδωκαν μὲν αὐταῖς τὰς ἀρούρας, παραδέδωκαν δὲ καὶ τὰ
53. ἀπὸ ὀνόματος Ἀτισίου {ων} ἀλλοτρίαις σ' πανθάπασιν καθεστη[[κασιν]] 'κιεῖαις' τῶν
δεσποτῶν ἐστηκότων. Τούτου ἕνεκεν καταπεφύγασιν¹⁴ ἐπὶ τὸν κύρι[ο]ν μου
54. τὸν λαμπρότατ[ο]ν ἔπαρχον τῆς Αἰγύπτου Φλ(άουιον) Φιλάργιον ἀξιοῦσαι μηδαμῶς
ἐνοχλεῖσθαι προφάσι τῶν αὐτῶν γηδίων, ἀλλ' ἕκαστον τὰ ἑαυτοῦ γῆδια ἔχει καὶ μὴ
55. ὑπέραλλα κετέχεσθαι. Ἐπὶ τοίνυν πάρισιν καὶ οἱ ἀπὸ τῆς κόμης οἱ δυνάμειοι
καταθέσθαι τίνων εἴη τὰ γῆδια καὶ τίς τὴν κατασπορὰν πεποιήται τούτων, ἀξιώ
56. πυσμα<τι> σε αὐτο[ύς] προσαγαλῖν. / Ὁ σύνδικος Γερμανῶ εἶπ(εν): τί λέγει
ὁ παρὼν Γερμανός; κατὰ ποίαν πρόφασιν ταύτην τὴν γῆν ὑμεῖς κατεσπίρατε; δι'
Ἄνουβίωνος
57. ἐρμηνευόντος εἶπ(εν): εὐλαβῶς ἔχοντες μὴ εἰς ἡμᾶς τὰ τελέσματα ἔλθη κατεσπίραμεν
ταύτας. / Ὁ σύνδικος εἶπ(εν): καὶ πόσος ἐστὶν χρόνος ἀφ' οὗ αὐτὰς κατεσπί-
58. ραται; διὰ τοῦ αὐ[τ]οῦ ἐρμ(ηνέως) ἀπεκρ(ίνατο): μίαν μόνην ἰνδικτίονα κατεσπίραμεν
αὐτά. / Ὁ σύνδικος αὐτῷ εἶπ(εν): καὶ πῶς σήμερον τοῖς περὶ Νεῖλον αὐτὰς
59. παρεσ[χῆκ]ατε; διὰ τοῦ
αὐτοῦ ἐρμ(ηνέως) ἀπεκρ(ίνατο): ὁμοῦ λέγοντες ὅτι αὐτῶν ἐστὶν. / Ὁ σύνδικος αὐτῷ
εἶπ(εν): ὑπὸ σπορὰν αὐτοῖς παρεδόκατε τὴν γῆν; διὰ τοῦ αὐτοῦ ἐρμηναῖος

COLONNA IV

60. ἀπεκρ(ίνατο): αὐ ἄλλα παρεσχήκαμεν ὑπὲρ ἐκάστης ἀρούρης σίτου ἀρτάβας τρῖς.
Θεόδωρος ῥ(ήτωρ) εἶπ(εν): ψεύδεται· οὐδὲν εἴληφαν ἄλλα ἠναγκά[σ]θη [[.] μ[...]].
παραδέξασθαιε..

¹⁴ Cfr. Col. I. 16.

61. τῶν αὐτῶν γηδίων. / Ὁ σύνδικος εἶπ(εν)· καὶ ἐχρῆν σε πάραυτα ἀναγκασθέντα μέμφασθαι δι' ἐγγράφων καὶ μὴδὲ φόρον παραδέξασθαι. Νεῖλος δι' ἐρμ(ηνέως) εἶπ(εν)· πάραυτα ἦλθον τῶ
62. πραιποσίτῳ καὶ εἶπέν μοι· ἀνένεγκον λιβέλλον ἐπὶ τὸν ἔπαρχον. Ἀλέξανδρος εἶπ(εν)· ἵνα τοίν[υ] ἐντελέστερον ἀναδιδάξω τὴν σὴν ἐμμέλιαν, ἔστιν καὶ οἰκόπεδον τοῦ
63. αὐτοῦ ὀνόματος ἐπὶ τῆσδε τῆς πόλεως διακατεχόμενον ὑπὸ τῶν ἀντιδικῶν ἀπὸ πατρῴας αὐτῶν διαδοχῆς. / Ὁ σύνδικος Νεῖλω ἐντολικαρίῳ εἶπ(εν)· ἀκήκρας αὐτοῦ <τοῦ> διαδικούντο[ς]
64. μέρους φήσαντος διακατέχειν σε καὶ οἰκόπεδον τοῦ αὐτοῦ ὀνόματος τῶν γηδίων καὶ ὀφίλεις καταθέσθαι εἰ ἐν νομῇ τυγχάνις τοῦ οἰκοπέδ[ο] [υ] ἢ μέρου[ς] εἰ μὴ. Νεῖλος δι(ὰ) Ἄνου-
65. βίωνος ἀρχιπυρ(έτου) ἐρμ(ηνεύοντος) εἶπ(εν)· οὐκ οἶδα εἰ ἐν οἰκίᾳ. / Ὁ σύνδικος αὐτῶ εἶπ(εν)· τίς τοίνυν τὰ στεγανόμια κομίζεται; διὰ τοῦ αὐτ[οῦ] ἐρμ(ηνέως) ἀπεκρ(ίνατο)· οὐδεὶς. Κατέπεσεν¹⁵ γάρ. / Ὁ σύ[ν]δικος αὐτῶ εἶπ(εν)·
66. πῶς τοίνυν κατὰ τὴν ἀρχὴν ἕξαρνος ἐγίνου μὴ εἶναι οἰκόπεδον τούτου ὀνόματος, νυνὶ δὲ ὁμολογεῖς εἶναι μὲν, καταπεπτωκέναι δέ; Νεῖλος διὰ τοῦ αὐτοῦ ἐρμ(ηνέως) ἀπεκρ(ίνατο) ὅτι
67. οὐδὲν οἶδα οὐδὲ ἐνοίκια εἴληφον. / Ὁ σύνδικος εἶπ(εν)· θεῖου καὶ προσκυνητοῦ νόμου τῶν δεσποτῶν ἡμῶν αἰωνίων βασιλαίων παρατεθέντος ἐπὶ τῶν ὑπο-
68. μνημάτων τῆς ἐ[μ]ῆς μετριότητος διαρρήδη προστάτ<τον>τος εἰ τεσσαρακονταετῆς παρέλθοιεν χρόνος νομομένου τινὸς πράγματα μὴδὲ
69. δικαίαν ἀρχὴν ζητῆσθαι, ἐπὶ τοίνυν καὶ Γερμανὸς ἀπὸ κόμης Καρανίδος κατέθετο ὡς τῶν περὶ Ἡρωεῖδα καὶ Ταῆσιν ἐν νομῇ οὐσῶν τοῦ ὀνόματος
70. Ἀτισίου, διὰ δὲ τὸ ἐν φυγῇ αὐτὰς τὸ πρὶν εἶναι κατεσπάρθαι ὑπὸ τῶν ἀπὸ τῆς κόμης, κατέθετο δὲ καὶ ὁ ἀποσυστ[α]θεὶς ὑπὸ αὐτ[ο]ῦ ἐντολικάριος ἀνὴρ τῆς
71. Ἡρωεῖδ[ο]ς γινώσκειν καὶ τὸ οἰκόπεδον τοῦ ὀνόματος τῶν αὐτῶν ἀρουρῶν, ὅθεν ἀκόλουθόν ἐστιν αὐτῶ τῶ θείῳ καὶ [π]ροσκυνη[τ]ῶ νόμῳ καὶ τῇ πο-
72. λυχρονίῳ νομῇ ἀκολούθως καὶ τῇ φωνῇ Γερμανοῦ τοῦ μίζονος κόμης Καρανίδος ἔχεσθαι Ἡρωεῖδα καὶ Ταῆσιν τῶν αὐτῶν γηδίων καὶ τελεῖν
73. τὰ ὑπὲρ αὐτῶ[ν] εὐσ[ε]βῆ τελέσματα καθὰ καὶ ἐτέλουν ἐχόντων αὐτῶν καὶ τὸ οἰκόπεδον καὶ πᾶσαν τὴν εὐπορίαν τοῦ αὐτοῦ ὀνόματος. Οὐ γάρ ἐστιν
74. τῆς ἐμῆς μετριότητος θεῖου παρατεθέντος νόμου πολυχρόνιον παρασαλεύειν νομῆν. Νεῖλος εἶπ(εν)· ἐκκαλοῦμαι. / Ὁ σύνδικος αὐτῶ εἶπ(εν)· εἰς βιβλία.

¹⁵ I primi editori leggevano “Κατέπερσεν” e alla linea 66 “καταπρηκέναι”. Si veda *infra* nt. 74.

2.1. Traduzione.¹⁶

COLONNA I

1. [Copia del verbale. Dai ver]bali di [...]mion σύνδικος dell'Ars(inoite)]
2. [sotto il consolato dei Signori] nostri Augusti Costanzo per la seconda volta e Costante per la prima volta, il giorno 22 del mese di Pacon,
3. [in presenza di ¹⁷ eos e di Kareimos figlio di Gerontios e di Gerontios figlio di Ammonios e di Hierakapollon, consiglieri,
4. [e di ¹⁸] e di Neilos nilometro e di Anoubion archipereta e di Elia e di Samba cancellieri del σύνδικος,
5. [Taesis e Herais ¹⁹] del villaggio di Karanis agiscono contro gli eredi di Atisios attraverso il rappresentante Neilos qui presente.
6. [Theodoros avvocato ha letto: "Sotto il consolato de]i nostri Signori Augusti Costanzo per la seconda volta e Costante per la prima volta il 15 del mese di Pacon.
7. [Aurelia Taesis ²⁰ del] villaggio di Karanis del distretto dell'Arsinoite il marito dell'altra sorella Herais [] Aurelio
8. [Neilos ²¹ dalla metropoli] saluta. Poichè abbiamo una causa contro gli eredi di Atisio²² riguardo dei beni []
9. [] di Atisio, essendo noi a lui del tutto estranee, io che sono impossibilitata []
10. [] di fronte al σύνδικος al quale è stato dato il potere di giudicare per ordine di sua altezza il prefetto
11. [] ti incarico e mi rimetto a te e ti do pieno potere di agire contro di loro
12. [] in conformità ai nostri diritti, come se fossi presente. Valido e fedegno
13. [questo mandato rispetto a tutto ciò] che verrà trattato. Ti consegno, in una sola copia, questo mandato che è valido
14. [per tutto ciò che verrà trattato. Io Aurelia] Taesis, sopra menzionata, ti ho affidato il mandato come sopra risulta. Aurelius Morion
15. [ha scritto per lei analfabetà]". Dopo la lettura Theodoros avvocato disse: "Ingiustamente e contro le leggi perseguite,
16. [le mie clienti per le ter]re che non appartengono loro sono ricorse attraverso libelli al Signore

¹⁶ Dicevamo (*supra*, nt. 9) che abbiamo già pubblicato la nostra traduzione italiana del testo del papiro in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Romani Anteiustiniiani*, cit., 756 ss.), traduzione per la quale rinnoviamo qui, ancora, di cuore il nostro ringraziamento alla dr.ssa Rossana De Simone, archeologa ed epigrafista, per il prezioso e generoso aiuto.

¹⁷ Gli editori suppongono qui, oltre al nome, la presenza di un patronimico.

¹⁸ Gli editori suppongono qui, oltre al nome, l'indicazione di una funzione.

¹⁹ Gli editori suppongono qui la presenza di un patronimico, rinunciando a ipotizzare che fosse Atisio. Sul problema del nome del padre delle donne si veda *infra*, ntt. 36, 51 e 55.

²⁰ Gli editori suppongono qui la presenza di un patronimico.

²¹ Gli editori suppongono qui la presenza di un patronimico.

²² Sul valore dell'espressione "Ἐπειδὴ δίκη ἡμῶν ἀνάκειται" si veda *infra*, nel testo, p. 45 s.

17. [splendido prefetto d'Egitto], Flavio Filagrio e ciò che sua altezza ha ordinato concedimi di leggere”.
18. [Il *σύνδικος* disse a Theodoros: “Leggi gli ord]ini del mio signore splendido prefetto d'Egitto, Flavio Filagrio”. E
19. [disse: “Leggerò”. E ha letto: “Flavio Fi]lagro saluta il *σύνδικος* dell'Arsinoite. Cosa Herais e Taesis chiesero dalla copia

COLONNA II

20. del libello allegata potrai apprendere. E accertati, senza che in alcun modo sia d'impedimento la tassazione pubblica,
21. che venga data necessaria cura secondo le leggi alla loro richiesta. Ti saluto”.
Dopo la lettura aggiunse: “Leg-
22. gerò anche il libello”. E avendolo letto aggiunse: “Né avventatamente né a caso le mie clienti hanno presentato un libello
23. a sua altezza il prefetto”. E dopo che (Theodoros) parlò, Alexandros, avvocato, disse: “Oppongo un'eccezione”. Il *σύνδικος* gli rispose: “Chiarisci l'eccezione”. Alexandros disse:
24. “Sarebbe stato vantaggioso per i miei clienti agire di fronte a una corte più alta e contro manifesti sicofanti
25. avversari ottenere una pena; infatti hanno stravolto calunniosamente ogni cosa attraverso il libello che hanno presentato a sua altezza il prefetto. Ed ora io l'eccezio-
26. ne che opposi di fronte a questa spettabile Corte esporrò formalmente per provare a Sua Eccellenza che a torto
27. i nostri avversari hanno mosso la corte contro di noi. Quindi confidando nella legge divina e venerabile dei nostri Signori Eterni gli Augusti
28. sono venuto di fronte alla Corte, (legge) che stabilisce che il tempo di quaranta anni trascorso in possesso di beni in nessun modo rimuove
29. il possesso da un soggetto né l'origine antica sia oggetto di investigazione. Ora, il padre delle nostre avversarie possedette nei pressi del villaggio di Karanis dei campi abband-
30. nati o a lui ceduti, non sappiamo. Costui ne portò avanti la coltura e i proventi al proprio patrimonio
31. aggiunse, nel contempo pagò al sacro fisco le tasse pubbliche dovute per essi senza che alcuna controversia fosse sor-
32. ta per tutto il periodo dei quarantacinque anni nei quali godette del possesso, mi riferisco al padre delle avversarie che non mosse mai alcuna azione.
33. Ora sembra, per essere breve, che il padre delle nostre avversarie sia morto lasciando eredi le figlie, voglio dire le nostre avversarie che
34. impossibilitate a pagare le tasse richieste sui detti campi, presero la fuga.
Cosa poteva fare il *praepositus*
35. *pagi*? Avendo cura della propria sicurezza e contemporaneamente delle entrate pubbliche, venuto al villaggio
36. assegnò questi campi ai contadini per la coltura. Ma una delle nostre avversarie,

- sposato Neilos, l'uomo qui presente davanti
 37. alla corte, perseguì gli abitanti del villaggio per raccogliere l'affitto poiché loro
 avevano coltivato i campi durante l'anno precedente,
 38. e li rivendicò e li aggiunse al proprio patrimonio come proprietaria dei campi.
 Perciò, siccome loro ingannarono l'Altezza suprema (il prefetto d'Egitto),

COLONNA III

39. io chiedo che mi sia concesso di leggere la sacra e venerabile legge dei nostri Eterni
 Signori Augusti che stabilisce che se è trascorso
 40. un periodo di quaranta anni in favore di un possessore di beni, a nessuno è lecito
 in alcun modo invadere i beni o porre termine al possesso di lungo tempo”.
 41. Il *σύνδικος* gli disse: “Recita la divina e venerabile legge che affermi avere tra le mani”.
 E così recitò: “I nostri Signori Costantino Augusto
 42. e Costantino e Costanzo nobilissimi Cesari al *βουλευτής* Agrippino. Abbiamo stabilito
 che sia anche tenuto in considerazione il computo dell'antico possesso affinché
 43. da quelli se è stato stabilito che il [] per il quale vi è una controversia è stato
 posseduto per quaranta anni, non sia accertato il *titulus* del possesso. Abbiamo
 44. stabilito inoltre che in presenza di un giusto *titulus* [] sia data preferenza nella terra
 posseduta alla prescrizione di dieci o venti anni. *Et cetera.*” Dopo la lettura
 45. il *σύνδικος* disse ad Alexandros: “Sarebbe opportuno che tu leggessi anche l'atto
 di cessione fatto a loro al fine di conoscere l'intervallo di tempo e quali
 46. azioni possono essere intraprese secondo la sacra legge”. Alexandros disse:
 “Non sappiamo se furono abbandonati o ceduti: infatti è antico il tempo”.
 47. Il *σύνδικος* chiese all'avvocato Theodoros: “Da quanto tempo vostro padre è morto?”.
 Theodoros rispose: “Non da molto tempo”. Alexandros disse:
 48. “È trascorso un periodo di quaranta anni e più nel quale costoro hanno avuto possesso
 di questi campi.” Il *σύνδικος* gli chiese: “Quanti
 49. anni sono trascorsi dall'ispezione di Sabino il censore?”. Theodoros rispose:
 “Appena trentatré”. Il *σύνδικος* gli chiese: “Chi ha lo scorso an-
 50. no raccolto i frutti?”. Theodoros rispose: “I contadini del villaggio”. Neilos,
 rappresentante, rispose: “I contadini del villaggio”. Theodoros disse:
 “Da quando sono state in fuga le mie
 51. clienti per cinque anni e più e hanno vissuto in terra straniera, i contadini, dopo che
 i tributi per i campi passarono a loro,
 52. hanno coltivato la terra; tornate in patria le mie clienti, (i contadini) restituirono
 loro non solo questi campi, ma anche quelli
 53. registrati sotto il nome di Atisio, a loro che sono estranee a coloro che sono i veri,
 stabili proprietari.²³ Per questa ragione cercarono rifugio nel mio Signore
 54. l'illustre prefetto d'Egitto Flavio Filagro, chiedendo di non essere perseguitate²⁴

²³ Sull'interpretazione di “*τῶν δεσποτῶν ἐστηκότων*” si veda *infra*, nel testo, p. 44 ss.

²⁴ Cfr. Col. I. 16: *οὐ δέοντος καὶ παρὰ τοὺς νόμους ἐνοχλούμεναι*, ingiustamente e contro le leggi perseguitate.

- per queste terre, ma che ciascuno abbia le proprie terre e di non
55. essere responsabili per le terre altrui. Quindi, poiché sono presenti anche i contadini che possono dichiarare a chi appartengano le terre e chi le abbia seminate, chiedo
56. di introdurli per interrogarli”. Il *σύνδικος* chiese a Germanos: “Cosa dice il qui presente Germanos? Per quale ragione²⁵ avete seminato questa terra?”.
- Attraverso Anoubion,
57. interprete, rispose: “A ragion veduta le abbiamo seminate, affinché le tasse non ricadessero su di noi”. Il *σύνδικος* chiese: “Da quanto tempo le avete seminate?”. E attraverso lo stesso interprete rispose: “Le abbiamo seminate per una sola
58. indizione”. Il *σύνδικος* gli chiese: “E per quale ragione ora le avete date ai parenti di Neilos?”. E attraverso lo stesso
59. interprete rispose: “Perché tutti riteniamo che (la terra) appartiene a loro”. Il *σύνδικος* gli chiese: “Avete dato loro la terra seminata?”. E attraverso lo stesso interprete

COLONNA IV

60. rispose: “No, ma noi abbiamo dato loro tre artabe di grano per ogni campo”. Theodoros avvocato disse: “Mente; non hanno ricevuto nulla ma furono costrette ad accettare [] []²⁶
61. di queste terre. Il *σύνδικος* disse: “Ma sarebbe stato necessario, che tu, subito, appena costretto, esperissi un’azione per mezzo di un documento scritto e non accettassi l’affitto”. Neilos attraverso l’interprete disse: “Subito mi recai
62. dal *praepositus* e mi disse: “Presenta un libello al prefetto”. Alexandros disse: “Affinchè dunque io renda più edotta la tua equità, esiste anche una casa
63. sotto lo stesso nome in questa città, posseduta dagli avversari per eredità paterna”. Il *σύνδικος* chiese a Neilos rappresentante: “Hai sentito la tua avversa
64. parte dire che possiedi anche una casa (registrata) sotto lo stesso nome delle terre ed è necessario che tu dichiari se legittimamente possiedi la casa o una parte o no”. Neilos tramite Anou-
65. bion interprete archipereta rispose: “Non so se ci sia una casa”. Il *σύνδικος* gli chiese: “Chi dunque incassa l’affitto?”. Attraverso lo stesso interprete rispose: “Nessuno. Infatti è crollata”.²⁷ Il *σύνδικος* gli chiese:
66. “Come dunque prima hai negato che ci fosse una casa registrata a questo nome, e ora ammetti invece che ci sia, anzi che sia crollata?” Neilos attraverso lo stesso interprete rispose:
67. “Non so niente e non ho ricevuto nessun affitto”. Il *σύνδικος* disse: “Poiché la legge sacra e venerata dei nostri Signori gli Eterni Sovrani è stata depositata nei regi-

²⁵ Arangio Ruiz traduce *πρόφασιν* con *animus*.

²⁶ Si veda l’integrazione delle lacune di questa linea proposta da V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della ‘longissimi temporis praescriptio’*, cit., 220 nt. 7 e trascritta *infra*, nel testo, p. 49.

²⁷ Cfr. *infra* nt. 74.

68. stri²⁸ della mia moderazione,²⁹ (legge) che prevede chiaramente che se siano trascorsi quaranta anni in favore del possessore di beni
69. la giusta origine non sia oggetto di investigazione,³⁰ poiché inoltre anche Germanos del villaggio di Karanis ha dichiarato che Herais e Taisis possiedono legittimamente i beni registrati a nome
70. di Atisio, e poiché prima, mentre loro erano in fuga, (le terre) sono state seminate dai contadini del villaggio, e poiché ha dichiarato anche il rappresentante, da loro nominato, marito di
71. Herais, di conoscere anche una casa (registrata) sotto il nome degli stessi campi, da ciò deriva che, in base alla stessa sacra e venerata legge e
72. in ragione del possesso di lungo tempo e in concordanza con la testimonianza di Germanos capo del villaggio di Karanis, Herais e Taisis si tengano strette a queste terre e paghino
73. per esse le sacre imposte come anche pagavano sia per la casa sia per tutto il patrimonio registrato sotto quel nome. Non è infatti
74. conforme al mio senso di giustizia³¹ porre termine al possesso di lungo tempo, essendo stata depositata la sacra legge". Neilos disse: "Io presento appello". Il *σύνδικος* gli rispose: "Agli Atti".

3. La vicenda processuale.

Il papiro contiene il verbale di un processo svoltosi il 17 maggio del 339³² di fronte al *σύνδικος* dell'Armenoite.

Gli indizi offerti dalla pubblicazione della prima colonna, coordinati con i dati desumibili dal testo già noto, permettono oggi di superare molte delle difficoltà con le quali

²⁸ Sul valore della testimonianza di *ὁπομνήματα* si veda *infra* p. 57.

²⁹ È difficile rinvenire nella lingua italiana un termine che possa rendere in traduzione il greco *μετριότης*. Nella filosofia greca esprimeva l'idea della "moderazione" (il "giusto mezzo" aristotelico) e fu ideale ripreso anche a Roma, reso dal latino *mediocritas*: ci limitiamo a ricordare, ad esempio, l'oraziana *aurea mediocritas* e, ancora più tardi, nella convulsa temperie culturale tardo antica, il pensiero di Giuliano l'Apostata. Qui sembra essere utilizzato quasi per entificare la funzione giudicante, e quindi la figura del *σύνδικος* stesso, funzione evidentemente ispirata all'ideale della "moderazione" stessa, intesa forse anche come "senso di giustizia" (utilizzeremo questa espressione per tradurre *μετριότης* in Col. IV. 74) o "equità", equità alla quale, invero, si era appena prima appellato Alexandros: Col. II. 62: *ἵνα τοίν[υ]ν ἐντελέστερον ἀναδιδάξω τὴν σὴν ἐμ μ ἐ λ ι α ν*, affinché dunque io renda più edotta la tua e q u i t à .

³⁰ Cfr. il diverso aggettivo in Col. II.29: *μηδὲ π α λ α ι ἂ ν ζητῆσθαι ἀρχήν*.

³¹ Traduciamo qui *μετριότης* utilizzando l'espressione "senso di giustizia". In Col. IV 68 abbiamo tradotto lo stesso termine in modo più letterale con "moderazione". Si veda *supra* nt. 29.

³² Alla Col. I. 2 sono menzionati i due consoli, Costanzo, secondo consolato, e Costante, primo consolato, [Ἰππατείας τῶν δεσποτῶν] ἡμῶν Κωνσταντίου τὸ β' καὶ Κώνσταντος τὸ α' Αὐγούστων, il giorno ed il mese: Παχῶν [κ]β". Prima della pubblicazione della Col. I gli studiosi avevano tentato di definire una possibile collocazione cronologica del papiro sulla base di indizi interni al testo stesso. Si veda C. J. KRAEMER - N. LEWIS, *A Referee's Hearing on Ownership*, cit., 367 s.

si erano dovuti misurare in precedenza gli studiosi.³³ Ma le diverse lacune testuali, unite all'impossibilità di conoscere il contenuto del libello con cui viene esperita l'azione, letto in udienza³⁴ ma non verbalizzato perchè allegato in copia,³⁵ rendono tuttora non immediatamente identificabili i ruoli processuali dei protagonisti. E rimangono ancora irrisolte alcune incongruenze nello svolgimento del processo, che avremo modo di segnalare, dovute probabilmente anche alla sintesi della verbalizzazione.

3.1. Gli eventi che precedono la causa.

Le dichiarazioni degli avvocati trascritte nel verbale permettono di ricostruire gli eventi che precedono la causa e la ragione della controversia. Herais e Taesis ereditarono delle terre dal padre,³⁶ che le aveva possedute per più di quarantacinque anni e per le quali aveva regolarmente pagato le imposte.³⁷ Ricevuta l'eredità, le donne abbandonarono le terre, non potendo far fronte alle imposte. Il *praepositus pagi*, applicando le norme imposte dalla *adiectio sterilium* (la c.d. *ἐπιβολή*), assegnò le terre a dei contadini.³⁸ Trascorsi cinque anni,³⁹ le donne tornarono al villaggio e convenirono in giudizio i contadini per chiedere loro la restituzione delle terre.⁴⁰ Vinta l'azione, riceverono, insieme alle terre ereditate dal padre, anche altri campi, che sostenevano non appartenere loro, bensì agli eredi di un tale Atisio. Per tali terre erano state tuttavia costrette dal Fisco a pagare le imposte. Si erano allora rivolte al *praepositus pagi*,⁴¹ probabilmente con una petizione, per evitare di continuare a pagarle. Il *praepositus*, accertato di non poter evitare l'imposizione fiscale senza che prima si risolvesse la questione della titolarità delle terre, aveva suggerito di convenire in giudizio gli eredi di

³³ Un quadro degli studi è pubblicato in *Revisione ed integrazione dei Fontes Iuris Anteiustiniani*, cit., 764. Per un resoconto delle diverse ricostruzioni si veda *infra*, nt. 55.

³⁴ Col. II. 21 - 22: *ναυγινώσκω καὶ τὸν λιβέλλον. Καὶ ἀναγνοὺς προσέθηκεν*, leggerò anche il libello. E avendolo letto aggiunse.

³⁵ Col. I. 19 - Col. II 20: *ἐκ το ἀντιτύπου τοῦ συνευγμέν[ο]υ λιβέλλου*, dalla copia del libello allegata.

³⁶ Il nome del padre delle due donne non è mai indicato nel verbale. Molti studiosi ipotizzano che si chiamasse Atisio, come la persona al cui nome erano iscritti i terreni oggetto della lite, e che, quindi, la causa fosse nata in ragione di un problema di omonimia. Non ne era affatto convinto V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 221 nt. 8. Sul problema della omonimia tra il padre delle donne ed Atisio si veda ancora *infra* ntt. 51 e 55.

³⁷ Col. II. 29-32.

³⁸ Sul problema dell'abbandono delle terre e della responsabilità solidale dei contadini del villaggio (cfr. Col. III. 57: *εὐλαβῶς ἔχοντες μὴ εἰς ἡμᾶς τὰ τελέσματα ἔλθη κατεσπίραμεν ταύτας*, a ragion veduta le abbiamo seminate, affinché le tasse non ricadessero su di noi), si vedano, ad esempio, N. LEWIS, *Μεπιμιός ἀνακεχωρηκότων. An Aspect of the roman Oppression in Egypt*, in *JEA* 23, 1937, 63 ss.; A. H. M. JONES, *Il Tardo Impero (284-602 d.C.)*, III, (trad. it. di E. Petretti), Milano 1981, 1246 ss. e la letteratura citata *infra*, nt. 133.

³⁹ Cfr. *infra* nt. 70.

⁴⁰ L'avvocato Alexandros sostiene abbiano anche preteso il pagamento dell'affitto: Col. II. 37-38. Germanos lo conferma, dichiarando di aver consegnato tre artabe di grano per ogni campo, ma Theodoros lo negherà (Col. IV. 60).

⁴¹ Cfr. Col. III. 61-62.

Atisio adendo, per il tramite di un libello, il prefetto d'Egitto.⁴² Instaurato il processo, il prefetto aveva delegato al *σύνδικος* dell'Arsinoite la trattazione e la decisione della causa.⁴³ L'azione esperita dalle donne era dunque volta all'accertamento negativo della proprietà e la ragione della controversia era legata all'obbligo del pagamento delle imposte che le attrici pretendevano fosse da imputare ai convenuti, gli eredi di Atisio.

3.2. La parte convenuta: *ἱ κληρονόμοι Ἀτισίου*.

Fin qui la ricostruzione degli eventi che precedono l'udienza di fronte al *σύνδικος*. Le sorelle sono rappresentate da Neilos, marito di Herais, e difese dall'avvocato Theodoros; avvocato della controparte è Alexandros. Altro soggetto che compare nel verbale è Germanos, rappresentante dei contadini, testimone interrogato dal *σύνδικος*.⁴⁴

Come dicevamo, lo stato del papiro rende ancora oggi non immediatamente identificabili nel processo i ruoli dei protagonisti.

Il nome delle parti processuali era indicato nel verbale alla Col. I. 5, nella quale la lacuna in corrispondenza delle prime 20-25 lettere permette soltanto di leggere:

5. [- - - ±25 - - -]ώμης Καρανίδος πρὸς κληρονόμους Ἀτισίου δι' ἐντολικαρίου Νείλου τοῦ παρόντος ἐντυ<γ>χάνουσιν.

L'espressione *πρὸς κληρονόμους Ἀτισίου* legittima ad identificare come convenuti gli eredi di Atisio.

Conferme possono essere individuate in altre parti del papiro. Nel testo del mandato con il quale Herais nomina il cognato Neilos proprio rappresente processuale, letto da Teodoro di fronte al *σύνδικος* e trascritto in verbale, alla Col. I. 8-9 è detto:

Ἐπειδὴ δίκη ἡμῶν ἀνάκειται πρὸς κληρονόμους Ἀτισίου περὶ ὧν [] Ἀτισίου ἀλλοτρίων πανθάπασιν τυχανόντων αὐτοῦ

Poiché abbiamo una causa contro gli eredi di Atisio riguardo dei beni [] di Atisio, essendo noi del tutto a lui estranee

Nell'espressione “*ἐπειδὴ δίκη ἡμῶν ἀνάκειται*” la congiunzione *ἐπειδὴ* ha a nostro avviso valore causale e il sostantivo *δίκη* si riferisce alla causa cui appartiene l'udienza verbalizzata nel papiro, causa cominciata, attraverso la presentazione di un libello,⁴⁵ di fronte al prefetto

⁴² Cfr. Col. I. 22-23.

⁴³ Cfr. Col. I. 10; Col. I. 18 - 21.

⁴⁴ Col. III. 55: Ἐπὶ τοῖνυν παρίσιν καὶ οἱ ἀπὸ τῆς κόμης, quindi poiché sono presenti anche i contadini. Καὶ indica che i contadini sono considerati soggetti presenti in udienza in aggiunta alle parti processuali. Possiamo dunque già dedurre, come vedremo *infra* nel testo, il ruolo di testimoni dei contadini e non di convenuti, come era apparso ai primi editori del papiro (si veda il quadro tracciato *infra* alla nt. 55 delle diverse tesi che si sono susseguite in dottrina sui ruoli processuali).

⁴⁵ Cfr.: Col. II.25: (...) πάντα γὰρ ἐσυκοφάντησαν δι' οὗ ἀνήνεγκαν λιβέλλου ἐπὶ τὴν ἔπαρχον

d'Egitto Flavio Filagrio e da questi demandata per la decisione al *σύνδικος*.⁴⁶ Coerentemente, alla Col. I.11 Herais, infatti, dichiara:

[]εν, ἐντέλλομαί σοι καὶ ἐπιτρέπω καὶ αὐτοτελῆ ἐξουσίαν διδομι ὥστε δικάσασθαι
πρὸς αὐτοὺς

[] ti incarico e mi rimetto a te e ti do pieno potere di agire
contro di loro

La causa cui Herais fa riferimento è proprio quella che si sta svolgendo, come dimostrato da un altro dato desumibile dalla Col. I. 19 e Col. II.20, nelle quali è verbalizzato il contenuto dell'atto con cui Flavio Filagro delegava la decisione della causa al *σύνδικος*. Qui il verbo ἀξιόω è significativamente utilizzato all'aoristo per indicare il *petitum*:

Φλάβιος Φιλάγριος συνδίκω Ἀρσινοίτου χαίρειν· τίνα ἤξιωσεν Ἡραεῖς καὶ Ταῆσις,
ἐκ τοῦ ἀντιτύπου τοῦ συνζευγμέν[ο]υ λιβέλλου μαθεῖν δυνήσει.

Flavio Filagro saluta il *σύνδικος* dell'Arsinoite. Potrai apprendere cosa Herais e Taesis chiesero dalla copia del libello allegata.⁴⁷

Il processo era dunque già cominciato di fronte al prefetto d'Egitto e l'udienza tenuta di fronte al *σύνδικος* ne costituiva una fase successiva. I *κληρονόμοι Ἀτισίου* erano venuti a conoscenza del contenuto del libello con il quale era stato adito il prefetto, per il mezzo della *παραγγελία*. Il giorno del *conventus* il prefetto aveva delegato la trattazione e la decisione della causa al *σύνδικος*.⁴⁸

3.3. La parte attrice, Ταῆσις καὶ Ἡραεῖς, e la natura dell'azione.

Torniamo alla Col. I. 5. Alcuni dati permettono di formulare un'ipotesi per colmare la lacuna iniziale che, come già detto, non consente di leggere il nome della parte attrice. L'uso

ἐξουσίαν, "infatti hanno stravolto calunniosamente ogni cosa attraverso il libello che hanno presentato a Sua Altezza il Prefetto".

⁴⁶ Secondo altra interpretazione la congiunzione ἐπειδὴ assumerebbe un'accezione temporale ed indicherebbe un riferimento ad una causa pendente, diversa da quella sottoposta alla decisione del *σύνδικος*: "da quando abbiamo una causa". Su questa linea B. KRAMER - D. HAGEDORN, *Zum Verhandlungsprotokoll P. Columbia VII 175*, cit., 232 traducevano: «weil wir einen Prozess anhängig haben gegen die Erben des Atisis», in cui l'aggettivo 'anhängig' rende il greco ἐπειδὴ, che secondo gli editori indicherebbe un'azione durativa. Nelle note alla ricostruzione delle linee 8-9 (p. 236) proponevano una «denkbare Ergänzung, die sehr viel für sich hat, scheint uns zu sein *περὶ ὧν* *πρ[ο]φ[ί]ε[ρ]ον]ται γηδίων εἶναι τοῦ πατρός Ἀτισίου*», sul presupposto di una omonimia tra il padre delle donne e il *de cuius* dei convenuti che gli autori hanno tentato di dimostrare. Considera, da ultima, «più probabile» l'ipotesi che l'espressione "ἐπειδὴ δίκη ἡμῶν ἀνάκειται" esprima «l'indicazione al *defensor civitatis* di quanto richiesto al prefetto d'Egitto» P. BIANCHI, *Sulla praescriptio costantiniana. P. Col. VII 175: ricostruzione di una vicenda processuale*, in AARC 17.2, Roma 2009, 735.

⁴⁷ Col. III. 62: ἀνεγκον λιβέλλον ἐπὶ τὸν ἔπαρχον.

⁴⁸ Sul processo provinciale si veda la bibl. citata *infra*, nt. 80.

del verbo ἐντυγχάνω alla terza persona plurale impone, anzi tutto, di escludere che attore fosse il Fisco, come era stato supposto da Carlo Augusto Cannata,⁴⁹ e come si è continuato a credere anche dopo la pubblicazione della Col. I.⁵⁰ Induce invece a ritenere, come suggerito dall'integrazione proposta da H. A. Rupprecht e J. Hengstl, che nella lacuna iniziale dovesse essere indicati i nomi di Ταῆσις καὶ Ἡραῖς.⁵¹ Che d'altra parte attrici fossero le due sorelle emerge con chiarezza dal contenuto del mandato di Herais, alla Col. I. 8-9, che abbiamo già letto ma che trascriviamo per comodità del lettore:

Ἐπειδὴ δίκη ἡμῶν ἀνάκειται πρὸς κληρονόμους Ἀτισίου περιῶν [] Ἀτισίου ἀλλοτρίων
πανθάπασιν τυγχανόντων αὐτοῦ

Poichè abbiamo una causa contro gli eredi di Atisio riguardo dei beni [] di Atisio, essendo noi del tutto a lui estranee

Qui l'aggettivo ἀλλότριος è riferito alle donne, all'interno di un genitivo assoluto, ed esprime la condizione di soggetti estranei ad Atisio, cui fa riferimento il pronome αὐτοῦ.

Confermano tale interpretazione un passaggio dell'arringa di Theodoros trascritto alle linee Col. III. 52 – 53, nelle quali si ritrova lo stesso aggettivo ἀλλότριος:

εἶτα τῶν βοηθουμένων ἐπανελθόντων ἐπὶ τὴν θρεψαμένην, παραδέδωκαν μὲν αὐταῖς
τὰς ἀρούρας, παραδέδωκαν δὲ καὶ τὰ ἀπὸ ὀνόματος Ἀτισίου {ων} ἀλλοτρίαις
πανθάπασιν καθεστηκίαις τῶν δεσποτῶν ἐστηκότων.

In questa frase ci sembra di poter accogliere il suggerimento di B. Kramer e D. Hagedorn⁵² di espungere, come errore del redattore, il relativo ὦν. A lasciarlo nel testo, esso dovrebbe essere considerato un genitivo dipendente dall'aggettivo ἀλλότριος anche qui, come nella Col. I.9, riferito alle donne, ma in dativo perché collegato al precedente αὐταῖς. Il testo

⁴⁹ C. A. CANNATA, 'Possessio', 'possessor', 'possidere' nelle fonti giuridiche del basso impero romano. Contributo allo studio del sistema dei rapporti reali nell'epoca postclassica, Milano 1962, 68 ss., 70 nt. 37.

⁵⁰ Si vedano gli studi citati *infra* alla nt. 55.

⁵¹ La proposta di integrazione di H. A. Rupprecht e J. Hengstl - [Ταῆσις καὶ Ἡραῖς Padre ἀπὸ κ] - è forse anche confortata dalla presenza della stessa espressione - ἀπὸ κ]ώμης Καρανίδος - che alla successiva linea 7 identifica una delle sorelle, Aurelia Taesis - [Αὐρηλία Ταῆσις Padre ἀπὸ] κώμης Καρανίδος - dove l'integrazione appare invece certa. I primi editori della Col. I si erano uniformati invece alla ricostruzione dei primi editori delle altre colonne del papiro, ritenendo ancora attrici le sorelle e convenuti i contadini. Integrarono di conseguenza la lacuna della prima parte di Col. I. 5: [Αὐρήλιος Γερμανός μεῖζων κ]ώμης Καρανίδος πρὸς κληρονόμους Ἀτισίου δι' ἐγτολικαρίου Νείλου τοῦ παρόντος ἐντυ<γ>χάνουσιν. Non proposero una traduzione del testo della prima colonna, ma sembra avessero proprio alla linea 5 inteso il plurale del verbo ἐντυγχάνω riferito ai κληρονόμοι Ἀτισίου che identificarono con le due donne. Avevano intuito la possibile omonimia tra il padre delle donne e il titolare delle terre e, dopo aver svolto alcune indagini su altri papiri, pensarono ad una indicazione delle parti processuali che cominciasse con l'indicazione dei convenuti e poi delle attrici, che agivano per mezzo del rappresentante Neilos. Coerentemente alla presunzione di omonimia avevano poco dopo letto nella Col. I. 16: [- - - ±25 - - -] ὦν τῶν μὴ διαφερόντων Ἀ[τ]ίσις κατά...[ἐξ]έτασιν διὰ λιβέλλων ἐπὶ τὸν κύριον.

⁵² Zum Verhandlungsprotokoll P. Columbia VII 175, cit., 238.

andrebbe di conseguenza così tradotto: “tornate in patria le mie clienti, (i contadini) restituirono loro non solo questi campi, ma restituirono anche quelli registrati sotto il nome di Atisio, a loro che si dichiarano del tutto estranee ad essi, esistendo i veri proprietari”. “*Τῶν δεσποτῶν ἐστηκότων*” andrebbe considerato un genitivo assoluto e le donne sarebbero indicate come estranee, *ἀλλότριαι*, ai terreni.

L'intero periodo viene invece reso omogeneo a quello contenuto in Col. I. 8-9 ove si supponga, come suggeriscono gli editori appena citati, che il redattore abbia sì prima scritto il relativo “*ων*”, ma che abbia subito dopo deciso di cambiare struttura alla frase, dimenticando di eliminarlo ed aggiungendo solo tardivamente il sigma finale ad *ἀλλότριαι*, per concordarlo con l'*ἀύταις* della precedente linea, sigma che i primi editori avevano letto e trascritto come lettera leggibile e quindi inserita nel testo, ma che in realtà appare scritto un po' sopra la iota finale di *ἀλλότριαι*, come gli editori sostengono sia ben visibile sul papiro.⁵³

Espunto così dal testo {*ων*}, e inserito il sigma tra i segni diacritici ‘*ς*’, le donne risultano estranee non alle terre (cui farebbe riferimento il relativo *ων*) bensì ai proprietari delle terre che vanno sotto il nome di Atisio, come alla linea 8 lo erano ad Atisio. Il tratto va allora tradotto in questo modo:

tornate in patria le mie clienti, (i contadini) restituirono loro non solo questi campi, ma restituirono anche quelli registrati sotto il nome di Atisio, a loro che sono estranee a coloro che sono i veri proprietari.⁵⁴

Ed è forse possibile che *ἐστηκός* possa essere anche inteso come “che è presente”. I *δεσπόται*, che sono i “*κληρονόμοι Ἀτισίου*” della linea 9, sarebbero allora detti *ἐστηκότες* perché presenti in giudizio.

La lettura combinata di Col. I. 8-9 e Col. III. 52 – 53 svela dunque sia le parti processuali, le due sorelle contro gli eredi di Atisio, sia l'oggetto della causa, vale a dire il disconoscimento della proprietà dei soli terreni registrati a nome di Atisio.⁵⁵

⁵³ L'assenza di fotografie relative a questa parte di papiro (cfr. *supra* nt. 9 e il nostro *Rescriptum Constantini*, cit., 738 s.) ci impedisce di verificare la lettura.

⁵⁴ B. KRAMER - D. HAGEDORN, *Zum Verhandlungsprotokoll P. Columbia VII 175*, cit., 238, tradussero il tratto: «sie übergang ihnen aber auch die Ländereien, die auf den Namen des Atisig registriert sind, obwohl sie überhaupt nichts mit denen zu tun haben, die deren Eigentümer sind».

⁵⁵ In assenza della Col. I, C. J. Kraemer jr. e N. Lewis, primi editori del papiro, avevano considerato attrici le sorelle e convenuti i contadini, rappresentati da Germano, in un'azione volta al disconoscimento dell'appartenenza di alcuni terreni, “a parcel registered as a portion of the estate of one Atisios.” (C. J. KRAEMER JR. - N. LEWIS, *A Referee's Hearing on Ownership*, cit., 365). Il mancato riconoscimento, in tale ricostruzione, del ruolo svolto dagli eredi di Atisio fu però dovuta, come rilevato più tardi da Arangio Ruiz, anche dal fraintendimento di Col. III. 52-53 che C. J. Kraemer jr. e N. Lewis tradussero: «Then, when my clients returned to their native village, the villagers handed over to them the fields. But they handed over also the property from the estate of Atisios, when the actual owners of that property appeared (with the claim that) the land was absolutely not their own». Se abbiamo ben compreso, con tale traduzione invero poco aderente al testo, ritennero che Teodoro, avvocato delle due donne, sostenesse che i contadini avevano restituito alle stesse anche un appezzamento di terra formalmente iscritto al nome di «un certo Atisio», appezzamento di cui le donne, attuali possessori, con il reclamo presentato, disconoscevano la proprietà. I *δεσπόται ἐστηκότες*, secondo tale lettura, erano dunque le stesse donne. Ipotizzarono inoltre che il padre delle donne avesse nome Atisio,

supponendo, senza tuttavia esplicitarlo, che la questione dovesse essere nata anche in ragione di un problema di omonimia. Seguirono nel tempo questa interpretazione: L. WENGER, *Verschollene Kaiserconstitutionen*, in *Hist. Jahresb. der Görres-Gesellschaft*, 1940, 364 ss. e in tempi più recenti, anche dopo la pubblicazione, in diverse edizioni, del testo della prima colonna, J. A. CROOK, *Legal Advocacy in the roman World*, London 1995, 104 ss. e E. CHEVREAU, *Le temps et le droit: la réponse de Rome. L'approche du droit privé*, Paris 2006, 127 s. Diversa fu l'interpretazione proposta da V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 218 ss., il quale, pur avendo evidenziato esplicitamente la ragione del contendere, vale a dire l'appartenenza di parte delle terre restituite dai contadini, quelle iscritte sotto il nome di Atisio, non riconobbe alcun ruolo nella vicenda processuale agli eredi di quest'ultimo poichè tradusse Col. III. 52-53: «*cum autem ipsae in patriam revertissent, non modo (easdem) aruras vicani tradiderunt, sed et terras tradiderunt sub nomine Atisii inscriptas, quarum praecedentibus dominis prorsus extraneae erant*». Diversamente da C. J. Kraemer jr. e N. Lewis, Arangio Ruiz comprese che le donne erano estranee non alle terre ma ai proprietari delle terre, ma tradusse l'espressione «*τῶν δεσποτῶν ἐστηκότων*» «*praecedentibus dominis*» non intuendo in tal modo, anche in ragione dell'assenza degli indizi che sarebbero stati offerti anni dopo dalla Col. I, che si potesse invece far riferimento agli attuali proprietari delle terre. Arangio Ruiz riconobbe allora come convenuto il Fisco, rappresentato dal *praefectus pagi*, in analogia con la vicenda tramandata da P. Thead. 13 (APF 3, 339 ss.), in cui un contadino agiva contro il Fisco per dimostrare di non dover pagare le tasse su terreni che non gli appartenevano. Rigettò, infine, con ferma convinzione l'ipotesi di omonimia tra il padre delle donne ed il titolare delle terre in questione. L'interpretazione di Arangio Ruiz fu poi seguita da M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni*, Milano 1958, 197 ss., il quale tuttavia non si occupò della ricostruzione della vicenda processuale, intento soltanto ad esaminare la parte del papiro contenente il riferimento alla costituzione, e da F. DE MARINI AVONZO, *Diritto e giustizia nell'Occidente tardoantico*, in *La giustizia nell'alto Medioevo (secoli V-VIII), Settimane di studio del Centro italiano di studi sull'Alto Medioevo XLII*, 7-13 aprile 1994, I, Spoleto 1995, 120 s. (= *Dall'Impero cristiano al medioevo. Studi sul diritto tardoantico*, Goldbach 2001); EAD., *I rescritti nel processo del IV e V secolo*, in AARC 11, Napoli 1997, 32 ss. (= *Dall'Impero cristiano al medioevo*, cit.). Nel 1962, ruoli opposti, attore il Fisco, convenute le sorelle, furono attribuiti da C. A. CANNATA, *Possessio, 'possessor', 'possidere'*, cit., 68, 70 nt. 37. Tale ricostruzione è stata seguita negli anni, ancora dopo la pubblicazione del testo della prima colonna, da L. SOLIDORO MARUOTTI, *Studi sull'abbandono degli immobili nel diritto romano. Storici giuristi imperatori*, Napoli 1989, 287; EAD., *La tutela del possesso in età costantiniana*, Napoli 1998, 349 nt. 227; F. DE MARINI AVONZO, *Lezioni di storia del diritto romano*, Padova 1999, 290 s., che cambiò opinione rispetto a precedenti studi (citati *supra*, in questa stessa nota); D. MANTOVANI, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, in E. GABBA – D. FORABOSCHI, D. MANTOVANI, *Introduzione alla storia di Roma*, Milano 1999, 518; M. SARGENTI, *La diffusione del materiale normativo nell'impero romano*, in *L'information et la mer dans le monde antique*, Roma 2002, 33 ss., 53; L. DE GIOVANNI, *Istituzioni scienza giuridica codici nel mondo tardoantico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 248 s. Nel 1979 R. S. BAGNALL - N. LEWIS, *Hearing before the Defensor Civitatis*, cit., primi editori della Col. I, si uniformarono alla ricostruzione dei primi editori delle altre colonne del papiro, ritenendo attrici le sorelle e convenuti i contadini. Ad una interpretazione del tutto differente pervennero, invece, nel 1982, B. KRAMER e D. HAGEDORN, *Zum Verhandlungsprotokoll P. Columbia VII 175*, cit., sulla base di una nuova lettura sia della Col. I, sia del resto del papiro. Questi ultimi ritennero attrici le sorelle e convenuti gli eredi di Atisio. Riconobbero invece a Germano, rappresentante dei contadini, il ruolo di testimone. Tale nuova lettura, rimasta inspiegabilmente in ombra per diversi anni, è stata di recente accolta da V. MANNINO, *Ricerche sul "Defensor civitatis"*, Milano 1984, 4 e 44 s.; R. M. FRAKES, *Contra potentium iniurias. The Defensor Civitatis and Late Roman Justice*, München 2001, 50 s.; M. HEATH, *Metalepsis, paragraphe and the scholia to Hermogenes*, in *Leeds. International Classical Studies 2.2*, 2003, (<http://www.leeds.ac.uk/classics/lics/>), 21 e, da ultime, da P. BIANCHI, *Sulla praescriptio costantiniana*, cit., *passim* e da L. SOLIDORO MARUOTTI, *La perdita dell'azione civile per decorso del tempo nel diritto romano. Profili generali*, in *Teoria e storia del diritto 3*, 2010 (= *I percorsi del diritto. Esempi di evoluzione storica e mutamenti del fenomeno giuridico*, Torino 2011, 132 ss.), che ha mutato opinione rispetto ai precedenti studi citati *supra* in questa stessa nota.

3.4. La ragione dell'azione.

La ragione per la quale l'azione è intentata, invece, vale a dire l'imputazione dell'obbligo del pagamento delle imposte ai convenuti, è resa del tutto evidente in diversi tratti del papiro.

Alla Col. I. 16 Teodoro sostiene che le proprie clienti erano ricorse al prefetto d'Egitto Flavio Filagrio presentando un libello,⁵⁶ poiché “οὐ δέοντως καὶ παρὰ τοὺς νόμους ἐνοχλούμεναι”, ingiustamente e contro le leggi perseguite.⁵⁷ Che a perseguire le donne fosse il Fisco si evince anzi tutto dalla preoccupazione che il prefetto d'Egitto esprime nell'atto di delega al *σύνδικος*:

Καὶ φρόντισον τῆς δημοσίας ἀπαιτήσεως κατὰ μηδένα τρόπον ἐμποδιζομένης τῆς ἀξιώσεως αὐτῶν τὴν δέουσαν πρόνοιαν κατὰ τοὺς νόμους ποιήσασθαι.

E accertati, senza che in alcun modo sia d'impedimento la tassazione pubblica, che venga data necessaria cura secondo le leggi alla loro richiesta.

Nell'arringa difensiva, inoltre, Alexandros sottolinea come il padre delle donne avesse sempre pagato le tasse sui terreni senza mai contestarne la titolarità⁵⁸ e che l'abbandono da parte delle eredi aveva determinato il problema del mancato introito fiscale. Il *praefectus pagi* aveva infatti dovuto assegnarli a dei contadini. La decisione del *σύνδικος*, infine, coerentemente, riconoscendo in capo alle donne la titolarità delle terre, anche quelle registrate a nome di Atisio, imputa alle stesse l'obbligo del pagamento delle imposte.⁵⁹

3.5. Lo svolgimento della causa.

Veniamo ora allo svolgimento dell'udienza, apertasi con la lettura del libello presentato dalle donne al prefetto d'Egitto, non trascritto nel verbale, come dicevamo, perchè allegato in copia.

Alexandros, avvocato dei convenuti, fa precedere la proposizione della propria eccezione, quale opposizione alla richiesta attrice, dalla considerazione che i propri clienti avrebbero potuto adire una corte più alta per ottenere una condanna per calunnia delle attrici. Torneremo su questo inciso.⁶⁰

L'eccezione è impennata sul tentativo, che risulterà vincente, di impostare la linea difensiva sul presupposto che la causa verta sulla titolarità di un patrimonio unico.⁶¹ Nell'arringa viene così

⁵⁶ La presentazione del libello da parte delle donne è confermata da Col. II. 20-22.

⁵⁷ Cfr. Col. III. 54: *μηδαμῶς ἐνοχλείσθαι προφάσι τῶν αὐτῶν γηδίων*.

⁵⁸ Cfr. Col. 31.

⁵⁹ Cfr. Col. IV.72-73.

⁶⁰ *Infra*, nel testo, p. 52 ss.

⁶¹ Sul valore della *παραγραφή* in questo papiro si veda M. HEATH, *Metalepsis, paragraphe*, cit., 21. Sull'avvocatura in età postclassica ed, in particolare, in Egitto, si vedano J. A. CROOK, *Legal Advocacy in the Roman World*, cit., 104 ss.; M. HEATH, *Practical Advocacy in Roman Egypt*, in *Oratory in Action*, Manchester 2004, 62 ss.; B. KELLY, *Petitions, Litigation and Social Control in Roman Egypt*, Oxford 2011.

evitato ogni cenno a una possibile separazione tra il patrimonio ereditario delle donne ed i beni registrati a nome di Atisio, di cui le attrici negavano di essere titolari. Considerando, dunque, un patrimonio unitario, Alexandros sostiene che non può essere accolta la pretesa attrice di riconoscimento della titolarità di una parte di esso perché osta la norma per la quale l'essere trascorsi quarant'anni nei quali un soggetto abbia posseduto un bene “μηδαμῶς ἀποκινῆσθαι παρ' αὐτοῦ τὴν νομὴν μηδὲ παλαιὰν ζητῆσθαι ἀρχὴν”, impedisce che tale soggetto possa non essere riconosciuto titolare del bene, indipendentemente da una verifica del titolo che ne avesse giustificato in origine l'acquisto. E poiché il padre delle donne aveva posseduto per più di quarantacinque anni le terre poi lasciate in eredità alle figlie, pagando regolarmente le tasse e non intentando mai alcuna azione volta a disconoscere la titolarità, anche alle donne, *iure successionis*, è da imputare sia la titolarità dell'intero patrimonio sia l'obbligo del pagamento delle imposte.

Tale titolarità, con la conseguente imputazione dell'obbligo fiscale, è per altro dimostrata dalla circostanza che le donne, dopo la fuga, tornate in patria, avevano convenuto in giudizio i contadini del villaggio - ai quali le terre erano state assegnate dal *praefectus pagi* per garantire allo Stato la continuità dell'introito fiscale - ottenendo la restituzione sia delle terre sia dei proventi.

A suggello dell'esposizione della propria linea difensiva Alexandros chiede di leggere il testo della costituzione “ὅς κελεύει εἰ παρέλθοιεν τεσσαρακονταετῆς χρόνος νεμομένου τινὸς πράγματα μηδαμῶς ἐπιβένιν τινὰ τοῖς πράγμασιν ἢ παραλύειν τὴν πολυχρόνιον νομὴν”, che stabilisce che, trascorso un periodo di quaranta anni in favore di un possessore, a nessuno è lecito in alcun modo invadere i beni o porre termine al possesso di lungo tempo. Ecco il testo:

Οἱ δεσπότε ἡμῶν Κωνσταντῖνος Σεβαστὸς καὶ Κωνσταντῖνος καὶ Κωνσταντίος ἐπιφανέστατοι Καίσαραις Ἀγριππίνῳ βουλευτῇ καὶ παλαιᾷ νομῆς εἰς τοσοῦτον ἤρρεσεν ἔχεσθαι τὸν λογισμὸν ἵνα ἀπ' ἐκίνων εἰ συνέστηκεν τὸ [...]. περὶ οὗ ἐστὶν ἡ ζήτησις τεσεράκοντα ἔτεσιν νενεμησθαι μηδὲ τὸν κανόνα τῆς νομῆς ζητῆσθαι. Ἡρρεσεν καὶ δικαίον κανόνος [...]. ρ. κοντος τῆ τῆς δεκ[α]ετίας ἢ εἰκοσαετίας παραγραφῆ τὴν κάτοχον βοθηεῖσθαι καὶ τὰ ἐξῆς.

I nostri Signori Costantino Augusto e Costantino e Costanzo nobilissimi Cesari al βουλευτῆς Agrippino. Abbiamo stabilito che sia tenuto in considerazione anche il computo dell'antico possesso affinché da quelli se è stato stabilito che il [...] ⁶² per il quale vi è una controversia è stato posseduto per quaranta anni, non sia accertato il *titulus* del possesso. Abbiamo stabilito inoltre che in presenza di un giusto *titulus* [] sia data preferenza alla prescrizione di dieci o venti anni nella terra posseduta. ⁶³ *Et cetera*.

Alexandros, dunque, invoca l'applicazione di una norma del diritto romano. ⁶⁴

⁶² V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 225 nt. 20 suggeriva l'integrazione <χωρίον> o <κτῆμα>, poiché i primi editori assicuravano che non poteva esser letto nè *πράγμα* nè *γηδίον*.

⁶³ Su l'espressione 'nella terra posseduta' si veda *infra* nel testo, p. 60 ss.

⁶⁴ Neilos appare un egiziano che non conosce neanche il greco, come Germanos e, possiamo presumere, anche i convenuti, ma è certo che almeno lo stesso Neilos e Taesis fossero *Aurelii*. Cfr. Col. I. 7 e 14.

Dopo la *recitatio*⁶⁵ il *σύνδικος*, concentrato sul testo della costituzione e, in particolare, sull'alternativa tra la norma del lungo possesso, quello quarantennale, e la più nota *praescriptio longi temporis*, di dieci o vent'anni, si rivolge ad Alexandros per affermare che sarebbe opportuno che egli leggesse l'atto di cessione delle terre per conoscere da quanto tempo possa dirsi che le attrici posseggano le terre e capire così “τὰ ἀκόλουθα τῷ θείῳ νόμῳ πραχθῆναι δυναθῆναι”, quali azioni possono essere intraprese secondo la sacra legge. Nella sostanza, quale delle due applicare. Mostra, tuttavia, di aver prestato scarsa attenzione alle parole poco prima pronunciate dell'avvocato, il quale, alle precedenti linee 29-30, aveva infatti già dichiarato di non sapere se le *ἀρούραι* fossero state abbandonate (*ἐκποιηθείσαι*) o cedute (*παραχωρηθείσαι*) al padre delle attrici. Alexandros è dunque costretto a ripetere: “εἴται ἐξεποιήθησαν εἴται παρεχωρήθησαν οὐκ εἴσμεν”, non sappiamo se furono abbandonati o ceduti.⁶⁶ Proprio per tale ragione “παλαιὸς γάρ ἐστιν ὁ χρόνος”, deve dunque applicarsi la norma del lungo possesso.⁶⁷

Il *σύνδικος* chiede allora all'avvocato Theodoros da quanto tempo fosse morto il padre delle donne, quasi a ricercare ancora un riferimento temporale utile. Tanto che Alexandros sente di dover ancora una volta ribadire, dopo la risposta di controparte, che non v'è alcuna alternativa: “παρελήλυθεν τεσσαρακονταετῆς χρόνος καὶ πρὸς, αὐτῶν νεμομένων ταύτας τὰς ἀρούρας”, è trascorso un periodo di quaranta anni e più, nel quale le donne hanno avuto possesso di questi campi.⁶⁸

Il funzionario chiede allora, ancora con lo stesso intento, quanto tempo fosse trascorso dall'ispezione di Sabino il censore. L'avverbio *μάλα μόλις*, “appena”, premessa alla risposta “trentatré” mostra che anche Theodoros è convinto dell'impraticabilità della strada intrapresa dal *σύνδικος*.⁶⁹ Non vi sono riferimenti temporali utili per coprire l'arco temporale di quarant'anni nel quale collocare l'eventuale accertamento possessorio compiuto in sede di censimento.

Il *σύνδικος* chiede allora chi avesse raccolto i frutti l'anno precedente. La domanda offre a Theodoros l'occasione per opporre alla versione fornita dalla controparte delle vicende precedenti la causa, la propria ricostruzione dei fatti: le donne, ricevuta l'eredità, avevano

⁶⁵ Il verbo *ἀναγιγνώσκω* indica l'attività della *recitatio* anche in Cost. *Tanta* 19: *ἐν διηαστερίῳ ἀναγιγνώσκειν - in iudiciis recitare*. Sulla prassi della *recitatio* si veda: E. WEIß, *Recitatio und responsum im römischen Provinzial-prozeß, ein Beitrag zum Gerichtsgebrauch*, in ZSS 33, 1912, 212 ss.; F. v. SCHWIND, *Zur Frage der Publikation im römischen Recht*, München 1940, 182; E. WILLIAMS, *The libellus Procedure and the Severan Papyri*, in JRS 64, 1974, 90 s.; F. DE MARINI AVONZO, *La politica legislativa di Valentiniano III e Teodosio II*, Torino 1975, 66 ss.; N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali nelle province (II-III sec. d.C.)*, in IURA 28, 1977, 84; D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis in der hohen Prinzipatszeit*, in ZSS 98, 1981, 41; P. VOCI, *Note sull'efficacia delle costituzioni imperiali. I. Dal principato alla fine del IV secolo*, in *Studi di diritto romano II*, Padova 1985, 290; G. G. ARCHI, *Le codificazioni postclassiche*, in *La certezze del diritto nell'esperienza giuridica romana*. Atti del convegno di Pavia 26-27 aprile 1985, Padova 1987, 155.

⁶⁶ Col. III. 46. Sulla corrispondenza tra *παραχωρεῖν* ed *inducere in possessionem* si veda V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 229.

⁶⁷ Nell'espressione *παλαιὸς γάρ ἐστιν ὁ χρόνος* l'aggettivo *παλαιὸς* qui riferito a *χρόνος* è lo stesso utilizzato nella *recitatio* della costituzione riportata alla precedente Col. II. 42: “*παλαιῶς νομῆς ... τὸν λογισμὸν*”.

⁶⁸ L'imputazione alle donne del possesso anche del padre è applicazione dell'antico principio della *successio possessionis*.

⁶⁹ C. J. KRAEMER - N. LEWIS, *A Referee's Hearing on Ownership*, cit., 368 s.

abbandonato le terre, non potendo far fronte alle imposte. Trascorsi cinque anni,⁷⁰ erano tornate al villaggio. I contadini, ai quali era stata affidata la coltura delle terre abbandonate, avevano restituito loro, insieme a quelle ereditate dal padre, anche altre terre, registrate a nome di un certo Atisio, al quale però le donne non erano legate da alcun rapporto di parentela. Di tali terre erano invece titolari i κληρονόμοι Ἀτισίου, presenti in giudizio, οἱ δεσπότηαι ἐστηκότες. Si erano così rivolte al prefetto d'Egitto, Flavio Filagro, chiedendo di non essere ritenute responsabili per il pagamento delle tasse su terre appartenenti ad altri.

A questo punto Theodoros fa una mossa che risulterà perdente: chiama a testimoniare Germanos, rappresentante dei contadini del villaggio, perché possa dichiarare chi fosse titolare delle terre contese.

Ora, i contadini erano proprio coloro che, convenuti in giudizio dalle donne, avevano loro restituito le terre contese. Sembra, dunque, quella dell'avvocato, una strategia quantomeno incauta. Tant'è che Germanos non può che dichiarare di aver restituito alle donne, proprio perché ritenute titolari, sia le terre, sia tre artabe di grano per ogni campo.⁷¹

La difficoltà di Theodoros sono solo all'inizio. Egli tenta di negare che le donne abbiano mai ricevuto l'affitto. Se si accetta in Col. III. 60-61:

οὐδὲν εἴληφαν ἀλλὰ ἠναγκά[σ]θη [] μ[...]. παραδέξασθαιε.. τῶν αὐτῶν γηδίων.

non hanno ricevuto nulla ma furono costrette ad accettare [] [] di queste terre.

l'integrazione delle lacune proposta da Arangio Ruiz

οὐδὲν εἴληφαν, ἀλλὰ ἠναγκά[σ]θησαν αἱ ἡ>μ[έτε]ραι παραδέξασθαι [τὸ τελέσματα] τῶν αὐτῶν γηδίων

non hanno ricevuto nulla ma furono costrette ad accettare le imposte di queste terre

si può sostenere che Theodoros abbia aggiunto che le proprie clienti non avevano ricevuto nulla ma erano state costrette ad accettare di pagare i tributi per le terre delle quali disconoscevano la titolarità. Il riferimento alle sole terre iscritte sotto il nome di Atisio rimane nella trascrizione del redattore dunque implicito.

⁷⁰ La durata di cinque anni dell'assenza delle donne, affermata dall'avvocato Theodoros (Col. III. 51) non risulta in realtà provata in giudizio. L'avvocato Alexandros sostiene che i contadini coltivarono la terra per un anno (Col. II. 37) e Germanos, testimone, rappresentante dei contadini, lo conferma indicando una sola indizione (Col. III. 58). Così V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 220 nt. 5. Sulla *indictio* annuale si vedano: O. SEECK, v. *Indictio*, in PWR 9, 1916, 1327 ss.; E. CICCOTTI, *I tributi e l'amministrazione finanziaria nel mondo antico*, Padova 1960, 170ss. e R. S. BAGNALL – K. A. WÖRZ, *The Chronological Systems of Byzantine Egypt*,² Leiden and Boston, 2004.

⁷¹ Aveva già notato l'errore difensivo V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 219 nt. 3 il quale anche per tale ragione credette impossibile aderire all'interpretazione dei primi editori del papiro, secondo cui convenuti erano i contadini. Ma tale errore costituisce un'evidente incongruenza che permane irrisolta anche a considerare convenuti i κληρονόμοι Ἀτισίου.

All'incalzare dell'interrogatorio da parte del *σύνδικος*, il quale osserva che sarebbe stato opportuno, appena costrette a pagare le imposte,⁷² non accettare l'affitto⁷³ ed esperire subito un'azione, risponde Neilos, quasi a voler soccorrere l'avvocato e rimediare alla brutta piega che l'udienza sembrava prendere. Neilos ricorda che le donne si erano rivolte al *praepositus pagi*, il quale, accertato di non poter evitare l'imposizione fiscale senza che prima fosse risolta la questione della titolarità, aveva invitato ad adire il prefetto tramite un libello, proprio quel libello che le donne avevano presentato e che aveva determinato l'attribuzione della causa alla competenza del *σύνδικος* e l'apertura dell'udienza in corso.

Ancora una volta sembra emergere una conduzione dell'udienza da parte del *σύνδικος* assai poco accorta.

L'intervento riparatore di Neilos impone ad Alexandros di adoperarsi per apportare alla propria linea difensiva qualche altro elemento. Per dimostrare l'appartenenza dei beni registrati a nome di Atisio al patrimonio ereditario delle donne dichiara che esiste una casa a Karanis registrata sotto lo stesso nome delle terre contese, e di cui le donne risultano essere possessori.

La mossa risulta vincente perché provoca il crollo della linea difensiva della parte attrice.

Neilos, infatti, cade in evidente contraddizione. Dopo aver tentato di negare l'esistenza della casa, pur di non ammettere di ricevere per essa un affitto, sostiene che è crollata.⁷⁴

La tesi dei convenuti risulta dunque provata. Se è, infatti, attestato che la casa registrata a nome di Atisio è in possesso delle donne, risulta di conseguenza dimostrato che lo siano anche le terre sotto lo stesso nome e che l'intero patrimonio sia da considerare parte dell'eredità delle donne. E poiché è stata depositata nei registri la legge che impedisce che possa essere disconosciuta la titolarità dei beni posseduti per più di quarant'anni e che non è necessaria un'indagine relativa al *titulus* iniziale, non può essere accolta la domanda di Herais e Taesis:

ᾠθεν ἀκόλουθόν ἐστιν (...) ἔχουσαι Ἡρωεῖδα καὶ Ταῆσιν τῶν αὐτῶν γηδίων καὶ τελεῖν τὰ ὑπὲρ αὐτῶν εὐσεβῆ τελέσματα

da ciò deriva che, (...) Herais e Taesis si tengano strette a queste terre⁷⁵ e paghino per esse le sacre imposte.

Theodoros, non desiste e dichiara la propria intenzione di proporre appello.⁷⁶

⁷² Si ricordi Col. I. 15: *οὐ δεόντως καὶ παρὰ τοὺς νόμους ἐνοχλοῦμεναι*, ingiustamente e contro le leggi perseguite.

⁷³ Il *σύνδικος* non crede affatto all'affermazione di Alexandros: Col. II. 60: *ψεύδεται· οὐδὲν εἴληφαν*, mente; non hanno ricevuto nulla.

⁷⁴ H. A. Rupprecht - J. Hengstl leggono qui "Κατέπεσεν" ed alla linea successiva *καταπεπρωκέναι*, considerando entrambi forme verbali di *καταπίπτω* e seguendo B. KRAMER - D. HAGEDORN, *Zum Verhandlungsprotokoll P. Columbia VII 175*, cit., 239 s., i quali sostenevano che «sich auch im Foto verifizieren lassen». Gli editori precedenti leggevano invece "Κατέπρησεν" e alla linea 66 "καταπρηκέναι", forme verbali di *καταπίμπρημι*. C. J. KRAEMER - N. LEWIS, *A Referee's Hearing on Ownership*, cit., 366 traducevano così l'espressione "Κατέπρησεν γάρ." «it has burned down» e Arangio Ruiz «*iam enim incensa est*».

⁷⁵ Sul valore di tale espressione si veda *infra* nel testo, p. 60 s.

⁷⁶ Si veda su questo punto F. PERGAMI, *L'appello nella legislazione del Tardo Impero*, Milano 2000, 407.

4. I profili di rilievo giuridico del papiro. La funzione giurisdizionale dell'ἐπάρχος τῆς Αἰγύπτου. La figura del σύνδικος e il problema della identificazione con il *defensor civitatis*.

Il documento, definito da Arangio Ruiz «di primissimo ordine»,⁷⁷ offre al giurista importanti indizi per la ricostruzione di diversi istituti.

Un primo aspetto è costituito dalla conferma della già nota funzione giurisdizionale dell'ἐπάρχος τῆς Αἰγύπτου.⁷⁸ La data dell'udienza, 17 maggio,⁷⁹ e la delega a giudicare la causa al σύνδικος dell'Arsinoite devono indurci a ipotizzare che si tratti di una causa istruita da Flavio Filagro nell'Arsinoite, nel corso dell'annuale *conventus*.⁸⁰

Altro profilo di rilievo è la figura del σύνδικος quale organo che esercita una funzione giudicante, sebbene per delega dell'ἐπάρχος τῆς Αἰγύπτου, a capo di un ufficio dotato di propria organizzazione (compaiono infatti βουλευῆται, δημοσίοι, un νελομέτρος e un ἀρχωπηρέτος che assume anche la funzione di ἐρμηνεύς)⁸¹ e, aspetto questo di notevole interesse, di un proprio archivio, gli ὑπομνήματα, registri nei quali, si legge, viene depositata la copia del testo della costituzione recitata da Alexandros.⁸²

C. J. Kraemer Jr. e N. Lewis, primi editori del papiro, tradussero il termine “σύνδικος” “*defensor civitatis*”, supponendo l'identificazione tra le due figure. Tale identificazione fu unanimemente accolta in letteratura, sulla scia interpretativa che aveva portato agli inizi del Novecento i primi editori di Pap. Frib. 2.11 (Ossirinco, 336 d.C.) ad identificare con il *defensor civitatis* un'altra figura che rivestiva la funzione di giudice, denominata ἑκδικος,⁸³ sulla base anche di C. 6.1.5,⁸⁴ nel quale il *defensor civitatis* appare presente già nel 319.⁸⁵

⁷⁷ V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 218.

⁷⁸ Si veda, da ultima, G. D. MEROLA, *Per la storia del processo provinciale romano. I papiri del medio Eufrate*, Napoli 2012, 72 ss.

⁷⁹ Si veda *supra*, p. 39.

⁸⁰ Cfr. *supra*, p. 42. Il Prefetto d'Egitto esercitava la funzione giurisdizionale sia presso la propria sede istituzionale, Alessandria, sia in altre città nelle quali si recava nella prima parte dell'anno (gennaio-agosto.) Si veda, per tutti, G. FOTI TALAMANCA, *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano. I. L'organizzazione del 'conventus' del 'praefectus Aegypti'*, Milano 1974; EAD., *Ricerche sul processo nell'Egitto greco-romano. II.2 L'introduzione del giudizio*, Milano 1979. Sul valore del *conventus* nel processo provinciale si veda, da ultimo, F. AMARELLI, *Il conventus come forma di partecipazione alle attività giudiziarie nelle città del mondo provinciale romano*, in *Politica e partecipazione nelle città dell'impero romano*, Roma 2005, 1 ss.

⁸¹ Cfr. Col. I. 3-4.

⁸² Col. II. 67-68.

⁸³ B. P. GRENFELL – A. S. HULL, *The Oxyrhynchus Papyri*, VI, London 1908, 234 ss.

⁸⁴ C. 6.1.5 (*Imp. Constantinus A. ad Ianuarium*) *Mancipia diversis artibus praedita, quae ad rem publicam pertinent, in isdem civitatibus placet permanere, ita ut, si quis tale mancipium sollicitaverit vel avocandum crediderit, cum servo altero sollicitatum restituat, duodecim solidorum summa inferenda rei publicae illius civitatis, cuius mancipium abduxit: libertis quoque artificibus, si sollicitati fuerint, cum eadem forma civitati reddendis: ita ut pro fugitivo servo, si sollicitudine defensoris non fuerit requisitus et revocatus, idem defensor duo vicaria mancipia exigatur, nec beneficio principali nec venditione in eius persona iam de cetero valituris. [a. 319. D. XVI k. Mart. Constantino A. V et Licinio C. conss.]*.

⁸⁵ L. MITTEIS, *Neue Urkunde*, in *Miszellen*, in ZSS 30, 1909, 401; J. PARTSCH, *P. Freiburg. 11. Ein Antrag an den defensor civitatis*, in *Sitzungsberichte der Heidelberger Akademie der Wissenschaften* 10, 1916, 46 ss.; U.

Per quanto forti incertezze permangano in ordine al rapporto tra *σύνδικος* e *ἔκδικος*,⁸⁶ l'identificazione tra *defensor civitatis* e *σύνδικος* sembra ulteriormente testimoniata in

D. 50.4.18.13 (Arcad. *l. s. de mun. civil.*) *Defensores quoque, quos graeci syndicos appellant, et qui ad certam causam agendam vel defendendam eliguntur, laborem personalis muneris adgrediuntur.*

D. 50.4.1.2 (Hermog. 1 *epit.*) *Personalia civilia sunt munera defensio civitatis, id est ut syndicus fiat.*⁸⁷

Ma, come recenti studi hanno dimostrato, deve essere messa in dubbio la possibilità di fondare sia su queste ultime testimonianze sia su C. 6.1.5 la tesi della equiparazione tra le due figure. È infatti probabile che le fonti si riferiscano al *syndicos* inteso come figura di rappresentante processuale.⁸⁸ Il *σύνδικος* di Pap. Col. VII, 175 è invece un giudice e, come tale, è probabile che possa essere considerato al più un precedente storico della figura che solo più tardi, nel 364 o, come è stato sostenuto, nel 368,⁸⁹ fu introdotto da Valentiniano I.

4.1. I “*συκοφάνται ἀντιδίκου*”: un riferimento alla *calumnia actoris*.

Alexandros, avvocato dei convenuti, alla Col. II. 24-25, fa precedere la proposizione della propria eccezione da una considerazione sulla possibilità che i propri clienti avrebbero avuto di adire una corte più alta per ottenere una condanna contro “avversari sicofanti”. Ci troviamo – ci preme qui ricordarlo - in un'udienza che costituisce, come abbiamo visto, un momento di un processo già cominciato di fronte al prefetto.⁹⁰

WILCKEN, *XIV P. Columb. Inv. 181-182*, in *APF* 13, 1939, 242; V. ARANGIO-RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 219. M. FELICI, *Riflessioni sui munera civilia di Arcadio Carisio*, in *Gli statuti municipali*, Pavia 2005, 159 nt. 82.

⁸⁶ B. R. REES, *The Defensor Civitatis in Egypt*, in *JJP* 6, 1952, 79.

⁸⁷ Su questi testi si vedano: E. ALBARTARIO, *Syndicus*, in *BIDR* 27, 1914, (= *Scritti di diritto romano* I, Milano 1933, dai quali citiamo) 121 ss.; E. DE SIMONE, *Actor sive syndicus*, in *Syntelesia Arangio-Ruiz*, Napoli 1964, 1063 ss.; F.M. DE ROBERTIS, 'Syndicus'. *Sulla questione della rappresentanza processuale dei 'collegia' e dei 'municipia'*, in *SDHI* 36, 1970, 304 ss.; F. M. DE ROBERTIS, v. *Syndicus*, in *NNDI* 18, Torino 1971, 1008; F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, 4.2, Napoli 1975², 849; ID., *Storia della costituzione romana*, 5², Napoli 1975, 501 ss.; A. BISCARDI, *Rappresentanza sostanziale e processuale dei 'collegia' in diritto romano*, in *IURA* 31, 1980, 1 ss.; M. BALESTRI FUMAGALLI, *I 'libri singulares' di Aurelio Arcadio Carisio*, Milano 1978, 53 ss.; F. PERGAMI, *Sulla istituzione del defensor civitatis*, in *SDHI* 61, 1995, (= *Studi di Diritto romano tardo antico*, Torino 2011, dai quali citiamo) 105 ss.; R. M. FRANKS, *Late Roman Social Justice and the Origin of the Defensor civitatis*, in *The Classical Journal* 89, 1994, 337 ss.; E. SILVESTROVA, *Il titolo CTh. 1,29 de defensoribus civitatum e il sistema del Codice Teodosiano*, in *ACRC* 14, 2003, 253 ss.

⁸⁸ Si veda già Gaio in D. 3.4.1-2, Paolo in D. 3.4.6.1 e Ulpiano in D. 43.24.5.10.

⁸⁹ Da ultimo, F. PERGAMI, *Sulla istituzione del defensor civitatis*, cit.

⁹⁰ Cfr. *supra* p. 41 ss.

εὐκταῖον μὲν ἦν τοῖς <ς> συνηγοροῦμένοις τὸν ἀγῶνα συστήσασθαι ἐπὶ τοῦ μίζονος δικαστηρίου πρὸς τὸ συκοφάντας φανείσας τὰς ἀντιδίκους τιμωρίαν ὑποστήναι· πάντα γὰρ ἐσυκοφάντησαν δι' οὗ ἀνήνεγκαν λιβέλλου ἐπὶ τὴν ἔπαρχον ἔξουσίαν.

Sarebbe stato vantaggioso per i miei clienti agire di fronte a una corte più alta, e contro manifesti sicofanti avversari ottenere una pena; infatti hanno stravolto calunniosamente ogni cosa attraverso il libello che hanno presentato a Sua Altezza il Prefetto.

Se ben abbiamo ricostruito lo svolgimento della vicenda processuale, individuato correttamente i ruoli assunti nel processo dalle parti - attrici le donne, convenuti gli eredi di Atisio - e la natura dell'azione - un processo privato teso all'accertamento negativo della titolarità dei fondi - è allora molto probabile che l'avvocato alludesse a un'ipotesi di *calumnia actoris*⁹¹ e, a riflettere sulla celebre testimonianza gaiana, Gai 4.175-176, è verosimile che alludesse alla possibilità di esperire il *iudicium calumniae*.⁹²

Ora, è noto il dibattito in dottrina sulla natura di questa azione e sui presupposti e le modalità con i quali essa era esperita sia in diritto classico, nell'ambito del processo formulare,⁹³ sia in diritto postclassico, prima di essere abrogata da Giustiniano.⁹⁴ E se nessun indizio il

⁹¹ Sul concetto di *calumnia* elaborato in diritto classico, relativo al processo privato e, in particolare, sui mezzi adottati per la sua repressione, si vedano: H.F. HITZIG, v. '*Calumnia*', in PWRE 3, 1887, 1415; M. WŁASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess*, in ZSS 33, 1912, 119; M. LAURIA, *Calumnia*, in *Studi in memoria di U. Ratti*, Milano 1934, (= *Studi e ricordi*, Napoli 1983, dai quali citiamo), 269 ss.; M. LEMOSSE, *Recherches sur l'histoire du serment de 'calumnia'*, in RHD 21, 1953, 30 ss.; U. BRASIELLO, v. *Calumnia (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* 5, Milano 1959, 814 ss.; S. SERANGELI, *C. 7.16.31 e le azioni contro il litigante temerario*, in BIDR 71, 1968, 199 ss.; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, 423 s.; F. BARREIRO, *Ética de las relaciones procesales romanas: recursos sancionadores del ilícito procesal*, in SCDR 1, 1989, 65 ss.; J.G. CAMIÑAS, *Presupuestos textuales para una aproximación al concepto de calumnia en el Derecho privado romano*, in SCDR 3, 1991, 27 ss.; ID., *Régimen jurídico del "iusiurandum calumniae"*, in SDHI 60, 1994, 457 ss.; ID., *Ensayo de reconstrucción del título IX del edicto perpetuo: 'De calumniatoribus'*, Santiago de Compostela 1994; D. A. CENTOLA, *Alcune osservazioni in tema di calumniator nel processo privato romano dalla repubblica al principato*, in SDHI 66, 2000, 165 ss.; ID., *La disciplina della condotta vessatoria delle parti nel processo romano*, in TSDR 5, 2012, 41 ss.; E. BIANCHI, *La "temerarietà" nelle Istituzioni di Gaio (4.171-182)*, in SDHI 57, 2001, 239 ss.; C. BUZZACCHI, *Abuso del processo nel diritto romano*, Milano 2002; A. M. GIOMARO, *La scelta del mezzo giudiziale in ipotesi di temerarietà della lite 'ex parte actoris'*, in *Studi urbinati* 69, 2001/02, 205 (= *Atti del Convegno «Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico. In memoria di A. Biscardi»* - Siena, Certosa di Pontignano, 13-15 Dicembre 2001 = *Rivista di diritto romano*); EAD., *Per lo studio della calumnia. Aspetti di "deontologia" processuale in Roma antica*, Torino 2003, 107ss.; EAD., *La diversa collocazione del De calumniatoribus: scuola o pratica giudiziale?*, in AARC 16, 2007, 537 ss.; S. SCIORTINO, *Intorno a Interpretatio Theodosiani 9.39 'De calumniatoribus'*, in AUPA 52, 2007-2008, 215 ss.

⁹² Non vi sono infatti tracce che possano legittimare ad ipotizzare l'impiego del diverso mezzo del *iusiurandum*.

⁹³ Si veda l'efficace quadro tracciato da C. BUZZACCHI, *Abuso del processo nel diritto romano*, cit., 137 ss. e, da ultimo, i riferimenti in D. A. CENTOLA, *La disciplina della condotta vessatoria*, cit.

⁹⁴ Cfr. C. 7.16.31; Cons. 6.2; I. 4.16.1; PT. 4.16.1. Sul regime della *calumnia* nel processo privato di età postclassica si vedano: M. WŁASSAK, *Praescriptio und bedingter Prozess*, cit., 119; H. KRÜGER, *Das summaticum*

nostro papiro può offrire sul piano sostanziale per la ricostruzione della fattispecie dell'atto illecito della *calumnia actoris*,⁹⁵ una prova non trascurabile offre, almeno con riguardo al processo provinciale di età costantiniana, per la ricostruzione delle modalità con le quali poteva essere esperito il *iudicium calumniae*.

La scarsità di testimonianze, dovuta alla sua abrogazione da parte di Giustiniano, ha da sempre costretto gli studiosi a desumerne la disciplina soltanto dall'analisi della testimonianza gaiana, appena sopra richiamata:

Gai 4.175-176: *Et quidem calumniae iudicium adversus omnes actiones locum habet, et est decimae partis, praeterquam quod adversus adsertorem tertiae partis est. 176. Liberum est autem ei, cum quo agitur, aut calumniae iudicium opponere aut iusiurandum exigere, non calumniae causa agere.*⁹⁶

Tralasciamo di esaminare le diverse questioni che il testo solleva⁹⁷ e soffermiamoci soltanto sull'espressione *calumniae iudicium opponere*.

Il verbo *opponere*, utilizzato spesso in riferimento alla *exceptio*, non risulta, come è noto, mai impiegato in relazione al termine *iudicium* o *actio*.⁹⁸ Da ciò è scaturita una pluralità di ipotesi ricostruttive che hanno supposto l'esistenza di diversi strumenti, dall'impiego di una *praescriptio* premessa alla formula dell'azione principale, all'inserimento di una clausola nella *condemnatio* che autorizzasse il giudice a condannare al pagamento della pena l'attore, all'esistenza di un'*actio* autonoma, con formula *in factum, poenalis* da far valere in un processo autonomo.⁹⁹

A noi pare che, ove si assuma il termine *iudicium* nell'accezione, più volte testimoniata, indicante la *formula*, si debba di conseguenza ritenere che il convenuto, *in iure*, potesse chiedere al magistrato di inserire, nello stesso documento, accanto alla formula chiesta dall'attore, la formula del *iudicium calumniae*, in modo che le due questioni fossero decise da uno stesso giudice:¹⁰⁰ assolto il convenuto sulla base della formula dell'azione principale, l'attore

cognoscere und das klassische Recht, in ZSS 45, 1925, 44 s.; M. LAURIA, *Calumnia*, cit., 129; G. PROVERA, *La plurispettito nel processo romano. 2. La cognitio extra ordinem*, Torino 1960, 21 ss.; S. SERANGELI, *C. 7.16.31 e le azioni contro il litigante temerario*, cit.; R. BONINI, *Il titolo 'de poena temere litigantium' (4,16) delle Istituzioni giustiniane*, in AG. 176, 1969, 27 ss.; C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, cit., 140 ss.

⁹⁵ La natura di atto illecito privato non è riconosciuta alla *calumnia actoris* da tutti gli studiosi. Rimandiamo, ancora, a C. BUZZACCHI, *L'abuso del processo nel diritto romano*, cit., 137 ss.

⁹⁶ Cfr. I. 4.16.1 e P. Th. 4.16.1.

⁹⁷ Si veda in proposito la letteratura citata *supra* alla nt. 91.

⁹⁸ Gai 4.163: *praeterquam si calumniae iudicium ei oppositum fuerit decimae partis*; Gai 4.181: *ei neque calumniae iudicium opponitur*.

⁹⁹ Rimandiamo, ancora, agli autori citati *supra* alla nota 91.

¹⁰⁰ Intendiamo fare riferimento allo stesso meccanismo testimoniato in TPSulp. 31 (=34), individuato da G. PURPURA, *Tabulae Pompeianae 13 e 34: due documenti relativi al prestito marittimo*, in AA. VV., *Atti dell'Accademia di Scienze, Lettere ed Arti di Palermo*, serie V, 2 (1982), 449 ss. (= *Atti del VII Congresso Internazionale di Papirologia (Napoli, 19-26 maggio 1983)*, III, Napoli 1984, 1245 ss., = *Id. Studi romanistici in tema di diritto commerciale marittimo*, Soveria Mannelli 1996, pp. 252 ss.) e secondo l'interpretazione data da R. SANTORO, *Le due formule della Tabula Pompeiana 34*, in AUPA 38, 1985 (= *Scritti Minori*, I, Torino 2009, dai quali citiamo), 329 ss. riferito alla formula della *sponsio tertiae partis* e dell'*actio certae creditae*

sarebbe stato condannato al pagamento della pena, sulla base della formula del *iudicium calumniae*. Il convenuto poteva, dunque, far valere la *calumnia* dell'attore già nella fase *in iure*: la propria assoluzione avrebbe così costituito condizione non per l'esperimento dell'azione, bensì per la condanna dell'attore calunniatore.

Per quel che riguarda l'età postclassica, esigue fonti testimoniano la sopravvivenza del *iudicium calumniae* attestando, anche nell'ambito del processo *extra ordinem*, che la *calumnia* continuava a esser fatta valere nell'ambito dello stesso giudizio, senza aspettare l'assoluzione del convenuto.¹⁰¹ Nel rimandare agli studi condotti in dottrina, ci importa qui rilevare come, in tale contesto, non sia improbabile che il nostro papiro possa costituire una seppur tenue conferma di tale regime.

Si desume, infatti, dalle parole di Alexandros che i convenuti avrebbero potuto far valere la *calumnia actoris* già subito dopo l'istaurazione della lite. Viene così confermato, almeno per l'età costantiniana, il principio per cui il convenuto avrebbe ancora potuto far valere la calunnia della parte attrice senza attendere la fine del processo e la propria assoluzione, ma portando subito a conoscenza del giudice l'illecito comportamento dell'attore, al fine di ottenere il pagamento di una somma di denaro a titolo di pena. L'unica variante rispetto alle ipotesi ricostruttive avanzate in passato per l'età postclassica sembra essere qui costituita dallo spostamento di competenza: la causa avrebbe dovuto essere trattata di fronte ad una corte più alta. Ma è probabile che proprio il trasferimento di competenza fosse qui dovuto non all'applicazione di una regola generale, quanto piuttosto alla sola circostanza particolare che il *σύνδικος*, che giudicava solo per incarico dell'*ἐπάρχος τῆς Αἰγύπτου*, non avrebbe potuto pronunciarsi su una questione non espressamente indicata nella delega.

4.2. La testimonianza di una costituzione di Costantino: i riferimenti al disposto normativo durante l'udienza.

Non v'è dubbio che l'aspetto più interessante di Pap. Col. VII, 175 sia costituito dalla *recitatio* della costituzione riportata in Col. III. 41-41. Prima di esaminarne il contenuto guardiamo ai riferimenti al disposto normativo emersi nel corso dell'udienza. Alexandros, durante la propria arringa, richiama per ben due volte la norma prima di chiedere al *σύνδικος* il permesso di recitarne il testo. Alla Col. II. 28-29 dice:

κελεύει τὸν ἐν νομῇ τυγχάνοντα πραγμάτων τεσσαρακονταετῆ χρόνον μηδαμῶς ἀποκινῆσθαι παρ' αὐτοῦ τὴν νομὴν μηδὲ παλαιὰν ζητῆσθαι ἀρχήν.

(legge) che stabilisce che il tempo di quaranta anni trascorso in possesso di beni in nessun modo rimuove il possesso da un soggetto né l'origine antica sia oggetto di investigazione.

pecuniae. Per la letteratura più recente su TPSulp. 31 rimandiamo, per tutti, con diversi ordini di idee sul funzionamento della *praescriptio* testimoniata, a L. PELLECCHI, *Praescriptio, processo, diritto sostanziale, modelli espositivi*, Padova 2003 e M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008. Analogo meccanismo deve, inoltre, essere supposto per le formule delle *actiones ex sponsiones* dell'*agere ex interdicto cum poena*.

¹⁰¹ Si veda, per tutti, M. LAURIA, *Calumnia*, cit., *passim* e S. SERANGELI, *C. 7.16.31 e le azioni contro il litigante temerario*, cit., *passim*.

L'essenza del disposto normativo è indicato nel principio per cui la circostanza di fatto, costituita dall'essere trascorso un periodo di tempo lungo quarant'anni nel quale un soggetto ha posseduto un bene, “μηδαμῶς ἀποκίνει παρ' αὐτοῦ τὴν νομὴν”, in nessun modo rimuove il possesso da costui,¹⁰² costituisce vale a dire un vincolo assoluto a qualsiasi possibilità di contestazione in ordine alla titolarità, senza che sia necessario accertare παλαιὰν ἀρχήν, l'antica origine, vale a dire l'originario *titulus* che ne aveva giustificato l'acquisto.

Alla Col. II. 39-40 Alexandros, ancora una volta, richiama l'essenza del disposto normativo, adottando tuttavia una prospettiva diversa:

εἰ παρέλθοιεν τεσσαρακονταετῆς χρόνος νεμομένου τινὸς πράγματα μηδαμῶς ἐπιβένιν τινὰ τοῖς πράγμασιν ἢ παραλύειν τὴν πολυχρόνιον νομὴν

se è trascorso un periodo di quaranta anni in favore di un possessore di beni, a nessuno è lecito in alcun modo invadere i beni o porre termine al possesso di lungo tempo.

Mentre alla Col. II. 27-29 il trascorrere del tempo ha un effetto positivo, diretto, sulla situazione possessoria, mutandone natura e, di conseguenza, inchiodando il possessore alla titolarità del bene, qui lo stesso trascorrere del tempo è considerato nel suo effetto negativo, come causa che impedisce ad altri di “ἐπιβένιν τοῖς πράγμασιν”, di invadere i beni o “παραλύειν τὴν πολυχρόνιον νομὴν”, porre termine al possesso di lungo tempo.¹⁰³ Il trascorrere di quarant'anni impedisce, vale a dire, a qualsiasi terzo di avanzare pretese volte a prender possesso del bene o a porre termine al ‘possesso di lungo tempo’ altrui.

Durante l'udienza ancora un riferimento al disposto normativo si trova nelle parole del σύνδικος che, in Col. III. 67-69, riproduce quasi gli stessi termini utilizzati da Alexandros:

διαρρήδην προσταττοντος εἰ τεσσαρακονταετῆς παρέλθοιεν νομομένου τινὸς πράγματα μηδὲ δικαίαν ἀρχὴν ζητῆσθαι

(legge) che prevede chiaramente che se siano trascorsi quaranta anni in favore del possessore di beni la giusta origine non sia oggetto di investigazione

Nell'espressione “διαρρήδην προστατ<τον>τος εἰ τεσσαρακον-ταετῆς παρέλθοιεν” riecheggiano chiaramente le parole di Alexandros in Col. II. 39-40: “εἰ παρέλθοιεν τεσσαρακονταετῆς χρόνος τινὸς πράγματα μηδαμῶς” e in “μηδὲ δικαίαν ἀρχὴν ζητῆσθαι” la frase “μηδὲ παλαιὰν ζητῆσθαι ἀρχήν” in Col. II. 29.

L'antica origine' diviene, nel discorso del σύνδικος, ‘giusta origine’.

Un ultimo riferimento al disposto normativo è infine accennato dal σύνδικος, in Col. IV 72 e 74, a fondamento della propria decisione: τῇ πολυχρονίῳ νομῇ ἀκολούθως, in ragione del possesso di lungo tempo; παρασαλεύειν πολυχρόνιον νομὴν, porre termine al possesso di lungo tempo.

¹⁰² V. Arangio Ruiz traduce: «*numquam discedere possessionem ab eo*».

¹⁰³ Arangio Ruiz traduceva il verbo ἐπιβαίνω con il verbo latino *invado* e παραλύω con *inquieta*.

Anche qui ritroviamo ancora un richiamo delle parole pronunciate da Alexandros in Col II. 40: “*παρὰλύειν τὴν πολυχρόνιον νομὴν*”.

Sembra verosimile che il *σύνδικος* non conoscesse la costituzione e che ne citasse il contenuto ricordando quasi a memoria le parole dell'avvocato.

4.2.1. La *recitatio* del testo: il riferimento alla *inscriptio*.

Veniamo ora alla *recitatio*. Riportiamo ancora una volta, per comodità del lettore, il testo della costituzione:

Οἱ δεσπότε ἡμῶν Κωνσταντῖνος Σεβαστὸς καὶ Κωνσταντῖνος καὶ Κωνσταντῖος ἐπιφανέστατοι Καίσαραις Ἀγριππίνῳ βουλευτῆι καὶ παλαιᾷ νομῆς εἰς τοσοῦτον ἤρρεσεν ἔχεσθαι τὸν λογισμὸν ἵνα ἀπ' ἐκίνων εἰ συνέστηκεν τὸ [...]. περὶ οὗ ἐστὶν ἡ ζήτησις τεσσεράκοντα ἔτεσιν νενεμηθῆσθαι μηδὲ τὸν κανόνα τῆς νομῆς ζητῆσθαι. Ἦρρεσεν καὶ δικαίου κανόνος [...]. ρ. κωντος τῆ τῆς δεκ[α]ετίας ἢ εἰκοσαετίας παραγραφῆ τὴν κάτοχον βοηθεῖσθαι καὶ τὰ ἐξῆς.

L'uso, ad apertura della *recitatio*, dell'espressione “οἱ δεσπότε ἡμῶν” evidenzia una citazione non letterale dell'originale *inscriptio* della legge. In essa, la menzione del solo Costantino come Augusto e Costantino II e Costante come Cesari permette, anzi tutto, di individuare una datazione collocabile tra il 326 d.C. ed il 333 d.C.¹⁰⁴ Il termine *post quem* del 326 d. C.¹⁰⁵ è dato dall'anno in cui morì Crespo, non menzionato, ed il termine *ante quem* del 333 d.C. dall'anno in cui Costante assunse la carica di Cesare.¹⁰⁶

Ma il riferimento alla *inscriptio* contiene un altro dato interessante: l'indicazione del destinatario della costituzione, un certo Ἀγριππίνος, qualificato βουλευτής.

Ora, la dottrina ha unanimemente interpretato tale termine come indicante la carica di senatore romano.¹⁰⁷

Se così fosse esso legittimerebbe ad ipotizzare che in origine la costituzione fosse stata scritta in latino¹⁰⁸ ed indirizzata a Roma o in una provincia occidentale e che Alexandros ne avesse di conseguenza ricevuto una copia in traduzione greca, probabilmente dalla cancelleria di Alessandria dell'ἐπάρχος τῆς Αἰγύπτου. Il papiro costituirebbe, dunque, una te-

¹⁰⁴ Cfr. C. J. KRAEMER - N. LEWIS, *A Referee's Hearing on Ownership*, cit., 360. Sui precedenti tentativi di datazione della costituzione costantiniana introduttiva della *longissimi temporis praescriptio* si veda la ricostruzione di P. BIANCHI, *Una tradizione testuale indipendente della Lex Romana Visigothorum e la ricostruzione di Cuiacio*, in AARC 15, 2005, 378 ss.

¹⁰⁵ Nel 323 d.C. Costantino aveva emanato una costituzione in materia di donazione, di cui è tramandata notizia in FV 249.9 nella quale l'imperatore faceva ancora riferimento alla necessità di un *iustum initium* per la *diuturna possessio*. L'operatività della *longissimi temporis praescriptio* prescindeva infatti dalla *iusta causa*. Si veda, in proposito, P. BIANCHI, *Sulla praescriptio costantiniana*, cit., 707 ss.

¹⁰⁶ Sul problema dei poteri dei costantinidi provata dalle *inscriptiones* delle costituzioni testimoniate dai papiri e non dai codici: P. O. CUNEO, *La legislazione di Costantino II, Costanzo II e Costante (337-361)*, Milano 1997.

¹⁰⁷ Non abbiamo testimonianza di costituzioni indirizzate ad un singolo senatore.

¹⁰⁸ Così, ad esempio, F. MILLAR, *The Emperor in the Roman World (31 BC – AD 337)*², London 1992, 245 nt. 87.

stimonianza preziosa per la ricostruzione delle modalità di pubblicazione, conservazione e circolazione dei provvedimenti normativi in età costantiniana.¹⁰⁹

Non possiamo tuttavia tacere l'impressione, seppur contraria alle letture fino ad oggi proposte, che il termine *βουλευτής* possa piuttosto alludere alla carica di componente di una delle *βουλαί* delle quali erano dotate le metropoli egiziane dopo la riforma severiana, attuata intorno al 200 d.C.¹¹⁰ Né potrebbe costituire un ostacolo a tale identificazione il nome *Ἀγριππίνος* - peraltro presente in diversi papiri provenienti dalla stessa regione - data la prassi, invalsa come conseguenza dell'istaurazione della suddetta riforma, per la quale proprio i *βουλευταί* cambiavano nome, adottando un antropónimo greco.¹¹¹

4.2.2. La natura della costituzione, il problema della ricostruzione del testo e dell'identificazione con la *lex costantiniana* di C. 7.39.2 pr.

Comunque la si voglia interpretare, la qualifica di semplice *βουλευτής* difficilmente può costituire titolo per riconoscere ad *Ἀγριππίνος* una funzione pubblica. Ne consegue che la costituzione deve comunque essere considerata indirizzata ad un privato e, per questo, qualificata *rescriptum ad preces emissum*.

Il nostro papiro testimonierebbe così di una causa decisa, nel 339, sulla base di un *rescriptum*, indirizzato tuttavia originariamente ad un soggetto diverso dalla parte del processo che ne chiede l'applicazione. Tale circostanza costituirebbe una prova rilevante sulla quale poter fondare un'interpretazione non assoluta della portata del noto divieto imposto da Diocleziano e tramandato in

C. 1.23.3 (*Diocl. et Maxim. AA. Crispino praesidi provinciae Phoenice*) *Sancimus, ut authentica ipsa atque originalia rescripta et nostra manu subscripta, non exempla eorum, insinuentur.* [a. 292. D. prid. k. april. Hannibaliano et Asclepiodoto cons.].

¹⁰⁹ Si vedano in tema: U. WILCKEN, *Zu den Kaiserreskripten*, in *Hermes* 55, 1920, 1 ss.; ID., *Zur Propositio libellorum*, APF 9, 1930, 15 ss.; F. F. v. SCHWIND, *Zur Frage der Publikation*, cit., 141 ss.; M. DE DOMINICIS, *Le comunicazioni legislative nel basso impero: subscriptiones mutilae di costituzioni imperiali e loro ricostruzione, trasmissione di costituzioni dal luogo d'emissione alle località d'arrivo ed il calcolo del tempo impiegato dalle costituzioni*, in *RIL* 83, 1950; E. ORESTANO, *Il potere normativo degli imperatori e le costituzioni imperiali. Contributo alla teoria delle fonti del diritto nel periodo romano classico*, Genova 1951, 111; G. WESENER, *Reskriptprozess*, in *PWRE*, Suppl. 10, Stuttgart 1965, 865; M. KASER, *Das römischen Zivilprozessrecht*, München 1966, 353; E. WILLIAMS, *The libellus Procedure*, cit., 98 ss.; ID., *The Publication of Imperial Subscripts*, in *ZPE* 30, 1980, 283 ss.; A. D'ORS, - F. MARTIN, *Propositio libellorum*, in *AJPh* 100, 1973, 111 ss.; N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali*, cit., 40 ss.; D. V. SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht: Studien anhand der Reskriptenpraxis und des Schenkungsrechts*, Frankfurt 1977, 11 ss.; D. NÖRR, *Zur Reskriptenpraxis*, cit., 1981, 13; M. SARGENTI, *La diffusione del materiale normativo nell'impero romano*, cit., 33 ss.; F. DE MARINI AVONZO, *I rescritti nel processo del IV e V secolo*, cit., 34; M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali nell'età del principato*, in *AUPA* 51, 2006, 381 ss.

¹¹⁰ Si veda, per tutti, V. MAROTTA, *La cittadinanza romana in età imperiale (secoli I-III d. C.). Una sintesi*, Torino 2009, 77 ss.

¹¹¹ Si veda, ancora, V. MAROTTA, *La cittadinanza romana*, cit., 77 ss. che richiama P. VAN MINNEN, *A Change of Names in Roman Egypt after A.D. 202? A Note on P. Amst I 72*, in *ZPE* 62, 1986, 87 ss. e N. LEWIS, *Life in Egypt under Roman Rule*, Oxford 1983, 32.

Alcuni anni addietro, invero, Lucio Maggio, nell'ambito di uno studio relativo all'efficacia normativa dei rescritti in età postclassica,¹¹² ha proposto un'interpretazione rigida del divieto diocleziano, sostenendo che l'imperatore aveva imposto di produrre in giudizio solo i rescritti originali e non copie, impedendo, di conseguenza, l'uso di *rescripta* per la soluzione di casi diversi, sebbene analoghi, a quelli per i quali essi erano stati emessi.¹¹³ E per superare l'ostacolo che, in Pap. Col. VII. 157, la natura di *rescriptum* della costituzione avrebbe comportato alla tesi sostenuta, ha avanzato dubbi sul fatto che Agrippino fosse destinatario del provvedimento normativo in qualità di semplice privato cittadino. Lo studioso ha infatti supposto che la carica di senatore romano possa costituire un valido indizio per ipotizzare che Agrippino fosse in realtà menzionato in quanto titolare di una funzione pubblica, funzione tuttavia involontariamente omessa, durante la *recitatio*, nella riproduzione non testuale della *inscriptio*. La costituzione doveva dunque essere non un *rescriptum ad preces emissum* bensì una *epistula*, avente carattere generale e coincidente con quella richiamata da C. 7.39.2 pr., la celebre *lex constantiniana* introduttiva della *longissimi temporis praescriptio*.¹¹⁴ Lo confermerebbe, secondo l'Autore, anche il termine *νομός* utilizzato sia dall'avvocato sia dal *σύνδικος* per indicare la costituzione, termine che non risulta mai impiegato con il significato di *ἀντιγραφή*, traduzione greca di *rescriptum*, e che corrisponderebbe invece al latino *lex*, utilizzato proprio in C. 7.39.2 pr. con l'intento di indicare una *lex generalis*.

Senza voler entrare nel dibattito relativo alla portata della norma introdotta da Diocleziano, a noi importa qui rilevare come l'innegabile fragilità della supposizione di una carica ufficiale gerita da *Ἀγριππίνος*, unita all'impossibilità, come è stato sostenuto in dottrina, di poter desumere con certezza alcun indizio sulla natura del provvedimento normativo dall'impiego del termine *νομός*, più volte utilizzato nei papiri con accezioni differenti, non consentano di escludere la natura di *rescriptum* della costituzione recitata nel nostro papiro.¹¹⁵ Fondati dubbi, invece, possono essere avanzati, a nostro parere, sulla presunta corrispondenza con la *lex constantiniana* di C. 7.39.2 pr.

* * *

¹¹² Note critiche sui rescritti postclassici. 2. L'efficacia normativa dei *rescripta ad consultationem* e dei *rescripta ad preces emissa*, in AARC 14, Napoli 2003, 359 ss.

¹¹³ Si veda, tuttavia, in proposito, la diversa interpretazione di C. 1.23.3 di N. PALAZZOLO, *Le modalità di trasmissione dei provvedimenti imperiali*, cit., 86 ss. (discussa da L. Maggio a p. 375 nt. 48) con cui concorda S. SCIORTINO, *Note in tema di falsificazione dei rescritti*, in AUPA 45.2, 1998, 448 s. e le perplessità avanzate in dottrina, ad esempio, da D. MANTOVANI, *Il diritto da Augusto al Theodosianus*, cit., 514 ss. il quale ritiene la costituzione tramandata dal papiro un *rescriptum*, utilizzato da soggetti diversi dal destinatario e coincidente con la *lex constantiniana*, ma piegato «forse ad uno scopo diverso da quello originario, che era piuttosto di tutelare il possessore, che di inchiodarlo al possesso».

¹¹⁴ Sulla questione *infra*, nel testo, p. 62 ss.

¹¹⁵ R. TAUBENSCHLAG, *Nomos in the Papyri*, in JJP 2, 1948, 67 ss. (= *Opera Minora* II, Warsaw 1959, 107 ss.) e S. CORCORAN, *The Empire of the Tetrarchs: imperial Pronouncements and Government, AD 284-324*, Oxford 2000, 49 per il quale «There is, however, a wide range of uses of the word *nomos* in papyri (...), so this example need not be interpreted as a literal rendering of *lex*».

Veniamo dunque al contenuto della costituzione. Ad una prima lettura sembra emergere una notevole differenza tra il testo della *recitatio* e l'essenza del dettato normativo, quale risulta dai riferimenti precedenti, che abbiamo già analizzato.

Nel testo della costituzione letta in udienza appare infatti espressa una fugace allusione al computo dell'antico possesso, τὸν λογισμὸν παλαιᾶς νομῆς, ed evidenziata solo la disposizione relativa al divieto di accertamento, in sede di controversia giudiziale, del τὸν κανόνα τῆς νομῆς, del *titulus* del possesso,¹¹⁶ se un bene τεσσαράκοντα ἔτεσιν νενεμῆσθαι, fosse stato posseduto per quaranta anni.

Manca invece il riferimento allo scopo della disposizione, scopo evidenziato con cura, come abbiamo visto, dall'avvocato Alexandros in udienza per ben due volte: μηδαμῶς ἀποκίνειν παρ' αὐτοῦ τὴν νομὴν, in nessun modo rimuove il possesso da costui e, di conseguenza, μηδαμῶς ἐπιβένιν τινὰ τοῖς πράγμασιν ο παραλύειν τὴν πολυχρόνιον νομὴν, a nessuno è lecito in alcun modo invadere i beni o porre termine al possesso di lungo tempo.

È da notare, tuttavia, nella parte finale del testo recitato, l'espressione “τὴν κάτοχον βοηθεῖσθαι” che, se ben abbiamo inteso, potrebbe celare un'allusione all'essenza dello scopo della disposizione.

Arangio Ruiz tradusse in un primo tempo, in FIRA I, 96 (=FIRA, I², n. 96), “*possessorem adiuvari*”. In FIRA III, 101 (= FIRA, III², n. 101), volle invece dare rilievo all'articolo femminile τὴν che precede κάτοχον, traducendo “*eam quae possidet adiuvari*”¹¹⁷ ed accogliendo così l'ipotesi dei primi editori del papiro secondo i quali nel testo normativo sarebbe stata sancita la prevalenza della *praescriptio longi temporis* di una donna, cui farebbe implicito riferimento l'articolo femminile, evidentemente protagonista della controversia in occasione della quale era stato richiesto il *rescriptum*.¹¹⁸

A supporre invece ‘κάτοχος’ utilizzato in senso passivo,¹¹⁹ si potrebbe ipotizzare che l'articolo femminile ad esso preposto possa indicare un riferimento non ad una donna possessore ma ad un bene posseduto, implicitamente indicato con un sostantivo femminile, quale ad esempio γῆ. In questo caso il testo andrebbe tradotto, come a noi è parso: “sia data preferenza alla prescrizione di dieci o venti anni nella terra posseduta”.

Sembrano confermare tale ipotesi interpretativa le espressioni utilizzate dal σύνδικος in Col. IV. 72:

ἔχεσθαι Ἡρωείδα καὶ Ταῆσιν τῶν αὐτῶν γηδίων

Herais e Taesis si tengano strette a queste terre

¹¹⁶ Il termine κανόν, che abbiamo tradotto *titulus*, è reso, in accezione meno tecnica, nelle parole dell'avvocato Alexandros e del σύνδικος con ἀρχή.

¹¹⁷ V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, 227 nt. 24

¹¹⁸ C. J. KRAEMER - N. LEWIS, *A Referee's Hearing on Ownership*, cit., 361.

¹¹⁹ Il termine ‘κάτοχος’ non è impiegato mai nel resto del papiro, ove compare invece, per indicare il possesso, il sostantivo νομή (Col. II. 28, 29; Col. III. 40, 42, 43; Col. IV. 64, 71), νεμομένος (Col. III. 40) o νομόμενος (Col. IV. 68) per indicare il possessore.

ed in Col. IV. 74:

Οὐ γάρ ἐστιν τῆς ἐμῆς μετριότητος πολυχρόνιον παρασαλεύειν νομῆν

Non è infatti conforme al mio “senso di giustizia” porre termine al possesso di lungo tempo¹²⁰

nella quali, nello spirito della costituzione appena prima recitata dall'avvocato, il *σύνδικος* esprime l'effetto giuridico che consegue al trascorrere del tempo come direttamente imputato al possesso.¹²¹ Nella prima frase, l'infinito medio di ἔχω, ἔχεσθαι, retto dal precedente “ὄθεν ἀκόλουθόν ἐστιν” e costruito con il genitivo, τῶν αὐτῶν γηδίων, indica appunto l'idea di “tenersi stretto a qualcosa”, per cui la decisione determina l'effetto di vincolare le donne alla terra.¹²² Nella seconda frase, l'espressione “πολυχρόνιον παρασαλεύειν νομῆν” esprime efficacemente l'essenza della norma nel divieto di porre termine al lungo possesso.

Secondo tale lettura l'espressione “τὴν κάτοχον βοηθείσθαι”, sebbene riferita alla prevalenza della *longi temporis praescriptio*, potrebbe costituire un segno di un originario contesto più ampio relativo alla portata della diversa norma della “πολυχρόνιος νομῆ”. Un contesto nel quale doveva essere espressa sia l'essenza del disposto normativo, come recitato in udienza, sia lo scopo sostanziale, come evidenziato nell'arringa difensiva dall'avvocato e come utilizzato dal *σύνδικος* per fondare la propria decisione. Ne conseguirebbe che il testo recitato sarebbe frutto della “massimazione” di un originario più ampio.¹²³

A conferma di tale suggestione soccorrono due segni evidenti, rappresentati, nella parte centrale del testo, dall'espressione “ἀπ' ἐκίνων” che, non trovando alcun riferimento nel testo, non può che provare un tentativo di sintesi di un testo originario tramite un taglio mal riuscito;¹²⁴ e, nella parte finale, dall'espressione “τὰ ἐξῆ”, qui esplicitamente indicante l'avvenuta omissione della restante parte del disposto normativo.¹²⁵

È dunque molto verosimile che il testo della *recitatio* non corrispondesse all'intero testo originario della costituzione.

¹²⁰ V. ARANGIO RUIZ, traduceva *longinquam possessionem inquietare*.

¹²¹ Si veda quanto notavamo *supra*, p. 56 ss. con riguardo al riferimento al disposto normativo di Alexandros in Col. II. 27-29. Già V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 228 aveva rilevato che «l'idea del *non inquietare* ... non è più impersonata nei possessori, bensì oggettivata nella *possessio*».

¹²² V. ARANGIO RUIZ, traduceva «*Heroidis et Taësis is fundus esse (videtur)*» A. CANNATA, '*Possessio*', '*possessor*', '*possidere*', cit., 70 nt. 37 traduce «si prendano cura di quel fondo».

¹²³ Sulla massimazione delle costituzioni si veda G.G. ARCHI, *Sulla cosiddetta 'massimazione' delle costituzioni imperiali*, in SDHI 52, 1986, 161 ss.; G. PURPURA, *Dalle raccolte di procedenti alle prime codificazioni postclassiche*, cit.; R. SANTORO, *Prospettive di nuove ricerche sui testi della legislazione e della giurisprudenza attraverso impieghi della tecnica informatica*, in AUPA 41, 1991, 273; M. VARVARO, *Note sugli archivi imperiali*, cit.

¹²⁴ Su valore di tale espressione di veda anche *infra* nel testo, p. 63.

¹²⁵ Si vedano le ipotesi avanzate da V. ARANGIO RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, 227 ss., sul possibile contenuto della parte della costituzione omessa.

Rimane invece aperta la questione, di notevole implicazione per la storia della tradizione dei testi delle costituzioni imperiali fino al *Codex giustiniano*, di chi abbia operato tale “massimazione” e, soprattutto, in quale contesto cronologico e geografico.

Non può tuttavia essere taciuta la sensazione che un indizio per giungere ad una soluzione potrebbe essere costituito dal rilievo che lo stesso Alexandros, autore della *recitatio*, appare essere ben informato del contenuto dell'intero testo. Non è da escludere, vale a dire, che fosse stato lo stesso avvocato a decidere di “recitare” soltanto il tratto essenziale del testo o, ipotesi questa altrettanto plausibile, che il redattore del verbale ne avesse solo trascritto una parte.

* * *

Un'altra questione aperta è quella del rapporto tra la costituzione e la *lex constantiniana* che introdusse la *longissimi temporis praescriptio*¹²⁶ di cui si fa cenno, com'è noto, in una costituzione di Valentiniano e Valente del 365 d. C. in materia di *precarium*,¹²⁷ tramandata in:

C. 7.39.2pr. (*Imp. Valentinianus et Valens AA. ad Volusianum p. U.*) *Male agitur cum dominis praediorum, si tanta precario possidentibus praerogativa defertur, ut eos post quadraginta annorum spatia qualibet ratione decursa inquietare non liceat, cum lex constantiniana iubeat ab his possessionis initium non requiri, qui sibi potius quam alteri possederunt, eos autem possessores non convenit appellari, qui ita tenent, ut ob hoc ipsum solitam debeant praestare mercedem* [a 365. D. VIII k. Aug. Valentiniano et Valente aa. cons.].¹²⁸

Nella citazione sintetica del disposto normativo v'è certamente un'assonanza, come notavano già Arangio Ruiz e Wenger,¹²⁹ con una frase della *recitatio* dell'avvocato Alexandros.

¹²⁶ Si vedano in tema: E. LEVY, *West roman Vulgar Law. The Law of Property*, Philadelphia 1951, 182; D. NÖRR, *Die Entstehung der longi temporis praescriptio. Studien zum Einfluß der Zeit im Recht und zur Rechtspolitik in der Kaiserzeit*, Köln 1969, 103 s.; M. KASER, *Das römische Privatrecht, II. Die nachclassischen Entwicklungen*, München 1975, 285 s.; L. VACCA, v. *Usucapione (dir. rom.)*, in *Enc. dir.* 45, Milano 1992 (= *Appartenenza e circolazione dei beni: modelli classici e giustiniani*, Padova 2006, 232 ss.); EAD., *La riforma di Giustiniano in materia di usucapio e longi temporis praescriptio. Fra concezioni dommatiche classiche e prassi postclassica*, in *BIDR* 96-97, 1993-1994, 147 ss.; (= *Appartenenza e circolazione*, cit., 445 ss.).

¹²⁷ Sull'analisi degli aspetti riguardanti l'istituto del *precarium*, seppur ai fini del nostro studio non rilevanti, si veda: E. LEVY, *Von römischen Precarium zur germanischen Landleihe*, in *ZSS* 67, 1948, 3 ss.; P. ZAMORANI, *Precario habere*, Milano 1969, 93 ss.; P. BIAVASCHI, *Un esempio di metodo pedagogico isidoriano: Ety. 5.25.17*, in *Ravenna capitale. Uno sguardo ad Occidente. Romani e Goti. Isidoro di Siviglia*, Santarcangelo di Romagna 2012, 279 ss.; EAD., *Ricerche sul precarium*, Milano 2006, 36 s.

¹²⁸ Altro riferimento è in C.Th. 4.11.2 (*Imp. Constantius et Constans aa. Argyrio praesidi*) *Annum quadraginta praescriptio, quam vetustatem leges ac iura nuncupare voluerunt, admittenda non est, cum actio personalis intenditur (...)*. Sul testo si veda M. AMELOTTI, *La prescrizione delle azioni*, cit., 215 s.; P. O. CU-NEO, *La legislazione di Costantino II*, cit., p. 185 s. Sulla tradizione manoscritta della fonte si veda P. BIANCHI, *Una tradizione testuale indipendente*, cit., 351 ss.; EAD., *Iura - leges. Un'apparente questione terminologica della tarda antichità. Storiografia e storia*, Milano 2007, 84 ss.

¹²⁹ V. ARANGIO-RUIZ, *Il papiro della 'longissimi temporis praescriptio'*, cit., 226; L. WENGER, *Verschollene Kaiserconstitutiones*, cit., 368.

In particolare, “*ab his possessionis initium non requiri*” sembra corrispondere alla frase greca “ἀπ’ ἐκίνων ... μηδὲ τὸν κανόνα τῆς νομῆς ζητῆσθαι” (Col. III 43). Ciò spiegherebbe, nel testo greco, come osservavamo,¹³⁰ il mancato collegamento di ἀπ’ ἐκίνων (l’ “*ab eis*” latino) con altre parti del testo. Evidentemente, nel procedimento di traduzione in greco (ove si ammettesse un’originario testo latino) o di massimazione del testo originario, la frase “*qui sibi potius quam alteri possederunt*”, collegata ad *ab his*, è stata omessa probabilmente perché, nell’inserire la frase “εἰ συνέστηκεν τὸ [...]. περὶ οὗ ἐστὶν ἡ ζήτησις τεσσαράκοντα ἔτεσιν νενεμησθαι” (Col. III 43) tra “ἀπ’ ἐκίνων” e “μηδὲ τὸν κανόνα τῆς νομῆς ζητῆσθαι”, si è voluto eliminare il riferimento al principio del *possidere sibi potius quam alteri*.¹³¹

Ora, l’assonanza appena notata non può costituire di certo una prova sufficiente per sostenere con certezza che il testo della *recitatio* coincida con la *lex constantiniana*, ben potendosi supporre l’esistenza di tale assonanza in un *rescriptum* con il quale Costantino avesse mirato solo a chiarire la disciplina della *longissimi temporis praescriptio*, forse con riferimento ad una particolare applicazione.¹³² E potrebbero in tal senso non essere di poco rilievo i ripetuti riferimenti di Alexandros allo scopo della norma richiamata, al fine specifico, vale a dire, di inchiodare il possessore alla titolarità dei fondi posseduti per più di quarant’anni: risolto specifico questo, che era stato probabilmente chiarito per la prima volta dallo stesso imperatore con la costituzione recitata, perchè emerso con sempre maggior rilievo nella prassi successiva all’introduzione del nuovo istituto.

La norma della *longissimi temporis praescriptio* si sarebbe rivelata, dunque, utile ad “inchiodare il possessore alla terra” solo in un secondo momento, allo scopo, come avvertivamo, di porre un argine al fenomeno della fuga dei contadini, costringendoli al pagamento dei tributi.¹³³

Potrebbe, per altro, confermare la portata non generale del disposto normativo recitato, come aveva notato già Arangio Ruiz,¹³⁴ la frase del σύνδικος in Col. IV. 74:

Οὐ γάρ ἐστὶν τῆς ἐμῆς μετρίότητος πολυχρόνιον παρασαλεύειν νομῆν

¹³⁰ *Supra*, p. 61.

¹³¹ Sul significato di questa espressione si veda: P. ZAMORANI, *Precario habere*, cit., 93 ss.

¹³² V. ARANGIO-RUIZ, *Il papiro della ‘longissimi temporis praescriptio’*, cit., 224 ss. sosteneva che «c’è un’immensa probabilità» che la *lex Constantiniana* ed il rescritto recitato siano la stessa cosa ma ciò non significa che il testo comunicato dalla cancelleria prefettizia all’avvocato sia nella dizione precisa né che l’avvocato l’abbia recitato nella dizione precisa nè che il cancelliere lo abbia riprodotto testualmente nel verbale. La *praescriptio* non poteva contenere *domini nostri* ed il contenuto è un riassunto».

¹³³ Si veda in tema, oltre alla letteratura cit. *supra* nt. 38: N. LEWIS, in JEA 23, 1937, 63-75; F. ABBOTT – A. C. JOHNSON, *Municipal Administration in the roman Empire*, Princeton 1926, (rist. an. New York 1968), 540; T. C. SKEAT – E. P. WEGENER, *A Trial before the Prefect of Egypt Appius Sabinus, c. 250 A.D. (P. Lond. Inv. 2565)*, in JEA 21, 1935, 224 ss.; M. DE DOMINICIS, *Aspetti della legislazione romana del basso impero sugli ‘agri deserti’*, in BIDR 6, 1964, 71 ss.; ID., *Innovations byzantines au régime postclassique des ‘agri deserti’*, in *Études offertes à Jean Macqueron*, d’Aix-en-Provence 1970, 245 ss.; C. R. WHITTAKER, “*Agri deserti*”, in M. I. FINLEY (a cura di), *Studies in Roman Property*, Cambridge 1976, 137 ss.; A. H. M. JONES, *Il sistema delle caste nel Tardo Impero Romano*, in *La società del Basso Impero. Guida storica e critica*, Roma 1983, 37 ss. G. GILBERTI, *Le comunità agricole nell’Egitto romano*, Napoli 1993, 53 ss.; F. MORELLI, *Agri deserti (mawât), fuggitivi, fisco: una κλήρωσις in più in SPP VIII 1183*, in ZPE 129, 2000, 167 ss.; D. F. BURG, *A World History of Tax Rebellions: An Encyclopedia of Tax Rebels, Revolts, and Riots from Antiquity to the Present*, New York - London 2003;

¹³⁴ V. ARANGIO-RUIZ, *Il papiro della ‘longissimi temporis praescriptio’*, cit., 224.

Non è infatti conforme al mio “senso di giustizia” porre termine al possesso di lungo tempo nella quale sembra trasparire un margine di discrezionalità lasciato al giudice.¹³⁵

Tutte le incertezze fin qui evidenziate sulla ricostruzione della vicenda processuale, sulla natura della costituzione *recitata*, sull’originario testo e sulla corrispondenza con la *lex constantiniana* introduttiva della *longissimi temporis praescriptio* non inficiano affatto il valore documentario del papiro, che costituisce senz’altro una fonte preziosa per gli studi dell’esperienza giuridica del Tardo Antico grazie ai diversi profili di interesse che esso presenta e che abbiamo voluto qui evidenziare quali possibili spunti per ulteriori, più approfonditi, studi.

¹³⁵ Non costituirebbe, invece, un ostacolo a considerare coincidenti le due disposizioni normative la nota disposizione costantiniana: C.Th. 1.2.2 (*Imp. Constantinus A. ad populum*) *Contra ius rescripta non valeant, quocumque modo fuerint impetrata. quod enim publica iura praescribunt, magis sequi iudices debent.* [pp. IV. kal. sept. Romae, Constantino A. IV. et Licinio IV. Caes. cons.] ove si riconoscesse in essa un’espressione dell’intento di Costantino di limitare fortemente il valore normativo dei soli *rescripta* che introducessero singoli specifiche deroghe. Si veda, per tutti, G. A. ARCHI, *Giustiniano legislatore*, Bologna 1970, 43 ss.; D. V. SIMON, *Konstantinisches Kaiserrecht*, cit., 11 ss.; M. G. BIANCHINI, *Caso concreto e «lex generalis»*. *Per lo studio della tecnica e della politica normativa da Costantino a Teodisio II*, Milano 1979, 17.

GIOVANNI GULINA

Contributo allo studio della
satisfatio pro praede litis et vindiciarum

ABSTRACT

Gai 4.88-93 explains two *in rem* defendant's *satisfactiones* (*iudicatum solvi* and *pro praede litis et vindiciarum*) like one. Because the difference between *formula petitoria* and *agere in rem per sponsionem* is great, *satisfactiones iudicatum solvi* et *pro praede* can not be the same. Paper proposes a new reconstruction of *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*, not based, as usual, on *cautio iudicatum solvi*, but regarding *duplione damni decisio* of XII tab. 12.3 about *praedes litis et vindiciarum* in *legis actio sacramenti in rem*.

PAROLE CHIAVE

Azione di revindica; garanzie del convenuto; *agere in rem per sponsionem*; *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.

SOMMARIO: 1. Posizione del problema.. – 2. La ragione generale della garanzia richiesta al possessore interinalmente costituito della *res litigiosa*. – 3. La novità implicata dall'*agere in rem per sponsionem* prima, dalla *formula petitoria* dopo. – 4. Il regime restituito da Gai 4.88-95. – 5. La specialità dell'*agere in rem per sponsionem*: il giudicato indiretto. – 6. Dubbi sull'equivalenza funzionale di *cautio* e *satisfatio*. – 7. La *satisfatio pro praede* quale succedaneo della *praedialtura*. – 8. Conclusione. – 9. Epilogo.

1.- *Posizione del problema*. Queste pagine contengono il frutto composto di una riflessione che, da qualche tempo, ho cominciato a svolgere, nel tentativo di superare quella viva insoddisfazione, che provavo ogni volta che mi misuravo con il tema, tutt'altro che secondario, delle garanzie richieste al convenuto nella fase introduttiva del giudizio *in rem*. Giunto alle conclusioni che dirò in fine, ho creduto utile fermare per scritto le tappe e i risultati del mio ragionamento, che – non senza qualche pudore – propongo adesso, quale contributo allo studio dell'argomento.

Come sempre, in materie del genere, la fonte di principale riferimento sono le Istituzioni di Gaio; se, tuttavia, abitualmente la piana lezione del giurista classico rappresenta per l'interprete una sorta di porto sicuro, dove armare la propria tesi e farla forte dell'autorità della lettera veronese, nel caso delle garanzie (pre)processuali, è proprio quella lettera a porre il problema, invece che a risolverlo. L'insoddisfazione che dicevo nasce tutta dall'esegesi del passaggio racchiuso nei paragrafi da 88 a 91 del quarto commentario.

Ai termini della fonte, la garanzia è prevista:¹

Gai 4.89: *...ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi...*

A me è sempre parso – forse per un eccesso di dogmatismo – che la *potestas agendi* nei confronti della controparte soccombente nel compiuto giudizio di accertamento (e di condanna) derivasse all'attore vittorioso dalla sentenza definitiva della controversia e non – come sembra doversi ricavare dal passo – dalla garanzia preprocessuale; mi è sempre parso che – cioè – l'agire dell'attore vittorioso fosse l'atto di deduzione dell'*obligatio iudicati*, non della situazione di soggezione creata con l'impegno paranegoziale pregiudizialmente costituito. Del resto, che l'iniziativa esecutiva segua quella di accertamento e di condanna, in essa titolandosi, è molto concretamente ricavabile già per l'antico processo da:²

¹ Riporto, qui e altrove, le Istituzioni di Gaio secondo l'edizione di E. SECKEL, B. KÜBLER (cur.), *Gaui Institutionum commentarii quattuor*⁷, Stuttgart 1935 (rist. 1968). Nel corso di questo studio non affronterò peraltro problemi di lezione del palinsesto. Una precisa eco delle parole di Gaio si legge in apertura del titolo XI, *de satisfationibus*, delle Istituzioni di Giustiniano.

² Si veda anche Gai 4.21: *'per manus iniectionem aequae de his rebus agebatur, de quibus ut ita ageretur lege aliqua cautum est, veluti iudicati lege XII tabularum'*. Per la lezione del testo decemvirale seguo, anche nel prosieguo, G. BAVIERA, *Fontes iuris romani anteiustiniani*, 1², Firenze 1941, 23 ss., 32. In argomento, da ultimo, C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati nel processo romano classico*, Milano 1996, 1 ss., con letteratura, *ibidem*, nt. 3.

XII tab., 3.1 *aeris confessis rebusque iudicatis xxx dies iusti sunt*. 2. *Post deinde manus iniectio esto. In ius ducito*.

Stando a Gaio, invece, l'attore avrebbe trovato il titolo dell'iniziativa materialmente esecutiva – *potestas agendi* –, non nella sentenza che lo dichiarava vincitore, ma nell'impegno di garanzia preliminarmente ricevuto: '*cavere, ut ... sit mihi potestas*'.

Poiché tuttavia quella facoltà egli doveva – a mio avviso – rinvenirla altrove, ecco che si profilava il presupposto della insoddisfazione, laddove la posizione giuridica attiva creata con la costituzione della garanzia appariva un perfetto duplicato di quella recata dalla sentenza di condanna.

Considerato che la previsione della prestazione della garanzia dovette sopravvenire alla maturità del sistema indiziato dal versetto decemvirale, non era – e non è – ragionevolmente ipotizzabile l'introduzione per via onoraria o giurisprudenziale della richiesta di un impegno palesemente inutile. Si dovrebbe quantomeno affermare che, nel passaggio dalle *legis actiones* al processo formulare, la sentenza aveva perso l'attitudine a costituire titolo esecutivo: il che non è effettivamente possibile (possibile semmai è il contrario) per una sentenza, la quale sia diretta esecuzione di un *iussum iudicandi*, espressamente forgiato in termini di *si paret, condemna(to)*: il (*con*)*damnas* non può infatti non essere titolo idoneo all'esperimento della *manus iniectio* – prima –, delle soluzioni esecutive onorariamente sopravvenute – poi.³

Le cose cambiano parecchio, ragionando in termini non più di formula petitoria, ma di *agere in rem per sponsionem* e di giudicato reso in quella forma caratteristicamente indiretta, di cui dirò dettagliatamente nel prosieguo. La pronuncia che infatti afferma la spettanza della somma *praeiudicialis* non è titolo esecutivo per il conseguimento dell'equivalente della cosa pregiudicata: dunque ben soccorre l'impegno preprocessuale di rilasciare la cosa in favore della controparte vittoriosa (o di *sufferre litis aestimationem*), la quale, in mancanza, avrebbe potuto al più vantare il vuoto credito *ex sponsione*.⁴

Il punto è che, a una distinzione tanto netta tra il modo della esecuzione del giudicato scaturito dall'esperimento della formula petitoria e quello derivato dall'*agere in rem per sponsionem*, non fa eco come dovrebbe la struttura formale della parte delle Istituzioni che ne tratta, posto che l'uno e l'altro modo di agire sono richiamati in parallelo e in parallelo (e con piena fungibilità di attitudine e di presupposti) sono dette le forme di garanzia preprocessuale. In altre parole, la tanto radicale distinzione ora prospettata tra la funzione dei due modi di garanzia accessori dell'una e dell'altra forma di deduzione processuale della pretesa *in rem* non è ammissibile a fronte dell'insegnamento di Gaio, il quale è forgiato nei termini contrari di un piuccheperfetto parallelismo tra gli impegni richiesti al convenuto che volesse resistere tanto alla revindica formulare, quanto alla iniziativa *per sponsionem*: identici presupposti; identica finalità.

³ L'emersione dell'attitudine condannatoria del giudicato nel passaggio dalle *legis actiones* alla formula petitoria è evidenziato benissimo, con riferimento al problema della garanzia preprocessuale, da F. LA ROSA, *La struttura della cautio iudicatum solvi*, in *Labeo* 2, 1956, 169. Come si vedrà proseguendo, dell'autrice citata sono debitore per i molteplici spunti da costei evidenziati nel mettere a fuoco la reciproca inassimilabilità di *cautio iudicatum solvi* e *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.

⁴ Ciò facilmente argomentando da Gai 4.94.

Da qui il senso di insoddisfazione, che – lo dicevo – ogni volta mi accompagna nella lettura di quel, tutto sommato, breve squarcio delle Istituzioni.

La soluzione congetturale che ho creduto di poter ricavare muove da relativamente lontano e impegna campi almeno apparentemente non prossimi a quello specifico delle garanzie in oggetto. È pertanto necessario avviare una non brevissima introduzione, nella quale potrò svolgere appieno le premesse del mio ragionamento. Motivi ineluttabili di equilibrio e concisione, mi costringeranno a muovermi, spesso e in maniera formalmente acritica, sul filo di quella che generalmente è detta *communis opinio*, senza poter riferire – specie per gli istituti del tempo più antico – le molte e autorevoli voci contrarie o difformi, che nel tempo si sono registrate nella letteratura romanistica.⁵

2. – *La ragione generale della garanzia richiesta al possessore interinalmente costituito della «res litigiosa».* Nell'antico processo delle *legis actiones* le controversie sulla appartenenza dei diritti reali venivano avviate alle soluzioni codificate che, all'alba di Roma, avevano gradualmente sostituito – secondo quanto per lo più si ritiene – l'arbitraria autotutela primordiale, introducendo al suo posto un procedimento funzionalmente imperniato sul provocato collegamento tra la verità della attribuzione controversa, vantata in termini identici da ciascuna delle parti, e la verità di un giuramento che doveva confermarla. Le ragioni che generalmente si allegano per spiegare l'origine di un simile fenomeno giuridico sono così note che posso ometterne per brevità un qualsiasi richiamo.⁶ La promozione del rito contenzioso produceva dunque una sorta di elevazione dei termini della controversia, che si arricchivano di un elemento sacrale, rappresentato dal giuramento di conferma che ho detto: accanto e in aggiunta all'opposizione

⁵ Una pur rapida lettura del corso di G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, 1, *Le origini*, Torino 1986 (rist.), 27 ss., darà l'impressione della gravità del solco che, in una letteratura ormai plurisecolare, ha separato e separa le opinioni dei romanisti circa articolazioni fondamentali della ricostruzione del fenomeno processuale nell'antica Roma. Di tanta (problematica) ricchezza non potrò evidentemente dare conto in queste pagine; seguirò per brevità, dove una più approfondita disamina non sia specialmente richiesta, la *communis opinio*, per la quale considero valido riferimento l'ultima grande produzione manualistica della romanistica italiana e, segnatamente, M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 286 ss. (nonché ID., v. 'Processo civile (diritto romano)', in *Enc. dir.* 36, Milano 1987, 1 ss.; G. PUGLIESE, *Istituzioni di diritto romano*³, Torino 1991, 68 ss.; A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*⁴, Torino 1993, 334 ss.; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*², Palermo 1994, 73 ss.; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹⁰, Napoli 1994, 671 ss.

⁶ Notorietà che certamente non vuol dire pacificità. Rinvio agli autori che ho richiamato studiando l'antica *rei vindicatio* in relazione alla forma negoziale di trasferimento della proprietà che su quel modello è coniata: G. GULINA, *In iure cessio e mancata vindicatio contraria nella legis actio contenziosa*, in *Iuris antiqui historia* 3, 2011, 113 nt. 1, 116 nt. 2. Ivi anche la considerazione dell'effetto costitutivo della *legis actio*, come in origine percepito. In queste prime pagine seguirò gli orientamenti che in argomento sono stati prevalentemente assunti in letteratura, senza dare conto delle pur molte e importanti letture che se ne sono seriamente discostate. E ciò perché l'introduzione del tema di cui voglio occuparmi non finisca per assorbire energie sproporzionate. Stesso discorso per l'inquadramento istituzionale delle garanzie preprozessuali: oltre che agli ultimi manuali della nostra letteratura ricordati alla nota precedente, posso senz'altro rinviare alle lezioni autorevolissima di M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, München 1996, 210 s. Segnalo anche lo speciale saggio di G.I. LUZZATTO, *Von der Selbsthilfe zum römischen Prozess*, in *ZSS* 73, 1956, 29 ss. (v. anche ID., *Vecchie e recenti prospettive sull'origine del processo civile romano*, in *Studi Urbinati* 28, 1959/60, 3 ss.) e il recente studio di M. FUENTESECA DEGENEFEE, *La función procesal de los praedes litis et vindiciarum*, in *RIDA* 53, 2006, 237 ss.

iniziale e sostanziale corrente tra la pretesa dell'una e dell'altra parte circa la spettanza esclusiva a sé del medesimo diritto reale, si formava un'opposizione tutta processuale (a tacer della sostanza sacra, che – presto impercetta – andò conseguentemente perdendosi), costituita dalla tensione tra i due giuramenti, i quali rispecchiavano e traducevano sul piano metagiuridico (e metaprivatistico) l'impossibilità della conciliazione delle posizioni vantate dalle parti.⁷

Elevata – e trasformata – nel modo che ho brevemente richiamato, la controversia era matura per la decisione da parte del magistrato, che – come suggestivamente si ritiene – riasumeva allora in sé la comunità cittadina, la quale forse, depositaria della funzione di quello che oggi si chiama controllo sociale, era stata il primo giudice, secondo il modo che ormai si dice correntemente di *Volksjustiz*.⁸

Come è noto, questi sono i prodromi storici (o, se si preferisce, sociali) della nascita in antico del rito della *legis actio sacramenti in rem*, i cui termini aggiornati di svolgimento si leggono schematicamente ai paragrafi 16 e 17 del quarto commentario delle Istituzioni di Gaio.⁹ Non è tuttavia questa la parte del manuale che interessa le garanzie processuali implicate dal rito (ovvero il tema su cui mi avvio a concentrarmi), quanto piuttosto quella che, a mo' di introduzione, la precede:

⁷ Ho obliterato in questa breve premessa ogni cenno alla fase primordiale di elaborazione dei *verba* e dei *gesta* che poi sarebbero stati di *lege agere*: fase nella quale il rito aveva attitudini costitutive, le quali si muovevano – in assoluto principio – su di un piano irrazionale, se non addirittura magico (ordalico, per G. PUGLIESE, *Istituzioni*, cit., 70), e che prescindevano da considerazioni assimilabili a quelle che ho adesso svolto e che sono frutto della (esatta, ritengo) lettura che del fenomeno processuale antico gli storici del diritto hanno successivamente ritenuto di poter offrire. Il senso più vero del primitivo *lege agere* è restituito, con ampiezza di riflessioni e discussione di letteratura, specialmente in R. SANTORO, *Potere ed azione nell'antico diritto romano*, Palermo 1967, 287 ss. (le citazioni sono riferite alla impaginazione di AUPA 30, 1967, 103 ss.); felicissima anche la sintesi precisa di C.A. CANNATA, *Profilo istituzionale del processo privato romano*, 1, *Le legis actiones*, Torino 1980, 13 ss., 23; prezioso il corso di G. NICOSIA, *Il processo*, 1, cit., 98 ss. Frutto di una diversa sensibilità sono invece le considerazioni svolte sulla meccanica sacramentale da E. BETTI, *L'antitesi storica tra iudicare (pronuntiatio) e damnare (condemnatio) nello svolgimento del processo romano*, in RISG 56, 1915, 1 ss., dove non mancano – 30 ss. – spunti preziosi per una riflessione sull'origine dell'*agere in rem per sponsionem*.

⁸ È più che mai evidente l'impossibilità di soffermarmi adesso, entro questa introduzione, in termini minimamente dettagliati, sui punti delicatissimi e controversi dell'origine del processo privato, della genesi sua entro o fuori del potere magistratuale di *iurisdictio*, della iniziale non bipartizione). Punti, ognuno dei quali, da solo, ha generato studi complessi, di cui non posso che richiamare i principali: F. DE MARTINO, *La giurisdizione nel diritto romano*, Padova 1937, 3 ss.; P. NOAILLES, *Du droit sacré au droit civil. Cours de droit romain approfondi*, Paris 1949, 72 ss.; H. LEVY-BRUHL, *Le très ancien procès romain*, in SDHI 18, 1952, 3 ss.; ID., *Recherches sur les actions de la loi*, Paris 1960, 24 ss., 106 ss.; G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, 1, *Le legis actiones*, Roma 1962, 27 ss.; C.A. CANNATA, *Violenza fittizia e violenza reale nelle strutture primigenie del processo privato romano*, in *Studi in onore di C. Sanfilippo*, 4, Milano 1983, 160 ss.; G. NICOSIA, *Il processo*, 1, cit., 27 ss.; M. TALAMANCA, v. *Processo civile*, cit., 4 ss.; M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 17 ss. (con ampio richiamo di letteratura). Circa la bipartizione, recentissimamente, S. RANDAZZO, *Bipartizione del processo e attività giudicante. Un'ipotesi di lavoro*, in *Il giudice privato nel processo civile romano. Omaggio ad Alberto Burdese*, 1, Padova 2012, 48 ss., con discussione di letteratura, *ibidem* e ntt. 15 ss., 53 ss.

⁹ Sull'origine del rito sacramentale contenzioso si vedano fondamentalmente, tra i moltissimi che hanno scritto in argomento, gli autori che ho citato alla nota precedente e quelli che ho richiamato in G. GULINA, *In iure cessio*, cit., 113 nt. 1.

Gai 4.13: *sacramenti actio generalis erat: de quibus enim rebus ut aliter ageretur lege cautum non erat, de his sacramento agebatur. eaque proinde periculosa erat falsi convictis atque hoc tempore periculosa est actio certae creditae pecuniae propter sponsionem, qua periclitatur reus, si temere neget, et restipulationem, qua periclitatur actor, si non debitum petat.*

Si tratta della prima spiegazione del *sacramentum* che Gaio offre ai suoi lettori: l'istituto si è ormai completamente laicizzato (al tempo del giurista era, oltre tutto, pressoché scomparso),¹⁰ e si risolveva per le parti che lo prestavano in una sorta di scommessa, come tale *periculosa*. Colui che infatti giurava il falso (o meglio: ciò che all'esito del giudizio tale sarebbe risultato) era soggetto al pagamento di una *poena* pecuniaria, destinata all'erario pubblico:

Gai 4.13: *nam qui victus erat summam sacramenti praestabat poene nomine, eaque in publicum cedebat,*

Con il che l'antico rito mostrava un profilo affittivo diverso da quello proprio dell'*actio certae creditae pecuniae*, che il giurista aveva preso a esempio di che cosa dovesse intendersi per *periculum*. Gaio in effetti lo precisa immediatamente, quando – passando (un po' illogicamente) dal rapporto sostanziale del debito a quello processuale della garanzia – specifica senz'altro che:

Gai 4.13: *praedesque eo nomine praetori dabantur, non ut nunc sponsionis et restipulationis poena lucro cedit adversarii qui vicerit.*

In chiusura del paragrafo si affacciano pertanto i *praedes* offerti da ciascuna delle parti giuranti in garanzia del fatto che, soccombendo, sarebbe stata puntualmente versata la *poena sacramenti*, nella misura di cinquanta o cinquecento assi, secondo il valore della controversia e come subito illustrato nel successivo paragrafo 14.

Di seguito alla introduzione del *sacramentum*, le Istituzioni passano all'esame delle due forme dell'unica *legis actio* che vi era articolata: per prima quella *in personam*, trattata a cavaliere delle pagine 192 – purtroppo illeggibile – e 193 del codice veronese (resta nel paragrafo 15 la traccia delle modalità procedurali successive alla prestazione del *sacramentum*); quella *in rem*, trattata a seguire nei paragrafi 16 e 17 (quest'ultimo mutilo in fine).

Rileva in punto di garanzie la porzione che di seguito riproduco:

Gai 4.16: *postea praetor secundum alterum eorum vindicias dicebat, id est interim aliquem possessorem constituebat, eumque iubebat praedes adversario dare litis et vindiciarum, id est rei et fructuum; alios autem praedes ipse praetor ab utroque accipiebat sacramenti causa, quia id in publicum cedebat.*

¹⁰ Fatta naturalmente eccezione per le *duae causae* ricordate in Gai 4.31, su cui G. GULINA, *Lege agere e pignoris capio. Egesi e logica di Gai. 4.31*, in *Philia. Scritti per Gennaro Franciosi*, 3, Napoli 2008, 1157 ss. = *Rivista di Diritto romano* 6, 2006. Sul punto, con ben altra autorevolezza, G. NICOSIA, *Processo privato*, 1, cit., 123 ss.

nella quale Gaio spiega come, introdotto il rito contenzioso e prestatò da ciascuna delle parti il giuramento uguale e contrario che è caratteristica dell'antico processo, il pretore disponesse per la custodia della cosa controversa per il tempo necessario al giudizio, costituendo un possessore interinale di essa, scelto tra le parti in lite, il quale doveva garantire il fatto della futura eventuale restituzione della cosa alla controparte, nel caso in cui questa fosse risultata vittoriosa nel giudizio: ciò che avveniva con la dazione di uno o più *praedes* speciali, costituiti in diretto favore dell'avversario e non del magistrato (che invece – Gaio lo aveva detto già in 4.13 e lo ripete in 4.16 – riceve da entrambi garanti del versamento della *summa sacramenti* da parte di colui che sarà riconosciuto in sentenza essere spergiuro).¹¹

La ragione per la quale dunque vengono costituiti i *praedes* è di garanzia in ordine all'adempimento della prestazione di pagare la *poena*, quanto ai *praedes sacramenti*; di restituire la cosa ricevuta in possesso interinale con i frutti prodotti nel frattempo, quanto a quelli *litis et vindictiarum*. Non è possibile spiegare adesso perché, in entrambi i casi, si ricorra – almeno nell'età di introduzione del rito – a una eterogaranza, e non invece alla responsabilità personale del debitore che, giurando, dovrebbe assumere le conseguenze dell'atto e che, ricevendo interinalmente la cosa in custodia, dovrebbe costituirsi quasi custode.¹² Il problema non è infatti di

¹¹ Secondo R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 593, l'attribuzione di quello che poi sarebbe divenuto per affinata sensibilità il possesso interinale doveva essere in origine l'applicazione di una decisione sommaria di merito, destinata eccezionalmente ad essere sovvertita nel prosieguo del giudizio, con conseguente – si ripete: eccezionale – ricorso alla escussione dei garanti per la restituzione della *vindictia* già *dicta* in favore dell'avversario. Come si vedrà nel prosieguo, l'intuizione dello studioso palermitano consente un disegno di coerenza suggestiva, laddove la *falsa vindictia* di XII tab. 12.3 sarà intesa con riferimento alla situazione possessoria costituita *in iure* dal magistrato in favore di colui sarà poi *falsi convictus*. Verosimilmente – così, da ultimo, G. NICOSIA, *Il processo*, 1, cit., 146 – non si faceva luogo all'attribuzione del possesso interinale nel tempo in cui le controverse giungevano a definizione entro il giorno in cui erano state promosse, secondo la regola vigente fino alla introduzione *ex lege Pinaria* dell'aggiornamento necessario della procedura. La cosa doveva allora permanere presso il *ius* magistratuale, donde l'avrebbe infine tratta (o ritratta) la parte risultata vittoriosa.

¹² Sicuramente hanno concorso all'effetto l'alta antichità della *legis actio* e la difficoltà di concepire in termini sufficientemente versatili una soggezione solo eventuale, derivante per giunta da un fatto allo stato incerto. Il punto trova una spiegazione considerando la vicenda che – per l'opinione oggi comunemente ritenuta – ha portato all'origine di quello che sarebbe poi stato il vincolo obbligatorio dalle *pactiones*, cui si ricorreva per regolare le conseguenze di un *delictum* e scongiurare la vendetta privata dell'offeso o dei suoi congiunti (così la fortunata tesi di F. DE VISSCHER, *Les origines de l'obligation ex delicto*, in *Études de droit romain*, 1, Paris 1928 (estratto), 46 ss., ove sono richiamate le tesi contrarie di Emilio Albertario, Silvio Perozzi, Pietro Bonfante, Emilio Betti; si veda anche M. TALAMANCA, v. 'Obbligazioni (diritto romano)', in *Enc. dir.* 29, Milano 1979, 2, con – ivi, nt. 7 – copiosa citazione di letteratura). L'impegno conobbe per prima una forma di garanzia ante-litteram, nel senso che il vincolo colpiva un soggetto diverso da colui che in prosieguo di tempo sarebbe stato l'obbligato, il quale anzi restava fuori dal rapporto pattizio, avvertendo egli la sola *necessitas* di procurare l'affrancamento di coloro che per lui si erano vincolati e dunque di adoperarsi perché fosse adempiuto quanto pattuito. Né devono trascurarsi le penetranti osservazioni di F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 162, per le quali è evidenziata, nell'antico giudicato delle *legis actiones*, l'assenza di ogni attitudine condannatoria e dunque il difetto del presupposto stesso di una *obligatio iudicati* concretamente passibile di essere intesa quale *vinculum iuris* in senso stretto (la presenza in età classica della *cautio iudicatum solvi* è quindi giustificata – p. 168 – come conseguenza della natura condannatoria del sopravvenuto giudicato formulare *in rem*, assistito – come ogni giudicato condannatorio – dalla *manus iniectio* esecutiva, contrastabile per mezzo di un *vindex* e prevenibile – ecco il punto, p. 170 – rilasciando una garanzia anticipata di impegno del terzo, quasi *vindex* in-pectore, a liberare il *reus* dalla responsabilità in cui questi avesse dovuto incorrere, *solvendo* il garante il *iudicatum*). Nel

semplice soluzione e non voglio affrontarlo, anche perché nelle manifestazioni che mi interessano ai fini di questo studio, la garanzia *pro* (e sottolineo il *pro*) *praede litis et vindiciarum* è finalmente – lo si vedrà – prestata in proprio da colui che è confermato interinalmente nel possesso della cosa controversa, salvo doverla cedere all'avversario nell'ipotesi in cui questo sarà vittorioso nell'iniziativa svolta.¹³

3. – *La novità implicata dall'«agere in rem per sponsionem» prima, dalla «formula petitoria» dopo.* Con il tempo – è noto –, l'antico processo quiritario divenne insopportabile ai *cives*, che finirono per abbandonarlo, preferendogli il rito nel frattempo introdotto per la soluzione delle controversie nelle quali le parti, o una di esse, fossero state sprovviste della cittadinanza romana, che era requisito imprescindibile per lo svolgimento della *legis actio*.¹⁴ Anche le pretese relative alle posizioni reali furono attratte al nuovo rito: forse per ultime, data la resistenza che si può immaginare all'estensione della innovazione alle situazioni dominicali assolute; forse per prime, considerata la speciale onerosità della *legis actio sacramenti in rem* (giuramento prestato da entrambi, relativi garanti, costituzione del possesso interinale, ulteriore garante) e visto l'espedito astutamente introdotto dell'*agere in rem per sponsionem*, con il quale la situazione reale era contrabbandata in un giudizio *in personam*, quale presupposto di una obbligazione che ad esso era stata pretestuosamente condizionata.¹⁵

pensiero dell'autrice citata infatti, l'alterità del *praes* rispetto al garantito deriva geneticamente dall'alterità del *vindex* rispetto all'esecutato e dunque non discende dalla incapacità di configurare in termini obbligatori la condizione di soggezione del garantito: sul punto ritornerò alla nota 30.

¹³ Curiosamente la garanzia da prestarsi a cura di terzi tornerà in chiusura dello sviluppo dell'istituto, quando la *cautio iudicatum solvi* sarà generalmente prestata da fideiussori, al punto che – ove eccezionalmente costituita dalla parte – si riterrà *tamquam non esset* l'impegno *de re iudicata*, salvi quelli *de dolo* e *de re defendenda* [così D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 *ad ed.*), su cui avrò occasione di tornare alla nota 29]. Nel senso della precipua funzione di garanzia prestata da soggetti terzi al rapporto principale d'obbligazione già si era espressa convincentemente F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 168. Le Istituzioni di Giustiniano – 4.11 – confermano tuttavia la lettera di Gaio, ricordando l'antico regime delle garanzie *si in rem agebatur* e riferendo esplicitamente che il '*possessor compellebatur, ut ..., potestas esset petitori aut cum eo agendi aut cum fideiussoribus suis*'.

¹⁴ Rinnovo l'avvertimento relativo alla necessità di serrare questa introduzione e di muovermi perciò sulla linea delle opinioni prevalentemente ritenute in letteratura, tacendo le voci significativamente discordi che pur si sono registrate. Se infatti imponente è la mole degli studi circa l'origine del processo *tout-court*, non da meno è quella sulla invenzione del processo formulare e sulla introduzione di questo nella *iurisdictio urbana*, per derivazione – si ritiene – dalla *iurisdictio inter cives et peregrinos*. Mi giovo ancora una volta dell'insegnamento di M. TALAMANCA, v. *Processo civile*, cit., 25 ss., e M. KASER, *Das Römische Zivilprozessrecht*, cit., 107 ss., cui faccio rinvio anche per l'esauritivo richiamo della letteratura fino ad allora formatasi; voglio comunque ricordare G.I. LUZZATTO, *Procedura civile romana*, 3, *La genesi del processo formulare*, Bologna s.d., ma 1949 e G. PUGLIESE, *Il processo civile romano*, 2, *Il processo formulare*, Roma 1963, 19 ss.; nonché – circa la *lex Aebutia* e la sussunzione del processo formulare nel *ius civile* – M. WLISSAK, *Römische Prozessgesetze. Ein Beitrag zur Geschichte des Formularverfahrens*, 1, Leipzig 1888, 103 ss.; M. KASER, *Die lex Aebutia*, in *Studi in memoria di Emilio Albertario*, 1, Milano 1953, 25 ss. = *Ausgewählte Schriften*, 2, Napoli 1976, 443 ss., e M. TALAMANCA, *Il riordinamento augusteo del processo privato*, in *Gli ordinamenti giudiziari di Roma imperiale. Princeps e procedure dalle leggi Giulie ad Adriano. Atti del convegno di Copanello 5-8 giugno 1996*, Napoli 1999, 65 ss.

¹⁵ Sull'origine dell'*agere in rem per sponsionem* sono state in letteratura espresse idee molto diverse. Caposaldo tuttora fondamentale degli studi in argomento resta F. BOZZA, *Actio in rem per sponsionem*, in *Studi in onore di P. Bonfante*, 2, Milano 1930, 591 ss., soprattutto per la critica svolta delle letture allora correnti (segnata-

Fatto sta che, dopo la riforma augustea del processo privato, le azioni *in rem* erano dedotte o *per formulam petitoriam* o *per sponsionem*; né giova adesso mettere a fuoco le tappe che portarono a tale risultato, dovendomi concentrare semmai sul tempo successivo (e sul tema delle garanzie), quando si è formato infine il regime classico,¹⁶ restituitoci dalle Istituzioni veronesi nei termini che seguono:

Gai 4.88: *videamus nunc quibus ex causis is cum quo agitur vel hic qui agit cogatur satisfacere. 89. igitur si verbi gratia in rem tecum agam, satis mihi dare debes; aequum enim visum est te ideo, quod interea tibi rem, quae an ad te pertineat dubium est, possidere conceditur, cum satisfactione mihi cavere, ut si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsoribus tuis.*

Caduto il *sacramentum* è caduta anche la *poena* connessa alla soccombenza e, conseguentemente, la necessità di garantirne la prestazione da parte di chi sarebbe stato indicato responsabile dello spergiuro. Gaio avvia infatti la trattazione generalissima delle garanzie richieste alle parti occupandosi subito di quella che una volta era la seconda garanzia processuale (*litis et vindictiarum*), imposta dopo la prima (*sacramenti*), per ragioni diverse da questa e in favore di un soggetto diverso (la controparte e non il pretore).¹⁷

mente 592 ss., 603 ss.); e ciò, nonostante i rilievi fondati che all'autrice citata sono stati opposti, specialmente in punto della correlazione pretesamente necessaria tra *agere in rem per sponsionem* e giudizio centumvirale, soprattutto da G.I. LUZZATTO, *Spunti critici in tema di actio in rem per sponsionem*, in *Studi in memoria di E. Albertario*, Milano 1953, 173, 176 ss. Prima della studiosa citata, avevano trattato il tema Jobbé-Duval, Stintzing, Perozzi (ulteriore letteratura in F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 592 ntt. 2 e 4, cui fondamentalmente deve aggiungersi G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., 1.357 ss.). Nonostante l'impressionante corrispondenza del cuore della *sponsio praeiudicialis* con l'*intentio* della formula petitoria (E. BETTI, *Lantitesi storica*, cit., 30, addirittura legge nell'*agere in rem per sponsionem* «l'ultimo rudimento storico della *pronuntiatio de sacramento*»), propendo per escludere – così già G. PUGLIESE, *Il processo civile*, cit., 1.359 – un nesso di derivazione dall'una verso l'altra, accontentandomi della meno impegnativa congettura per la quale l'*agere in rem per sponsionem* maturò nell'ambito della *legis actio*, allo scopo immediato di convertire in obbligatorie le pretese reali (*rectius*: consentire la cognizione di queste nella forma propria di quelle: sul punto soprattutto A. MOZZILLO, *Contributi allo studio delle stipulationes praetoriae*, Napoli 1960, 43 ss.; F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 614, 628) e per il fine ultimo di giovare del più agile regime processuale della *legis actio in personam* (tale lo stadio testimoniato da Gai 4.95, il quale sarebbe divenuto eccezionale al tempo in cui scriveva giurista). Vantaggio poi accentuatosi, quando la *summa sponsionis* poté essere richiesta con la *legis actio per conditionem* prima, attraverso la *condictio* formulare poi (sempreché non già fosse sopravvenuta in effettività escludente la formula petitoria). Più recentemente, ha profilato una rapporto di derivazione tra il *sacramentum in rem* e l'*agere per sponsionem*, A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem: dal procedimento interdittale al procedimento in rem*, in *Studi Urbinati*, 49, 1990-91, 218.

¹⁶ Classico è forse troppo, se davvero il sistema binario perfetto dei modi dell'*agere in rem* che si legge in Gaio, già non risultava nell'editto giuliano, in ipotesi formato della sola formula petitoria e, *in parte qua*, delle garanzie a questa connesse: così M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana 84-85-89: nuovi spunti per un riflessione sulla sponsio nel processo romano*, in *Testimonium amicitiae. Scritti in onore di F. Pastori*, Milano 1992, 142.

¹⁷ Ricavo il carattere generalissimo del passaggio in commento dalla maniera di confezione formale di 4.90 ss., che sembra forgiato in modo da chiudere progressivamente i *genera in species*, secondo la consueta regola diairetica. Più oltre – al numero 7 – proverò a leggere diversamente la struttura del passo, rinvenendovi la giustapposizione (*ceterum*) di una parte sull'altra, piuttosto che l'ordinamento logico apparente che proprio adesso ho rilevato. Il punto ha una sua importanza, nella misura in cui una più rigorosa sequenza diairetica importa

Il motivo della garanzia è connesso esplicitamente alla concessione del possesso interinale e rappresenta un onere a questo correlato: all'effetto pratico, uno dei vantaggi del nuovo rito *in rem* era costituito dalla eliminazione del rischio per colui *cum quo agitur* di perdere la disponibilità della *res litigiosa* nel tempo necessario alla definizione del giudizio;¹⁸ il che è vero, sebbene il titolo vantato sulla cosa in pendenza di giudizio non sia più quello sostanziale opposto in resistenza alla iniziativa avversaria, quanto piuttosto quello processuale e provvisorio costituito interinalmente a scopo di custodia, come la garanzia esatta in relazione di esso dimostra con grande evidenza (il vantaggio detto si conserva dunque nei suoi limiti meramente materiali).¹⁹

Garanzia che assume due forme, in conseguenza del modo processuale intrapreso per l'iniziativa svolta, passibile di deduzione mediante la *formula petitoria*, oppure agendo (*in rem*) *per sponsionem*:

naturalmente la riferibilità, per ogni *species*, dei caratteri già indicati per i *genera*. Né sono io il primo a dubitare del rigore logico della successione delle parti che si leggono ai paragrafi 88 ss. del quarto libro delle Istituzioni veronesi: contro l'opinione benigna che sarebbe poi stata di LUZZATTO, *Spunti*, cit., 181, già F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 614, restava colpita dal fatto che «Gaio, mentre parla di chi deve *satisfare* nell'*actio in rem*, passa istantaneamente a discorrere della duplicità dell'*actio* stessa, della definizione della formula petitoria, del modo come si agisce *per sponsionem*...». La sistematica delle Istituzioni veronesi ha trovato spesso (talvolta anche facilmente) i suoi detrattori. Per il commentario Quarto rinvio alle considerazioni svolte in G. FALCONE, *Appunti sul IV commentario delle Istituzioni di Gaio*, Torino 2003, 104 ss. e nt. 224.

¹⁸ Non diversamente, G. FALCONE, *Per la storia della indefensio nella rivendica. Agere in rem per sponsionem e interdictum quem fundum*, in AUPA 43, 1995, 556 s., svolge il proprio ragionamento collegando funzionalmente le garanzie esatte dal convenuto con l'emersione di un suo speciale ruolo processuale, caratterizzato da una condotta di resistenza finalizzata alla conservazione della posizione possessoria già vantata e goduta. Ho riferito alla nota 12 della lettura di F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 169 ss., per la quale la *cautio iudicatum solvi* sarebbe stata invece introdotta a corredo dell'azione *in rem*, nel momento in cui questa fu vestita della formula petitoria, risolvendosi la funzione dell'impegno in una sorta di preassunzione di corresponsabilità in punto di *iudicatum solvi*, da parte di garanti, i quali con ciò anticipavano, per così dire, la funzione di *vindex* – p. 188 – che avrebbero potuto svolgere allorché, resa la condanna e formatasi perciò l'*obligatio iudicati*, avessero ritualmente soccorso il condannato entro il procedimento della *manus iniectio*, esecutivo – appunto – dell'obbligazione di giudicato, che consegue all'esperimento formulare *in rem* e non invece a quello *per sponsionem* o per *legis actionem* in senso stretto. Tornerò in argomento alla nota 30; per adesso è sufficiente limitarsi alla precisazione che Gaio identifica esplicitamente la ragione della garanzia, quale calmiera del vantaggio accordato al *reus*, che si conserva nel godimento interinale della *res litigiosa*.

¹⁹ Forse tuttavia, per il tempo più antico, non valeva una distinzione tanto sottile, da certamente non interessare coloro che si misuravano – ripeto: in antico – con l'esperimento della *legis actio*. Sempre attento in argomento, R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 593, aveva in effetti ricostruito il (primitivo) *vindicium dare*, come attribuzione del possesso in senso stretto alla parte risultata vittoriosa nel merito, pure all'esito di una valutazione sommaria del fondamento della posizione vantata, costituendosi i *praedes* per la sola ipotesi eccezionale in cui, nel prosieguo del rito, quella valutazione sommaria fosse ribaltata e dunque la cosa già attribuita all'uno dovesse assegnarsi invece all'altro. Merita credito la lettura dello studioso palermitano, per la sicura sensibilità sua agli aspetti sostanziali implicati dalle forme processuali. Sensibilità certamente affine a quella – notoriamente concreta – dei giuristi romani, i quali probabilmente non si interrogarono troppo sull'effetto che il provvedimento magistratuale di assegnazione del possesso interinale spiegava sul titolo del possesso medesimo, come vantato dalla parte che ne era beneficiaria. Eppure da tale profilo forse impercetto, seguì il presupposto fondamentale e caratteristico dell'azione *in rem* del diritto classico (richiamo ancora FALCONE, *Per la storia*, cit., 556 s.), unilateralmente rivolta da un attore verso un convenuto in senso stretto, al punto che il pretore concedeva, nei casi dubbi, una *possessio* insostanziale e meramente ordinatoria o – come si dice specialmente in ambito di *hereditatis petitio* – *sine re*.

Gai 4.91: *ceterum cum in rem actio duplex sit, aut enim per formulam petitoriam agitur aut per sponsionem, si quidem per formulam petitoriam agitur, illa stipulatio locum habet quae appellatur IUDICATUM SOLVI, si vero per sponsionem, illa quae appellatur PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM.*

Che cosa sia la *formula petitoria* è presto detto:

Gai 4.92: *petitoria autem formula haec est, qua actor intendit REM SUAM ESSE.*

Più complessa, l'alternativa procedimentale dell'*agere in rem per sponsionem*:²⁰

Gai 4.93: *per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITIUM MEUM EST, SESTERTIUM XXV NUMMORUM DARE SPONDES?; deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis DARE OPORTERE; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse.*

L'ordine cronologico di confezione delle soluzioni che hanno soppiantato il *sacramentum in rem* è inverso a quello logico seguito da Gaio nella rassegna delle soluzioni: in prima battuta fu infatti escogitato dalla giurisprudenza l'espedito su cui si fonda l'*agere in rem per sponsionem*,²¹ ossia la creazione di un pretestuoso collegamento di pregiudizialità tra una situazione obbligatoria artatamente costituita e la situazione reale effettivamente controversa, di talché – è spiegato bene nelle Istituzioni – non sia possibile decidere la prima senza avere risolto la seconda. Alla mediatezza logica che aggrava il rito fa riscontro e compenso la sua vestizione in forma di iniziativa *in personam*, invece che *in rem*, come avrebbe dovuto essere ove fosse stato dedotto in giudizio immediatamente il diritto reale conteso e non l'obbligazione formata sul presupposto dell'esistenza di questo in capo al sedicente creditore.²²

Il vantaggio perseguito è già concretamente apprezzabile entro l'ambito dell'antico processo delle *legis actiones*, dove l'espedito avrebbe consentito la deduzione indiretta della pretesa reale

²⁰ Secondo M. RIZZI, *Spunti interpretativi in tema di agere per sponsionem*, in *Iura* 54, 2003, 161, la maggior diffusione di Gaio circa l'*agere in rem per sponsionem* sarebbe dovuta al fatto che mai prima l'argomento era stato toccato nelle Istituzioni; per contro la formula petitoria appare succintamente illustrata in 4.92, per il fatto di essere già stata spiegata ampiamente in 4.39.

²¹ Non è mancato tuttavia chi ha ipotizzato un'origine postebuta per l'*agere in rem per sponsionem*, come gli autori citati da F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 603 nt. 43, e dalla stessa – 603 ss. – combattuti con argomenti pienamente condivisibili (sulla datazione in generale del rimedio, ancora F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 592 ss., nonché M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., 142).

²² In verità, si conserva in letteratura la traccia della questione, discussa un poco oziosamente, se il procedimento *per sponsionem* fosse un *agere in rem* o un *agere in personam* (ne riferisce con succinta puntualità F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 591, 615 ss.): la questione nasce, a mio avviso, dal voler leggere l'*in rem*, che Gaio riferisce all'*agere per sponsionem*, in senso strettamente tecnico, come di azione di deduzione di una posizione *erga omnes* (mentre il credito *praeiudicialis* sostanzia evidentemente una posizione *in personam*). *In rem* e, dunque, *erga omnes*, è piuttosto la posizione quiritaria che l'attore assume di poter vantare sulla cosa; e ciò a prescindere dall'astuto modo di sua deduzione in forma di una iniziativa processuale che, se guardata nei suoi termini essenziali, è effettivamente *in personam*, giacché è costruita sulla *obligatio verbis contracta*.

mediante il più agile *sacramentum in personam* invece che *in rem*.²³ Introdotta successivamente, anche per i *cives*, la possibilità della iniziativa *per formulam*, il vantaggio crebbe ulteriormente, potendo da quel momento le parti guadagnare la soluzione delle loro controversie dominicali senza ricorrere all'odiato processo quiritario, anche prima che questo fosse finalmente abolito nel quadro riformatorio augusteo. L'attestazione dell'*agere in rem per sponsionem* nella materia che la *lex Iulia* conservò per sempre all'antico processo, dimostra da sola la realtà storica del primo gradino della evoluzione che ho adesso tratteggiato (*sponsio* e *sacramentum in personam*), per cui l'espedito fu introdotto e utilizzato prima della concessione onoraria della possibilità per i cittadini di litigare *per formulam* (*sponsio* e *condictio* formulare):²⁴

Gai 4.95: *ceterum si apud centumviros agitur, summam sponsionis non per formulam petimus, sed per legis actionem: sacramentum enim reum provocamus.*

La persistenza dell'*agere in rem per sponsionem* nel tempo successivo al passaggio nodale della deduzione dell'impegno obbligatorio pregiudicato dal *sacramentum in personam* alla formula dimostra – *ad abundantiam* – la precedenza storica dell'*agere in rem per sponsionem* sulla *formula petitoria*.²⁵

²³ Successivamente alla introduzione della *legis actio per conductionem*, il vantaggio crebbe ulteriormente per via dell'abbandono tout-court del *sacramentum* comunque necessario nelle prime applicazioni dell'*agere in rem per sponsionem*, come peraltro è attestato da Gai 4.95. Ragioni di brevità mi impongono di trascurare l'esame delle tesi che sono state elaborate circa i tempi e i modi dell'origine dell'*agere in rem per sponsionem*, (il rinvio è – come sempre – a F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 592 ss.) la quale è stata riferita ora all'età più antica, ora quella di trapasso alla procedura formulare (talvolta perfino al tempo successivo alla *lex Aebutia*: letteratura in F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 603 nt. 43). Una latitudine analoga separava anche le posizioni in punto di applicazione, che taluni hanno visto limitata ai casi di esperibilità dell'azione *in rem* (o della sola *hereditatis petitio*: così F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 608 ss.), talaltra estesa senza soluzione di continuità alle più varie applicazioni della *sponsio* in genere. Ampilissimo era, ad esempio, lo spettro per M. DE BERNARDI, *Lex Irnitana*, cit., 109 ss., 128, che, sulla scia di R. DOMINGO, *Sponsio in probrum*, in SDHI 55, 1989, 419 ss., e di J. CROOK, *Sponsione provocare: its place in Roman litigation*, in JRS 66, 1976, 132 ss., legge l'istituto in termini generalissimi, che non si contengono entro quelli dell'azione *in rem*. Termini che anch'io ho parzialmente ritenuto, quando – altrove – ho ipotizzato un collegamento tra il *sacramentum* introdotto nel 149 a.C. dalla *lex Calpurnia repetundarum* e le *sponsiones* pregiudiziali in genere (nel senso di *sponsiones* utili alla confezione di una situazione passibile di deduzione processuale): G. GULINA, *Sacramentum e lex Calpurnia*, in *Iura* 51, 2000, 114 ss., 120. Alla possibilità di ricorrere alla *sponsio praeiudicialis* per «risolvere in modo indiretto le più differenti controversie», nell'ambito anche della evoluzione e semplificazione del *lege agere sacramento*, accenna peraltro A. BISCARDI, *Lezioni sul processo romano antico e classico*, Torino 1968, 185. In argomento anche A.M. GIOMARO, *Agere per sponsionem*, cit., 209.

²⁴ Nel medesimo senso depone l'argomento evidenziato da G. FALCONE, *Per la storia*, cit., 560. Diversamente – l'ho detto – per F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 608 ss.: l'*agere in rem per sponsionem* sarebbe nato allo scopo di consentire la deduzione della *hereditatis petitio* presso il collegio centumvirale, senza che altre applicazioni potessero essere vestite di quella forma. In senso contrario, già G.I. LUZZATTO, *Spunti critici*, cit., 179 ss.

²⁵ *Ad abundantiam*, giacché in letteratura la medesima conclusione è raggiunta per motivi ulteriori a questo in esame: segnatamente per la forte corrispondenza dei termini verbali della *sponsio praeiudicialis* con quelli che saranno poi della formula, entrambi impostati condizionando l'esito processuale al ricorrere o meno del fondamento della pretesa vantata dall'attore. E poi per la «funzione pregiudiziale» dell'*agere in rem per sponsionem*, la quale denuncia, per E. BETTI, *L'antitesi storica*, cit., 30, la natura di «succedaneo storico» del processo delle *legis actiones*.

4. – *Il regime restituito da Gai 4.88-95.* Con il superamento del *sacramentum* sono dunque cadute le eterogaranzie connesse alla somma dovuta dalla parte che – invertito l'ordine del ragionamento giudiziale formale –, in quanto poi soccombente, sarebbe stata perciò solo convinta spergiura.²⁶ Viceversa si sono conservate le esigenze cautelari connesse alla attribuzione del possesso interinale (ora destinato a radicarsi sempre presso la parte resistente), le quali sono però mutate di forma: come si è visto, Gaio parla infatti di due modalità alternative, da scegliersi in ragion del modo procedimentale con il quale è stata dedotta la pretesa: la *cautio iudicatum solvi*, in caso di *formula petitoria*; la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*, in caso di *agere in rem per sponsionem*.²⁷

Alla luce di quanto sopra, è necessario per prima cosa ridimensionare quella felice novità, comunemente ascritta all'*agere per sponsionem* prima, alla *rei vindicatio* formulare poi, per la quale – agli occhi del possessore resistente – sarebbe venuto meno il rischio, caratteristico invece della *legis actio in rem*, rappresentato dalla possibilità della attribuzione interinale del possesso della cosa controversa al *prior vindicans*; e ciò secondo un criterio sconosciuto, il quale, non troppo sensibile alla conservazione di per sé della situazione – *mittite ambo hominem!* –, si muoveva verosimilmente tra la delibazione del *fumus boni iuris* e l'apprezzamento della solidità delle garanzie di restituzione offerte dall'una e dall'altra parte.

La lettura di Gaio conferma – è vero – che la situazione possessoria iniziale materialmente si conservava per il tempo necessario alla decisione della questione, ma impone altresì di considerare come il titolo di quella situazione venisse incisivamente toccato dalla offerta (cotta) della garanzia di restituzione della *res litigiosa*, a discrezione di un terzo, che poi sarebbe il giudice: ritengo che, in questi termini, si possa ben dubitare della effettiva conservazione del possesso in capo a chi lo poteva vantare precedentemente, alla luce anche della circostanza – indicativa – che la eventuale restituzione della cosa avrebbe investito anche i frutti di essa, nel frattempo percepiti.

Questo è un primo dato che si ricava dalla fonte e del quale occorre tenere conto: colui che subisce l'iniziativa avversaria *in rem* viene costituito in una situazione sostanzialmente diversa da quella vantata precedentemente: situazione che infatti ricorda da vicino quella caratteristica del detentore sequestratario, piuttosto che quella propria del possessore, dallo stesso attinta fino alla prestazione della *cautio iudicatum solvi* o della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.²⁸

²⁶ Dapprima, pure agendo *per sponsionem*, le parti avrebbero dovuto ciononostante costituire i *praedes sacramenti* in relazione al giuramento previsto nell'antico rito *in personam*. Solo quando la pretesa pregiudiziale fu esatta *per conditionem* (e poi in via formulare) cessò effettivamente la necessità di offrire tali garanti (salvo sempre il caso di Gai 4.95, in cui si agisse *apud centumviro*s).

²⁷ In maniera sostanzialmente convenzionale uso in queste pagine i segni *cautio* e *satisfatio* per gli impegni, rispettivamente, *iudicatum solvi* e *pro praede litis et vindiciarum*: ciò mi consentirà di indicare precisamente l'una o l'altra garanzia, senza appesantirmi ogni volta con la riproduzione dell'intera sequenza. I due termini non sono peraltro sinonimi, come ha sottolineato anche F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 180: se è vero che la *satisfatio* è una *species* di *cautio* (impegno assistito da garanti la prima; impegno tout-court la seconda), è altrettanto vero che Gaio usa in 4.88-93 soltanto il segno *satisfatio* (e *satisfare*), oltretutto il genericissimo *stipulatio*. Ad ogni modo, la scelta mia sopra detta è meramente convenzionale e non vuole importare alcuna delibazione del significato dell'un termine e dell'altro.

²⁸ In effetti l'avviamento del rito contenzioso comporta l'interruzione della *possessio ad usucapionem*: a ben vedere, tale effetto non deve ascriversi all'esigenza ordinamentale di temperare le conseguenze che

C'è però un secondo dato che, sia pure non immediatamente, si può ricavare dalla fonte: per coglierlo è necessario allargare per un momento la prospettiva, fino a comprendervi la *rei vindicatio* nel suo complesso e non più soltanto l'aspetto delle garanzie preliminari al suo svolgimento, di cui finora mi sono esclusivamente occupato. Allo scopo voglio pormi al capo opposto del procedimento, così da poterlo osservare non in chiave avvenire (come è stato per il discorso condotto sugli adempimenti di procedibilità esatti *in iure*, e sulle finalità preventive di questi), ma in chiave compiuta: voglio cioè calarmi nella situazione di colui che abbia vittoriosamente dedotto la propria pretesa reale e ottenuto perciò un giudicato di pieno accoglimento circa la *intentio* della *formula petitoria*; di colui che dunque dovrebbe poter affermare senza timore di essere smentito '*REM SUAM ESSE*'.

Come è noto, la sentenza che gli consente più che mai di vantare la propria situazione *erga omnes*, gli apre una strada speciale ed esecutiva verso colui che, turbando positivamente il legittimo suo godimento, ha occasionato l'esperienza di revindica: del resto il giudice aveva con la sentenza sciolto l'alternativa logica importata dalla *formula* nel senso ultimo della condanna dell'avversario a corrispondere all'attore vittorioso la *litis aestimatio* della cosa. E questo è il punto: sfugge quale possa essere la funzione propria e speciale della *cautio iudicatum solvi*, quando il medesimo risultato di obbligazione – '*si victus sis nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas tecum agendi*' – è raggiunto in via principale con la sentenza definitiva della causa, previa formazione di un titolo di giudicato, che è diverso e più forte di quello negoziale che consegue alla prestazione, pur coatta, della garanzia preliminare.²⁹ Sotto un diverso profilo, il punto si risolve nel dubbio circa l'utilità

il divieto generale dell'esercizio arbitrario delle proprie ragioni potrebbe avere in punto di tempestività ed efficacia della reazione del titolare del diritto controverso: costretto quest'ultimo alla soluzione processuale e perciò interinalmente conservato il possesso avversario, iniquamente si consentirebbe la progressiva maturazione del tempo di usucapione connesso al possesso medesimo. A ben vedere – dicevo – il riferimento della trasformazione in detenzione del possesso prevantato dal convenuto alla deduzione della pretesa *in rem* (ovvero alla intervenuta delibazione preliminare di procedibilità: '*mittite ambo hominem*') consente di leggere un facile sistema, il quale fonde in armonia, da un lato, l'esigenza pubblicistica della confluenza necessaria delle pretese private nel processo; dall'altro, l'istanza equitativa per la quale l'aggravamento della forma consentita di tutela – in specie del maggior tempo richiesto dal rito contenzioso rispetto alla più spicciola ragion fattasi – non nuoccia a colui che diligentemente si fa carico dell'onere in cui si risolve il processo.

²⁹ Il che potrebbe dar luogo a difficoltà in punto di concorso di azioni: se infatti, di primo acchito, si affermasse la reciproca consumazione loro, si trascurerebbe il fatto della specialità dalla funzione penale del *duplum* dell'*actio iudicati*, che ingiustamente sarebbe precluso dall'esperienza *ex cautione*. Il sistema troverebbe ben altra armonia, se l'impegno pre-processuale fosse in capo ai soli eterogaranti, come è in Ulpiano, D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 *ad ed.*): la soluzione potrebbe in effetti essere nel senso di un impegno *de re iudicata*, che promiscuamente compreso con gli altri, nella *cautio iudicatum solvi*, non vale per il convenuto, ove costui sia compreso tra quanti hanno prestato l'impegno di garanzia *in iure*: '*si ex fideiussoribus, qui iudicatum solvi caverant, existat defensor, placuit ob rem iudicatam stipulationem non committi ceteraque eadem esse, atque si extraneus defensor existat*'. Il passo ulpiano lascia immaginare una struttura principale di eterogaranzia per l'impegno in esame: struttura che, suggestivamente, ricolleggerebbe la *cautio iudicatum solvi* all'esigenza anticamente soddisfatta con la *praediatura* di soggetti terzi alla lite. Indubbiamente il pensiero ulpiano veste l'istanza per cui l'obbligazione *de re iudicata* stipulata preliminarmente in garanzia dal *reus* e poi assunta una seconda volta per *litis contestatio* non può essere esatta due volte, giacché l'adempimento dell'una estingue anche l'altra per l'identità oggettiva della prestazione. Certo è che la testimonianza di Gai 4.88 non sembra confermare l'impianto di una garanzia pensata principalmente per la prestazione da parte di un fideiussore

effettiva per l'attore vittorioso del credito formatosi *in iure* per la *cautio*, considerato che lo stesso è spendibile da parte sua solo e soltanto quando gli sarà disponibile anche il credito *iudicati*, il quale, oltre tutto, è assistito dalla sanzione processuale della litiscrescenza, che aggrava la situazione di chi voglia *temere* opporsi ancora una volta alla soddisfazione del proprietario conclamato, più di quanto non possa in tal senso – giusta Gai 4.13 – la '*sponsio, qua periclitatur reus*' nell'*actio certae creditae pecuniae* di deduzione dell'obbligazione di garanzia *iudicatum solvi*.³⁰

(ipotesi invece tenuta per principale dai compilatori giustiniani): nelle Istituzioni veronesi si legge infatti di una *potestas agendi* dell'attore verso il convenuto ('*tecum ... aut cum sponsoribus tuis*') in punto di esecuzione del giudicato ('*nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas*') e non solo *de re defendenda* e *de dolo malo*, come sembrerebbe potersi ricavare dal passo ulpiano sopra citato. Il punto è complesso e cela forse un'evoluzione impercetta dell'istituto, laddove per Gai l'impegno consente una '*facultas agendi tecum*' ('*aut cum sponsoribus tuis*'), mentre in Ulpiano [D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 *ad ed.*)] esso proprio non vale, se a prestarlo è la parte (già tenuta per il giudicato) e non il fideiussore: l'evoluzione sembrerebbe avallata dalle Istituzioni di Giustiniano, dove si legge – 4.11.2 – della cessazione al tempo di quell'imperatore di ogni garanzia *propter litis aestimationem*. Epperò sempre le Istituzioni postclassiche avevano ribadito in *principium* del titolo Undicesimo del libro Quarto che, in passato – *olim* –, la garanzia preprocessuale dell'azione *in rem* era richiesta affinché il vincitore potesse poi agire '*cum eo ... aut cum fideiussoribus eius*'.

³⁰ È necessario richiamare con maggiore diffusione la lettura di F. LA ROSA, *La struttura* cit., *passim*: ivi un tentativo importante di soluzione del dubbio circa la concreta utilità della *cautio* (contro la impressione di inutilità sua che ho detto), nonché molti argomenti corollariamente deponenti nel senso del mio ragionamento (o, almeno, della *pars destruens* di questo); l'autrice ritiene infatti che la *cautio* sia sempre stata un elemento naturalmente accessorio delle azioni aventi funzione di condanna – p. 182 – e che perciò sia stata introdotta nei giudizi *in rem*, non appena questi assunsero tale funzione o attitudine – p. 188 –: e dunque nel tempo in cui fu concessa la formula petitoria (prima di allora, si agiva *in rem* o per *legis actio* o attraverso la *sponsio*: nel primo caso, senza l'accessorio della garanzia preprocessuale; nel secondo con quella garanzia, avente però attitudine non sussidiaria della funzione obbligatoria della condanna di giudicato, che ne era caratteristicamente privo, ma costituente essa garanzia il titolo di coercibilità, indispensabile alla effettività del giudicato reso *per sponsonem*). La *cautio iudicatum solvi* deriverebbe infatti dalla prassi di prevenire l'esecuzione *per manus iniectioem* dei giudicati obbligatori, precostituendo già al tempo dell'introduzione del giudizio di merito – p. 183 – il rapporto di garanzia che, ai termini stretti della *legis actio*, si sarebbe eventualmente manifestato solo in estrema prevenzione della *addictio* del *reus*, sottoforma dell'intervento del *vindex* in adempimento o in opposizione. *Cautio iudicatum solvi* e *satisfatio pro paede litis et vindictiarum*, a dispetto della sistematica gaiana che le vuole fungibili in (pressoché) tutto, sarebbero in realtà istituti aventi storia e funzione radicalmente diverse: fin qui le considerazioni che depongono nel senso della tesi che sto mettendo a fuoco. Il ragionamento dell'autrice si misura poi con il tentativo di superamento dello stallo indotto dalla apparente inutilità di una *cautio* meramente accessoria, sia pure in anticipo, di un giudicato perfettamente condannatorio: superamento che la stessa procura legando l'impegno direttamente alla fase esecutiva, ovvero predisciplinandone lo svolgimento (e prevenendo, ora per allora, la possibilità dell'opposizione del *vindex*: in ciò però il ragionamento si espone alla critica che svolgerò in chiusura di questa nota e poi alla nota 38). Con la *cautio* le parti getterebbero infatti un ponte verso la successiva fase esecutiva della *manus iniectio*, che ne sarebbe perciò preventivamente disciplinata, con progressiva riconduzione – aggiungo io – della materiale *infirmitas* del *vindex* verso un più costruttivo modello di accertamento pieno del merito dell'opposizione all'esecuzione. Per il che sarebbe evidentemente spianata la strada verso la patrimonializzazione della responsabilità del *vindex* prima, del condannato poi. A me pare tuttavia improbabile tale costruzione, essenzialmente perché l'iniziativa del *vindex* perderebbe, mutandosi – in tesi – da intervento successivo a partecipazione preventiva, quel caratteristico profilo passivo di afflittività *adversus infirmitatem*, che invece sappiamo essersi (altrove) conservato con nettezza (Gai 4.9: '*...adversus infirmitatem*

5. – *La specialità dell'«agere in rem per sponsionem»: il giudicato indiretto.* Qualunque sia la spiegazione che si ritiene del dubbio che ho evidenziato chiudendo il numero che precede, il fatto stesso del presupposto del dubbio, ossia la duplicazione del titolo di soddisfazione che si forma in capo all'attore all'esito della definizione per lui favorevole della controversia, si ripercuote nello studio dell'*agere in rem per sponsionem*, dove è conseguentemente resa meno facile la congettura per la quale – in quest'ultimo rito – la garanzia preliminarmente costituita (nella forma dedicata della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*) fosse servente il superamento della speciale insufficienza condannatoria del giudicato caratteristicamente reso in forma indiretta.

Potrò spiegarmi meglio dopo che mi sarò soffermato più in generale sul procedimento *per sponsionem*. Ciò che farò prendendo le mosse ancora dalle Istituzioni di Gaio, nella parte che parzialmente ho già ho riprodotto – 4.93 –, introducendo il meccanismo processuale articolato sulla *sponsio praeiudicialis* e sull'azione *ex sponsione*, e in quella immediatamente successiva – 4.94 –:

Gai 4.93: *per sponsionem vero hoc modo agimus: provocamus adversarium tali sponsione: SI HOMO QUO DE AGITUR EX IURE QUIRITUM MEUM EST, SESTERTIUM XXV NUMMORUM DARE SPONDES?; deinde formulam edimus, qua intendimus sponsionis summam nobis DARE OPORTERE; qua formula ita demum vincimus, si probaverimus rem nostram esse. 94: non tamen haec summa sponsionis exigitur: non enim poenalis est, sed praeiudicialis, et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur, unde etiam is cum quo agitur non restipulatur. ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS ET*

in duplum agimus: quod accidit per actionem iudicati...'). Né può dirsi che ciò sia stato il frutto di una progredita sensibilità, per la quale si era dismesso un così forte deterrente alla pur legittima opposizione del condannato, poiché quella stessa afflizione condizionata – lo dicevo pocanzi – si conserva classicamente intatta, in danno di colui che intenda resistere all'iniziativa *iudicati* avversaria. Ne consegue che un nesso forte, evidente e perciò verosimile, lega l'azione mista di giudicato (e, segnatamente, la posizione di rischio assunta dal convenuto *infitians* nel giudizio per essa apertosi) alla *legis actio per manus iniectioem* (e alla posizione parimenti rischiosa, ivi propria del *vindex* che si opponga), più di quanto gli indizi evidenziati dall'autrice citata non vi accostino la *cautio iudicatum solvi* (si veda peraltro, nel senso deell'avvicinamento funzionale di *manus iniectio* e *actio iudicati*, F. LA ROSA, *L'actio iudicati nel diritto romano classico*, Milano 1963, 64 ss., dove purtuttavia – *ibidem*, 65 – è ribadito il legame dell'antica esecuzione con la *cautio iudicatum solvi*, giusta il richiamo anche di Gai 4.25). Dunque mi pare che sia piuttosto l'*actio iudicati*, e non la *cautio*, ad avere assicurato nel processo formulare la funzione già svolta nelle *legis actiones* dalla *manus iniectio iudicati*, posto che – in ogni caso – questa finiva con il tempo meramente soppiantata dalla preferenza di fatto accordata dagli interessati alle modalità di esecuzione sul patrimonio offerte dal pretore in sostituzione di quelle antiche sulla persona (sul punto, fondamentalmente, F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., 102 ss., 105; in argomento si sofferma anche C. BUZZACCHI, *Studi*, cit., 5 ss., con citazione di letteratura, *ibidem*, ntt. 18 ss.), e considerato che – comunque – la nuova *bonorum venditio* si innestava sulla *indefensio* o sulla *confessio* maturate *in iure*, nell'azione di giudicato (sul punto, F. LA ROSA, *L'actio iudicati*, cit., 59 ss., con richiamo e discussione di letteratura), che era conseguita alla deduzione esecutiva del titolo-sentenza. Titolo il quale poteva astrattamente essere rappresentato tanto dal giudicato sulla pretesa *in rem*, quanto da quello sulla pretesa *ex cautione*. Con il che il cerchio si chiude in un identico esito, sia partendo dalla sentenza definitiva dell'iniziativa *in rem*, che di quella definitiva dell'iniziativa *in personam*: ciò che finalmente dimostra in maniera – per così dire – geometrica la superfluità di una garanzia prestata in proprio in ordine all'adempimento di un giudicato avvenire, che – forgiato in termini esplicitamente condannatori – già di per sé obbliga colui il quale lo subisce.

VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis, id est pro re et fructibus, a possessore petitori dabantur.

Il giudicato di accoglimento della pretesa svolta *in rem per sponsonem* consiste evidentemente nella pronuncia della sussistenza del credito alla *summa sponsonis*; credito che però non rileva per il proprio contenuto economico nominale (né per esso era stato in effetti dedotto), quanto piuttosto per l'implicito suo derivare dal fatto che la cosa *qua de agitur* appartiene *ex iure Quiritium* al creditore di esso, come benissimo scrive Gaio: '*et propter hoc solum fit, ut per eam de re iudicetur*'.³¹

In questo quadro un po' curioso, la prima soluzione che si profila agli occhi dell'interprete è – lo dicevo in apertura di questo numero – quella di imputare la necessità della *satisfatio pro praede* a una qualche insufficienza della sentenza in punto di attitudine alla esecuzione, nel senso di dotare dal principio il procedimento di una soluzione (pre)esecutiva negozialmente costituita: il dubbio infatti sulla modalità della spendita di una sentenza favorevolmente resa sul credito *praeiudicialis* (e non sulla questione pregiudicata) induce nel senso di ritenere quella insufficienza.³²

Poiché tuttavia, sotto il profilo dell'accedere di una garanzia paranegoziale alla sentenza favorevole, i due modi della deduzione del diritto reale – *formula petitoria* e *agere in rem per sponsonem* – si mostrano nella medesima situazione, entrambi essendo assistiti dalla pur variabile *cautio* o *satisfatio*, non sembra così facile coltivare la suggestione rappresentata dalla pretesa insufficienza pratica della sentenza indiretta *ex sponsonem*, considerato che – ormai l'argomento è chiaro – anche la sentenza, per così dire, perfetta resa in forma esplicitamente e direttamente condannatoria sulla *formula petitoria* dedotta è assistita dalla *cautio iudicatum solvi*, preconstituita negozialmente *in iure*, sia pure sotto la minaccia di sanzioni onorarie che sono facilmente immaginabili.

³¹ Ricordo lo studio recente di M. RIZZI, *Spunti interpretativi*, cit., 176 ss., 181, dove per una diversa lezione di Gai 4.95 – 168 – l'autore giunge a riferire l'importo dei centoventicinque sesterzi previsto dalla *lex Crepereia* non alla *summa sponsonis* ma a quella *sacramenti (in personam)*, che perciò – '*cum ad centumviros itur*' – sarebbe sempre stato *quingenarium* (centoventicinque sesterzi corrispondendo a cinquecento assi). Diversamente ritengono coloro che, conservato il legame tra la *lex Crepereia* e la *sponsio praeiudicialis*, affermano un'originaria funzione penale di questa: difficilmente altrimenti sarebbe intervenuta una legge a fissare un importo che fosse solo nominale o – appunto – *mere praeiudicialis*. In tal senso, soprattutto G. FALCONE, *Per la storia*, cit., 553. Nel solco di tale ultima tesi, ritengo verosimile una iniziale funzione penale della *sponsio*, in ragione di una *summa* dalla misura variabile prima, fissata *ex lege* poi. Al più, mi pare, la legge Crepereia potrebbe – nel tempo in cui anche l'*agere per sponsonem* era ancora *periculosum* – avere modulato l'importo dell'impegno (auto) affittivo sul metro dei cinquecento assi previsti nell'alternativo rito sacramentale, sempreché tale cifra coincida con i centoventicinque sesterzi, secondo la tesi richiamata in apertura di questa nota.

³² Ferma semmai la considerazione che sul meccanismo del giudicato indiretto si era – credo efficacemente – retto per secoli il sistema della *legis actio generalis*, dove la statuizione sulla sussistenza della situazione giurata era implicito presupposto dell'identificazione del *sacramentum iustum* e dove a quella identificazione faceva – o poteva fare – esplicito seguito una iniziativa di soddisfazione che, titolata in essa, non poteva dirsi essere arbitraria: probabilmente il problema si risolve apprezzando la sopravvenienza della insufficienza del giudicato indiretto, alla luce della progressiva emersione della (consapevolezza della) natura economica dei beni controversi, in una con la pecuniarizzazione della responsabilità, che si accompagna alla formazione del sistema della condanna per equivalente, il quale caratterizzerà il successivo processo formulare.

Forse però questa, della equivalenza delle garanzie processuali e della perciò conseguentemente eguale attitudine condennatoria dei giudicati formulari e *per sponsionem*, è una conclusione affrettata.³³

6. – *Dubbi sull'equivalenza funzionale di «cautio» e «satisfatio»*. Certo è tuttavia che il modo della confezione, perfettamente parallela della parte delle Istituzioni veronesi che tratta delle garanzie preprocessuali, non può essere negato. Apparente com'è già alla prima lettura del testo, esso rappresenta un argomento importante per il sostegno della equivalenza tra gli impegni (mutevoli per sole ragioni di migliore aderenza all'uno e all'altro modo di azione *in rem*). Chi volesse coltivare la tesi contraria della loro invece eterogeneità, dovrebbe intanto assolvere l'onere di vincere il portato sostanziale dell'impianto formale gaiano e provare così a spezzare la strettissima relazione che altrimenti ne deriva, in punto di meccanica e funzione di *cautio* e *satisfatio*.

Come è ormai evidente, mi accingo a svolgere il prosieguo del mio ragionamento separando funzione e natura dei due impegni di garanzia. Devo pertanto affrontare subito il problema rappresentato dall'impianto formale di Gai 4.89 ss., in quanto deponente questo – l'ho detto poco fa – per una piena (e contraria) fungibilità dei due modi di impegno. La strada è obbligata: perché sia impedito di ricavare dal parallelo della struttura formale di esposizione dei due istituti un parallelo sostanziale tra i medesimi (con la denegata reciproca mutazione di finalità), occorre dimostrare come l'impianto delle Istituzioni sia il frutto della semplice e non troppo avveduta giustapposizione di proposizioni, collocate nella sequenza in esame per via della sola riferibilità del contenuto recato al tema comune dell'azione *in rem* e degli impegni richiesti alla parte che si accingeva a subirla. Il criterio sequenziale non esclude, naturalmente, una coerenza logica del costruito che ne risulta; una coerenza non però assolutamente pregnante, come sarebbe stato se il ragionamento si fosse sviluppato diaireticamente, nel senso della progressiva specificazione di premesse generiche, come tali valide per ogni *species* poi precisata.³⁴

³³ Già ho richiamato la tesi di F. LA ROSA, *La struttura*, cit., *passim* e 164 ss., 169, che nega tale equivalenza, laddove rivendica per la *cautio iudicatum solvi* una funzione specialmente connessa ai profili esecutivi che sarebbero scaturiti dal giudicato dell'azione formulare *in rem* (funzione dunque diversissima da quella della *satisfatio pro praede*, di configurazione per il vincitore di un addentellato esecutivamente spendibile, il quale assicurasse effettività all'altrimenti ineffabile giudicato indiretto formatosi *per sponsionem*). Faccio naturalmente tesoro di tanto preziose considerazioni, che potrò utilizzare ai fini del sostegno della mia tesi, quando – lo si vedrà presto – marcherò ulteriormente il segno della distinzione tra gli impegni paralleli di Gai 4.88, ipotizzando anche per la *satisfatio pro praede* una propria e diversa (da quella della *cautio*) funzione speciale.

³⁴ Né mancano esempi, nelle Istituzioni veronesi, di casi in cui porzioni di testo sono giustapposte nel modo che ho detto. Senza troppo allontanarsi dalla parte in esame, un buon saggio è rappresentato dal paragrafo 90, il quale è sicuramente finito dove lo si legge per l'opera non troppo felice, e certo un poco pedante, del compilatore del manuale di Gaio: sfugge infatti quale fosse la ragione di aggravare il ragionamento aperto al paragrafo 89, circa le garanzie richieste al convenuto nell'azione *in rem*, con la precisazione gratuita del fatto che chi agiva *alieno nomine* avrebbe dovuto ulteriormente garantire (gratuita, perché dell'impegno aggiuntivo di costui nulla di utile è detto; gratuita, perché l'esperienza processuale per conto d'altri – quando consentito – è sempre naturalmente assistito da garanzia, come avviene per esempio con la *cautio ratam rem dominum habiturum*, di cui dice sempre Gaio al paragrafo 84). Non che espunto dell'evidentemente eterogeneo paragrafo 90, il discorso svolto in 88 ss. finisca per ciò solo a filare senza difficoltà: a ben vedere,

Una simile tesi non è nuova in letteratura, dove alle frequenti incongruenze logiche del ragionamento gaiano è stata negli ultimi anni riservata un'acribica (talvolta perfino ingenerosa) attenzione.³⁵ Fuori tuttavia dei termini generali del problema – e dunque riconcentrato il discorso sul passo che adesso mi interessa –, una prima possibile conferma concreta dell'impressione di lettura, che spezza la riferibilità delle (apparenti) *species* di garanzia alla premessa generale sulla ragione per cui questa veniva esatta, si ricava da una attenta disamina del paragrafo 89 e dal rilievo che, quanto in esso riferito, non si applica genericamente alle speciali *cautio iudicatum solvi* e *satisfactio pro praede*, ma vale piuttosto – contro il portato della lettura formale del passo – per la sola garanzia richiesta a colui che resisteva nell'*agere in rem per sponsonem*. Sol che si dimostri quanto ora detto, è vinta per sempre l'attitudine della sistematica gaiana (non della lettera, è inteso) a far prova *ex se*.

Gaio insegna che scopo dell'impegno è la precostituzione di un titolo per il quale:

Gai 4.89: *si victus sis nec rem restituas nec litis aestimationem sufferas, sit mihi potestas aut tecum agendi aut cum sponsonibus tuis.*

Già ho notato il fatto che questo titolo poco o niente aggiunge alla posizione dell'attore vittorioso nel giudizio formulare, giacché il credito che gli deriva da quel giudicato è – oltreché identico – processualmente più forte, perché assistito da azione mista. Anzi: il credito paranegoziale può creargli per giunta talune difficoltà, in relazione alla consumazione delle azioni, laddove egli magari deduca la pretesa *ex cautio* invece che quella *iudicati*, perciò perdendo l'aspettativa al *duplum* affittivo che l'ordinamento pone in capo all'*infittians* soccombente.

È – mi pare – incontestabile il fatto che, delle tre (apparenti) condizioni di esperibilità dell'azione che nasce dalla *cautio iudicatum solvi*, non una ha senso specifico e pregnante alla funzione di garanzia, se questa la si misura sulla posizione del condannato nell'azione formulare: '*si victus sis*' è il presupposto anche dell'azione di giudicato; '*nec*

l'intero tratto 89-93 è infatti frutto di un accostamento alluvionale che, pur con evidenza variabile, mai passa inosservato all'occhio attento del lettore. Nelle pagine seguenti – nel testo di questo stesso numero – proporrò una sorta di scomposizione del *collage*, con riconduzione congetturale di alcune parti pretesamente generali (che cioè sarebbero tecnicamente in grado di *genus* se il costruito fosse coerentemente improntato a struttura diairetica) a una soltanto delle due *species*, che pure vi sono parallelamente innestate.

³⁵ Sul passo concretamente all'esame esprimeva il proprio stupore già F. BOZZA, *Actio in rem*, cit., 614 (ho riportato un breve passaggio alla nota 17, dove ho richiamato l'opinione contraria di G.I. LUZZATTO, *Spunti*, cit., 181: «in realtà, non mi riesce di vedere una tale sovrapposizione. L'esposizione di Gaio è perfettamente logica e continuata»); anche F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 168 ss., che pure non si sofferma sul punto, sostiene la tesi di una marcata specialità della *cautio*, la quale presuppone in certa maniera l'improprietà dell'impianto gaiano, che pone le due garanzie in pieno e incondizionato parallelismo. Certo è che il paragrafo 91 introduce la distinzione tra i modi concorrenti dell'azione *in rem* senza proseguire il 90 (chiarmente parentetico), né il precedente 89, il quale pure sembra introdurre, in termini generali, l'argomento delle garanzie, poi specificato: la successione materiale che si riscontra tra i paragrafi 89 e 91 (il 90 è saltato per le ragioni esposte alla nota che precede) non può tuttavia essere intesa nei termini di specificazione di un premesso generico. Errato sarebbe pertanto abbracciare la conclusione per la quale si collegasse al presupposto generale della garanzia richiesta a colui che resiste all'azione reale (4.89), la partizione speciale dei modi dell'azione *in rem*, e di quelli dell'impegno preprozessuale (4.91).

rem restituas' pure, ancorché in forma negativa, giacché l'azione formulare *in rem* porta una clausola arbitraria, per cui la restituzione (anche postuma: '*omnia iudicia absolutoria*') vale assoluzione.³⁶ Nel '*nec litis aestimationem sufferas*' si sublima poi il non senso più tangibile, considerato come l'azione di giudicato vesta precisamente la deduzione alla pretesa della somma di condanna liquidata dal giudice,³⁷ e come perciò – sotto questo profilo – i due rimedi si mostrino l'uno il pieno duplicato dell'altro. A riprova, potrei chiedermi che cosa mai sarebbe accaduto all'attore vittorioso con la *formula petitoria* che non avesse a suo tempo ricevuto la *cautio iudicatum solvi*: nulla, evidentemente (taciuti i profili *de dolo* e *de re defendenda*); egli avrebbe infatti agito *iudicati* se il *victus* non gli avesse restituito nei decemvirali *triginta iusti dies* la cosa, o corrisposto la *aestimatio* di questa.³⁸

Se mai – allora – si è avuto un *reus* il quale si impegnava negozialmente all'osservanza dell'eventuale giudicato condannatorio, in prosieguo di tempo dovette emergere la consapevolezza della inutilità di ciò, se non anche della difficoltà implicata, se è vero che, al tempo di Ulpiano, quell'impegno non gli era più richiesto e – soprattutto – si aveva per non prestato, ove al convenuto fosse stata esatta una *cautio* complessa, che contenesse, oltre alle clausole (opportune) *de re defendenda* e *de dolo*, anche quella *de re iudicata*:

D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 *ad ed.*): *si ex fideiussoribus, qui iudicatum solvi caverant, existat defensor, placuit ob rem iudicatam stipulationem non committi ceteraque eadem esse, atque si extraneus defensor existat.*

Non è, alla fine, possibile escludere – epperò nemmeno affermare – che la *cautio iudicatum solvi* sia stata da sempre una forma di eterogaranzia fideiussoria, come è attestato per l'età dei Severi e come potrebbe essere indiziato dallo stesso Gaio, nella parte in cui, costruendo la sequenza dei paragrafi che sto studiando, ha disegnato una struttura forzatamente diairetica,

³⁶ Su Gai 4.114 si veda C.A. CANNATA, *Omnia iudicia absolutoria in Processo civile e processo penale nell'esperienza giuridica del mondo antico*, Milano 2011, 67 ss.

³⁷ Lo dice espressamente Gai 4.48: '*pecuniam eum condemnat*'.

³⁸ F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 183, rinviene una funzione speciale della *cautio*, nell'attitudine non di procurare l'esecuzione del giudicato *in rem* (in effetti auto-esecutivo, se reso *per formulam*), ma di assicurare anticipatamente che il *reus* sarebbe stato al momento debito – ove sconfitto e sottoposto a *manus iniectio iudicati* – soccorso da un *vindex* adempiente per lui (dunque non opponente). La misura *in simplum* dell'impegno di garanzia si giustificerebbe allora in ragione del fatto che il garante è preventivamente impegnato ad intervenire *in solvendo*, rinunciata già dal tempo della promozione del giudizio di accertamento la opposizione (e la possibilità con essa del rigetto con responsabilità dell'opponente *in duplum*). Dietro una forte suggestione si nascondono tuttavia almeno due difficoltà: rappresentate, la prima, dal fatto che l'impegno di Tizio a fare domani da *vindex* non opponente non esclude – mi pare – la possibilità di Caio di promuovere lui un'opposizione all'esecuzione (né Tizio potrebbe – credo – spendere nell'impegno una sorta di esclusiva); la seconda, dal fatto che, così ragionando, si porta prepotentemente la *cautio* fuori dall'ambito delle garanzie richieste al convenuto e verso invece l'insieme delle garanzie prestate da terzi: e per quanto ciò giovi incidentalmente alla coltivazione anche della mia tesi – si veda, subito *infra*, nel testo –, devo tuttavia ricordare – a me stesso, prima che agli altri – come tanto le Istituzioni di Gaio (4.89), che quelle di Giustiniano (4.11 pr.), presentino la *cautio iudicatum solvi*, come quell'impegno che consente all'attore vittorioso di agire contro il convenuto, *aut* contro i garanti di costui.

che gli ha consentito di esporre, con un ordine apparentemente serrato, quanto gli premeva, senza però riuscire a chiudere ogni cosa nello schema.³⁹

Con il che – mi pare – è quantomeno indiziato il guasto logico della sequenza di Gai 4.89-93: guasto per il quale soltanto si imputano a una *species* caratteristiche dell'altra (le tre condizioni sopra dette: la tesi in dimostrazione le vuole esclusive della *satisfatio*, mentre le Istituzioni le estendono anche alla *cautio*); guasto per il quale soltanto si perdono caratteristiche proprie e importanti di una *species* (l'applicazione fideiussoria della *cautio*).⁴⁰

Se intesa nel modo che emerge dalla lettura delle Istituzioni veronesi, la *cautio iudicatum solvi* costituisce una posizione obbligatoria, la cui inutilità per il vincitore nel giudizio formulare è dimostrata dal passo ulpiano che ho sopra riprodotto.⁴¹ Diverso è il caso di chi invece aveva ottenuto un giudicato favorevole *per sponsionem* (diversa è infatti, ai miei occhi, la ragione e la struttura di questo specifico impegno): costui aveva bisogno di un titolo che gli consentisse di pretendere dal *victus*, il quale non restituisse la *res litigiosa*, una *litis aestimatio*, se non proprio la cosa medesima. *Litis aestimatio* che però, da quello che riteniamo di conoscere del procedimento *per sponsionem*, non era liquidata dal giudice (e dunque neppure constava), poiché costui evadeva il proprio compito pronunciando semplicemente sul credito *praeiudicialis*.

Salvo allora ritenere che il paragrafo 89 sia un *collage* davvero sconclusionato, fatto di elementi ora esclusivi dell'*agere in rem* ('*si victus sis nec rem restituas*'), ora della formula petitoria ('*nec litis aestimationem sufferas*'), si deve indagare sul modo per il quale (il versamento di) una *litis aestimatio* poteva essere condizione negativa di esperibilità dell'azione nascente non dalla *cautio iudicatum solvi* (che è fin troppo facile), ma dalla *satisfatio pro praede*.

La congettura che sto vagliando vuole infatti la riferibilità di Gai 4.89 al solo *agere in rem per sponsionem*, cui perciò devono potersi validamente imputare tutte e tre le condizioni dell'impegno di garanzia, senza possibilità di scaricare contraddittoriamente sulla *cautio iudicatum solvi* quella del *litis aestimationem sufferre*, in quanto problematica.

Come ipotesi di lavoro posso assumere allora che il soccombente nel giudizio *per sponsionem* – il *victus* di Gai 4.89 – si espone all'ulteriore iniziativa avversaria *ex satisfatione*, ove per tempo egli non l'abbia prevenuta rilasciando la cosa o versandone il controvalore,

³⁹ Il che potrebbe essere oggetto di un tentativo di dimostrazione, argomentata dalla presenza, per così dire, *extra ordinem* del parentetico paragrafo 90: il compilatore, avrebbe manipolato congiuntamente garanzie prestate in proprio (*satisfatio pro praede*, in tesi) e garanzie prestate in favore di altri (*cautio iudicatum solvi*), impostando un discorso secondo una tassonomia che si appalesa errata, nella parte in cui – in punto di forma – caratteristiche proprie della *satisfatio* sono poste in grado generico ('*si victus sis, nec ..., nec ...*') e finiscono per essere imputate anche alla *cautio*. Per le ragioni dette anche nella nota precedente, non voglio tuttavia addentrarmi nello studio della *cautio*; ai miei fini è sufficiente ricordare la certamente non incauta tesi di Franca La Rosa e sfruttarne in certo qual modo la scia, quando – tratteggiando l'indole propria e distinta della *satisfatio* – potrò opporre a quanti vorranno ricordarmi che Gaio ne tratta nel più pieno e incondizionato parallelo con la *cautio*, che non sono stato il primo a ritenere di dover superare, perché malamente confezionato, il sistema delle Istituzioni veronesi.

⁴⁰ Tanto proprie e tanto importanti che il giurista, avvertita la necessità di non obliterare la parte in questione, ricorre all'inserimento parentetico di 4.90. Con ciò, per paradosso, egli ha aggravato ulteriormente la situazione, giacché l'impianto diairetico di 4.89 e 4.91 è restato e resta impermeabile all'aggiunta, importando per forza l'isolamento di 4.90, in forma di codicillo sostanzialmente eccezionale.

⁴¹ E confermata dalla tesi di F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 163, 168, che vi ha letto essenzialmente l'impegno di un soggetto tanto diverso dal convenuto, quanto lo è il *vindex* dall'esecutato nella *manus iniectio iudicati*, prima e dopo della *lex Vallia*.

nell'importo – ulteriore congettura mia – arbitrariamente dallo stesso ritenuto (non consta in effetti un momento di liquidazione giudiziale, come invece è nel parametro formulare). In mancanza, integrate dunque le tre condizioni di esperibilità dell'azione di garanzia, l'avversario avrebbe proceduto deducendo l'impegno preprozessualmente formato con la *satisfatio pro praede*, allo stesso modo in cui – in antico – la parte che fosse stata nella medesima situazione avrebbe ritenuto i *praedes litis et vindiciarum*, già costituiti in suo favore. O meglio (più netto è il parallelo), procedendo con l'*arbitrium* penale che un'antica norma decemvirale prevedeva per colui che, insoddisfatto dell'esecuzione di una sentenza in *rem* e non disposto a ritenere *sine die* i *praedes*, intendesse conseguire per equivalente (e con afflizione in *duplum* dell'avversario) la cosa oggetto del proprio diritto conclamato.⁴²

L'indagine ormai non può che muovere verso la messa a fuoco dell'oggetto dell'obbligazione di garanzia, evaso lo studio delle condizioni si sua deducibilità.

7. – La «*satisfatio pro praede*» quale succedaneo della «*praediatura*». Le forme in cui il convenuto contraeva l'obbligazione accessoria sono, come ho anticipato, oggetto di congettura. L'ipotesi più accreditata è quella che si legge nell'*Edictum perpetuum* di Otto Lenel. Da qui conviene prendere le mosse, sfruttando la rassegna ragionata delle fonti che l'insigne romanista ha premesso ai risultati che ha ritenuto di poter raggiungere circa i *verba* costitutivi del vincolo ora *pro praede litis et vindiciarum*, ora *iudicatum solvi*.⁴³ Scorrendo le non poche pagine dedicate al tema, salta subito all'occhio come le fonti utilizzate per la ricostruzione di entrambi i modelli di garanzia siano sostanzialmente le stesse. Il che non deve stupire: nel Digesto di Giustiniano è presente un titolo – D. 46.7 – dedicato alla sola (*cautio*) *iudicatum solvi*. La *satisfatio pro praede* era infatti andata desueta, insieme all'*agere in rem per sponsionem*, e dunque non ha superato il vaglio dei compilatori. Non si può tuttavia escludere che questi siano intervenuti sui testi classici recanti la menzione della garanzia ora detta, sostituendo le parole *pro praede litis et vindiciarum* con *iudicatum solvi*.

È perciò corretto giovarsi, nella ricostruzione della *satisfatio pro praede*, delle fonti giustiniane formalmente riferite alla *cautio iudicatum solvi*, fintantoché il frutto della ricostruzione dell'una è omologo a quello dell'altra. Quando però sopravviene l'esigenza di diversificare i modelli di impegno, ecco che si apre la strada obbligata delle soluzioni congetturali fondate non – lo dicevo – sulle fonti, ma su più ampi postulati di corrispondenza teorica del modo della garanzia al modo dell'azione *in rem*.

Il punto che mi preme evidenziare è che la diversa articolazione delle garanzie *pro praede* e *iudicatum solvi* circa il rinvio al giudicato *in rem* e il modo di dargli seguito non trova riscontro nelle fonti, ma deriva dalla necessità di raccordare le *stipulationes* in parola con quanto sappiamo o crediamo di sapere sui riti principali: in altre parole, poiché la sentenza

⁴² XII tab. 12.3. Come si vedrà al numero seguente, la palingenesi del versetto e la ricostruzione del rito è fortemente controversa in letteratura, al punto che già il conciso riferimento che ho fatto nel testo alla norma potrebbe essere contrastato, affermando – con motivi tutt'altro che inconsistenti – che l'*arbitrium* decemvirale era subito dalla parte risultata vittoriosa nella *legis actio* e non promosso da questa, o che il procedimento non serviva l'intenzione di conseguire (il *duplum* de) l'equivalente della *res litigiosa*, ma procurava invece la liberazione dei *praedes*, previa individuazione del *duplum* di riscatto loro.

⁴³ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum. Ein Versuch zu seiner Wiederherstellung*³, Leipzig 1927 (rist. Aalen 1956), 516 ss., 524; 530 ss., 532.

del *iudex unus* del processo formulare si risolve in una condanna diretta e liquida, la garanzia accessoria potrà chiudersi con un rinvio all'importo così indicato:

D. 46.7.9 (Ulp. 14 *ad ed.*): *Iudicatum solvi stipulatio expeditam habet quantitatem: in tantum enim committitur in quantum iudex pronuntiaverit.*

Poiché invece il giudicato dell'*agere in rem per sponsionem* ha natura indiretta e non conosce un momento estimatorio, la chiusa del relativo impegno muterà – si ritiene – facendosi carico della funzione di liquidazione, la quale è imprescindibile in un sistema processuale improntato – giusta Gai 4.48 – alla condanna per equivalente pecuniario.⁴⁴ Questo mutarsi – ecco il punto – deriva esclusivamente dalla congettura dell'interprete, il quale ha ritenuto qui – non prima, né dopo – di sciogliere quel sodalizio, che poco prima aveva tenuto per bordone, nella ricostruzione geminata dell'uno e dell'altro impegno, alla luce delle medesime fonti raccolte dai compilatori giustiniane sotto il titolo unico di *iudicatum solvi* in D. 46.7.

Nel silenzio delle fonti, non è irragionevole supporre la differenza che ho adesso richiamato e ipotizzare per le due garanzie preprozessuali un meccanismo ora di rinvio alla liquidazione operata in una sentenza già coniata in termini di equivalente pecuniario (*cautio iudicatum solvi*), ora di effettiva *aestimatio* della misura economica dell'interesse alla attuazione di un giudicato reso naturalmente *in ipsam rem (satisdatio pro praede)*. Ciò ritenuto, non è imprudente ascrivere la omogeneità di regime che le fonti sembrano attestare per entrambe le forme di garanzia alla preponderanza assorbente della *cautio* sulla *satisdatio*, in parallelo con il soppiantarsi il procedimento di *agere per sponsionem* ad opera del processo formulare.⁴⁵

Così ragionando, si giunge a restituire un regime binario per l'iniziativa *in rem*, per il quale alla scelta del tipo di azione da esercitare – formulare o *per sponsionem* – conseguono specialità che si manifestano già in sede preprozessuale: in un caso, al convenuto sarà chiesto l'impegno ad astenersi da condotte dolose, a *rem defendere*, a dare corso all'eventuale giudicato condannatorio; nell'altro caso, l'impegno del convenuto sarà, oltretché a *rem defendere* e a *purgari dolo*, a rimettersi al *quanti ea res erit* dell'interesse avversario alla esecuzione (man-

⁴⁴ F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 179 ss., 196, ritiene invece che anche nella *cautio* l'impegno fosse al *quanti ea res erit*, perché oggetto di liquidazione giudiziale doveva poter essere, oltre alla responsabilità per il capo *de re iudicata* (facilmente liquidabile con riferimento alla misura della condanna), la responsabilità per i capi complementari (ma non troppo) *de re defendenda* e *de dolo*, evidentemente impassibili di liquidazione *per relationem* al *quantum* della sentenza). Anche D. MANTOVANI, *Le formule del processo privato romano*², Padova 1999, 104 s., opina nel senso della ricostruzione del tenore della *cautio iudicatum solvi* con la clausola del *quanti ea res erit*.

⁴⁵ A ben vedere, si può indovinare una sorta di evoluzione o, meglio, di attrazione (o di assimilazione) della *satisdatio* alla *cautio*, di pari passo peraltro con il fenomeno di soppiantamento del rito in cui era prevista la prestazione della prima, in favore di quello che prevedeva invece la seconda: l'ipotetica situazione di partenza – prima tappa –, che vuole due impegni radicalmente diversi da loro, è già obliterata in età classica, come testimonia la omogeneità piena e reciproca, che si legge in Gaio – seconda tappa –, in forza anche dell'impianto formale, il quale importa il parallelo che già ho criticato nel testo. Gli impegni sono pur tuttavia distinti e distinguibili nelle Istituzioni, diversamente da come sono invece nel sistema del Digesto – terza tappa –, che, eseguita (o metabolizzata) ormai irreversibilmente l'assimilazione, tace della *satisdatio* ed espone la sola *cautio*, previa probabilmente manipolazione delle fonti relative alla prima, in modo che siano riferibili alla seconda.

cata) del giudicato, ‘*si victus sis*’. In entrambi i casi – sembrerebbe – l’impegno richiesto in correlazione del giudicato avvenire è nella misura del *simplum*.⁴⁶

Ferma la grave serietà della congettura che porta a questo risultato, è necessario ricordare – l’ho detto poco fa – come non siano però le fonti a deporre nel senso di rinviare *per relationem* la *cautio iudicatum solvi* al *quantam pecuniam* e di importare invece per la *satisfatio pro praede* la liquidazione di *quanti ea res erit*. Le fonti, al contrario, lasciano intendere la più completa identità tra le garanzie: è l’interprete che, indagando, imputa quella identità apparente a ragioni sopravvenute e ne dirompe il portato, laddove questo sia incompatibile con le ragioni di differenziazione che egli va congetturando. Lenel scioglie il sodalizio, quando affronta la misura della responsabilità, optando per un rinvio alla misura della condanna nella *cautio*, contro la rimessione di stima al giudice nella *satisfatio* (dunque avalla per il resto l’omogeneità).

A me pare invece che la rottura debba collocarsi assai più a monte che non al momento della definizione dell’esito economico: l’ipotesi che sto tratteggiando, lungi dal negare la eterogeneità dei due impegni processuali di garanzia, tende infatti ad accentuare le differenze, sottraendo alla ricostruzione della *cautio iudicatum solvi* gli indizi recati in Gai 4.89, i quali finiscono – è la tesi – per riferirsi esclusivamente alla *satisfatio pro praede*. Non basta: separate alla radice le due forme di garanzia, cessa la ragione di imputare alla *satisfatio* il regime che dal Digesto si ricava con riferimento alla *cautio*, compresa la misura *in simplum* dell’impegno.

La forbice che per Lenel si apriva in punto di sola quantificazione della responsabilità assunta (*tantam pecuniam quantam* per la *cautio iudicatum solvi*; *quanti ea res erit* per la *satisfatio pro praede*), per me si apre molto prima, giacché – svuotato nella sostanza il parallelo apparente di Gai 4.89 ss. – professo ormai una radicale eterogeneità di natura e di funzione per *cautio* e *satisfatio*. Per come anzi mi sono un poco anticipato chiudendo il numero che precede, si fa strada in me un ben altro parallelo, il quale collega nella medesima applicazione l’azione *ex satisfatione* dell’esperimento *per sponsionem* e quella *iudicati* del giudizio formulare in senso stretto, relegata al ruolo secondario di garanzia sostanzialmente fideiussoria la *cautio iudicatum solvi*.⁴⁷

Tanto allora vale esplorare oltre la strada perciò imboccata per vedere se davvero questa può portare a una soluzione affidabile; un poco illogicamente, svolgerò il tentativo vagliando ancora una volta i riti in esame, non però dall’inizio del loro svolgimento, ma – adesso – dalla fine: ho detto infatti che molta perplessità desta in me il fatto che al giudicato di condanna, per il quale la cosa controversa dovrebbe attribuirsi al vincitore, acceda l’impe-

⁴⁶ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 532: ‘*quanti ea res erit*’, per la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*; ID., *Das Edictum perpetuum*, cit., 524: ‘*quantam pecuniam tantam*’, per la *cautio iudicatum solvi*. Alla nota 44 ho detto della diversa soluzione proposta da F. LA ROSA, *La struttura*, cit., 179 ss., 196.

⁴⁷ Quanto, è naturale, alla sola garanzia *de re iudicata*. Restano impregiudicate dal discorso le clausole *de re defendenda* e *de dolo malo*, che sicuramente venivano richieste al convenuto (anzi: la prassi per cui all’impegno del convenuto circa le due clausole dette accedeva spesso la garanzia di un terzo, il quale prometteva, oltre che *de re iudicata*, anche – aggiuntivamente – *de dolo* e *de re defendenda*, dovette portare alla formazione di una formula stilizzata in tre capi, supinamente proposta ogni volta che qualcuno si impegnava a – genericamente – *iudicatum solvi*, senza curarsi di variare il tenore di essa, in relazione al fatto che l’obbligazione venisse assunta dal convenuto o da un fideiussore: da qui la ragione dell’affermazione ulpiana di D. 46.7.5.4, per la quale non valeva la clausola *de re iudicata*, se stipulata dal convenuto che – aggiungo io – nel medesimo senso si sarebbe obbligato con l’*accipere* il *iudicium*).

gno preprocessuale del convenuto a procurare quella attribuzione, che perciò appare non sufficientemente coartata dalla mera condanna. Sul destino del convenuto condannato nel giudizio formulare, il quale non ottemperi al giudicato (né restituisca la cosa) non è il caso di soffermarsi più di tanto: la condanna determina per lui l'obbligazione di versare la somma per essa recata (ogni dubbio si limita alla ragione dell'affiancamento alla *obligatio iudicati* dell'impegno preprocessuale, all'apparenza inutile, se non pensato in forma di eterogaranzia, o fideiussione, come è nel sistema del Digesto).

Meno chiara è la sorte invece del soccombente nell'*agere in rem per sponsionem*, se davvero la pronuncia che definisce il rito non è di per sé titolo idoneo a procurare l'attribuzione della cosa controversa all'avversario vittorioso. Soccorre dunque l'impegno *pro praede*, così come in passato, con la *legis actio* in senso stretto, soccorrevano i garanti *litis et vindiciarum*, appositamente costituiti. Imboccando questa strada, è necessario mettere a fuoco il modo con cui funzionava quella antica eterogaranzia e provare a versare nell'impegno *pro praede* una meccanica quanto più possibile prossima a quella.

Il ragionamento si imbatte subito in una fonte di grave e difficile spessore, che in letteratura ha suscitato vivo interesse, determinando la formazione di interpretazioni suggestivamente variabili. Fonte, che – come ho detto – si riferisce alla *legis actio sacramenti* e dunque al sistema dei *praedes* eterogaranti e che, perciò, può essere spesa solo indirettamente nello studio dell'*agere in rem per sponsionem*.⁴⁸

XII Tab. 12.3: *SI VINDICIAM FALSAM TULIT, SI VELIT IS ...TOR ARBITROS TRIS DATO, EORUM ARBITRIO ... FRUCTUS DUPLIONE DAMNUM DECIDITO.*

Per essa si deduce che, alla non puntuale esecuzione della sentenza,⁴⁹ l'ordinamento reagiva

⁴⁸ Mi affido ancora alla lezione di G. BAVIERA, *Fontes*, cit., 73, avvertendo tuttavia che in letteratura – a partire almeno da F. BUONAMICI, *Intorno ad un frammento delle XII tavole*, in AG 44, 1890, 381 ss. – si registrano ipotesi ricostruttive molto diverse, tra le quali voglio ricordare quelle di G. BROGGINI, *Iudex arbiterve. Prolegomena zum Officium des römischen Privatrichters*, Köln Graz Bohlau 1957, 127 ss.; M. KASER, *Vindicia falsa und fructus duplio*, in *Iura* 13, 1962, 22 ss.; R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, in AUPA 30, 1967, 5 ss., ora in ID., *Scritti minori*, 1, Torino 2009, *passim*; F. DE MARINI AVONZO, *I limiti alla disponibilità della res litigiosa in diritto romano*, Milano 1967, 58 ss.; G. NICOSIA, *Il processo privato romano*, 2, *La regolamentazione decemvirale*, Torino 1984 (rist. 1986), 171 ss., 239; B. ALBANESE, *Il processo privato delle legis actiones*, Palermo 1987, 92 ss.; M.H. CRAWFORD (cur.), *Roman Statutes*, 2, London 1996, 718 ss. Per mia fortuna, il ragionamento che vado svolgendo non è troppo pregiudicato dalle variabili di restituzione del testo decemvirale, concentrandosi esso sulla previsione di un esito affittivo *in duplum*, in sanzione di una fattispecie penale, detta *falsa vindicia*. L'eco degli studi ora citati evidentemente risuona in queste pagine, laddove si discute su chi sia il destinatario dell'afflizione o su chi possa avviare il procedimento o – ancora – su chi dia i tre arbitri. Ai miei fini, preme tuttavia il riscontro dell'esistenza della sola *duplio*, che innegabilmente (a prescindere dalla tesi dell'uno o dell'altro autore) emerge dal testo, quale *damni decisio* risolutiva del fatto di *falsa vindicia*. Maggiore rilievo assume – sempre nel limitato ambito di questo studio – la messa a fuoco della fattispecie, di cui dirò brevemente alla nota che segue.

⁴⁹ Così intendo il '*vindiciam falsam tulit*'. La *vindicia*, consistente nella cosa controversa e nei frutti accessori che questa ha nelle more prodotto, ritrae, a mio avviso pertinentememnte, la qualificazione di *falsa* dal falso giuramento reso da chi ne era stato costituito *in iure* possessore interinale (già G. BROGGINI, *Iudex arbiterve*, cit., 132). L'accertamento della falsità del giuramento di costui – *falsi convictus*, per Gai 4.13, dove però *convictus* è frutto di un'integrazione mommseniana, oggi generalmente ritenuta – interviene successivamente

consentendo al vincitore la ritenzione dei *praedes* fino all'esatto adempimento del giudicato,⁵⁰ ovvero – in alternativa – la *decisio damni* in ragione del *duplum* della cosa e dei frutti.⁵¹

Se allora è possibile per la parte che, nella *legis actio*, ha ottenuto una sentenza a sé favorevole piegare la resistenza estrema dell'avversario condannato, minacciandogli l'esazione altrimenti del controvalore doppio del diritto vittoriosamente dedotto in giudizio (ovvero effettivamente esigere da costui, *poene nomine*, il *duplum* che ho detto), non si coglie la ragione della previsione, nell'*agere per sponsionem*, di una garanzia accessoriamente costituita *in iure*, quale titolo speciale e astratto di deducibilità per l'attore vittorioso di una somma equivalente – dunque il *simplum* – al controvalore del diritto oggetto della sentenza. Se, infatti, si mutua il regime della situazione costituita con la *satisdatio pro praede* da quello che consegue alla costituzione dei *praedes*, si deve ritenere piuttosto che il convenuto nell'*agere in rem per sponsionem* si ponesse in una condizione di assoggettamento, da cui si liberava o con l'emissione di un giudicato a sé favorevole, o – contraria essendogli la sentenza – con il rilascio della cosa in favore dell'avversario vittorioso, ferma la possibilità per costui di provocargli contro l'*arbitrium* penale, di cui fu antenata la *damni decisio* decemvirale, nel caso in cui la cosa non gli fosse rilasciata o, si può ritenere aggiuntivamente, la cosa non fosse corrispondente per qualità e per quantità a quella precisamente dovuta.⁵²

al momento in cui il magistrato aveva disposto in suo favore l'attribuzione del possesso interinale, di talché la sentenza definitiva della lite investe a ritroso, con il proprio effetto, il giuramento medesimo, il quale, solo in fine di processo, si mostra, quale però era da sempre, *iniustum* e, dunque, falso: falso il giuramento (*falsi convictus* il soccombente), *falsa vindicia* per esso attribuita. Leggere senza questo traslato la qualificazione di falsità apposta a *vindicia* espone alla critica di R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, cit., 26 ss., il quale giustamente evidenzia la non riconducibilità all'aggettivo in questione dei significati di diminuita, rovinata, peggiorata, ovvero (e soprattutto – p. 33), assolutamente rifiutata di restituzione. La *vindicia* è *falsa* perché costituita in favore di colui che ha prestato un giuramento dimostratosi parimenti falso. Un giuramento (falso) che gli è valso una *vindicia* (*falsa*); il che, a ben vedere, calza benissimo con la lettura sostanziale, e di anticipazione dell'esito della *legis actio*, che il medesimo R. SANTORO, *Potere ed azione*, cit., 593, propone di quel possesso che, comunemente e per eccesso forse di dogmatismo, si è soliti chiamare (detenzione) interinale, anche con riferimento al tempo più antico, nel quale difficilmente poteva allettarsi una tanto sottile intuizione differenziale.

⁵⁰ Più verosimilmente, prematura la costruzione dell'efficacia del giudicato in termini di obbligazione (manca una diretta attitudine condannatoria del giudicato), si sarà trattato di ottemperare al tenore dichiarativo della sentenza, forse costituente un titolo spendibile autotutelativamente o autoesecutivamente.

⁵¹ Aderisco anch'io senz'altro alla ricostruzione della norma decemvirale nel senso del riempimento del piccolo spazio prima di *fructus* con il segno *rei* e, dunque, per la restituzione del versetto nel senso di '*rei fructus duplione*', come da ultimo sostenuto da R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, cit., 51 ss. (e poi B. ALBANESE, *Il processo*, cit., 95), contro l'opinione autorevole di M. KASER, *Vindicia falsa und fructus duplio*, in *Iura* 13, 1962, 33, formatasi sulla scia degli autori richiamati dallo stesso R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, cit., 43 nt. 117. Successivamente, ancora nella scuola di Bernardo Albanese, che di tanta sensibilità è stato Maestro, G. FALCONE, *Per la storia*, cit., 554, ha letto la norma nel senso diverso, della previsione del pagamento – ulteriore alla corresponsione del *quanti ea res erit* – «di una somma pari al doppio del valore dei frutti ... per il caso in cui, riconosciuto proprietario l'attore, il convenuto non avesse effettuato la *restitutio* della *res* e dei frutti». Limitare però l'afflizione del reo al doppio dei soli frutti comporta l'abbandono della possibilità di riferire all'*arbitrium* penale quella imprescindibile funzione estimatoria che manca nel rito di cognizione indiretta: lo stesso Giuseppe Falcone, giustamente ragionava – lo si è visto – in termini di un *quanti ea res erit*, il quale importa di per sé una *aestimatio* (endo)giudiziale.

⁵² Non è però quest'ultima la fattispecie avuta per oggetto principale dalla norma decemvirale, che qua-

Credo che il nesso tra la *satisfatio* e la *praediatura* sia più forte di quanto solitamente si ritiene e che meriti un qualche credito sostanziale il passaggio di Gaio che ricorda quel nesso:

Gai 4.94: *...ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis ... a possessore petitori dabantur.*

Se allora è vero che la *satisfatio pro praede* teneva fedelmente il luogo dell'antica *praediatura* del rito sacramentale e se è giusta la lettura che succintamente ho dato del versetto decemvirale sulla *falsa vindicia*, posso tentare di chiudere il ragionamento prospettando la possibilità che la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum* costituisse negozialmente per l'*agere per sponsionem*, quel vincolo di garanzia *in duplum*, che la legge delle dodici Tavole imponeva per la *legis actio sacramenti*. E ciò correlativamente alla novità per la quale si passava dalla eterogaranza dell'antico rito, alla garanzia in proprio del nuovo.⁵³

lifica come *falsa* la *vindicia* ingiustamente costituita a favore dell'uno o dell'altro litigante, poi *falsi convictus* nella *legis actio*. Diversamente, il ragionamento affonderebbe nella già rilevata (R. SANTORO, *XII tab. 12.3*, cit., 26 ss.) impossibilità di ricondurre in via diretta quell'aggettivo ai concetti di cosa (e frutti) diminuiti, rovinati o deperiti. Nulla tuttavia esclude che una tale, ulteriore fattispecie possa essere stata risolta per analogia con la previsione decemvirale, ricorrendosi a un *arbitrium* estimativo (del *duplum*) della diminuzione, della rovina, del deperimento. Prima ancora che il processo e la dedotta responsabilità si configurassero nei termini prettamente economici della liquidazione della specifica pretesa dedotta, dovette affacciarsi naturalmente nella prassi la soluzione di offrire il controvalore della cosa, nel caso in cui questa fosse perita, per giungere all'offerta liberatoria del controvalore in ogni caso (quasi un *litis aestimationem sufferre*), nella misura arbitrariamente stimata dal condannato, salva contestazione dell'avversario che non ritenesse congruo il valore riconosciuto. In tal caso si sarebbe aperto, per il tutto o per la parte ulteriore alla somma offerta, l'*arbitrium* penale che ho detto, per il quale sarebbe stato guadagnato quel momento giudiziale di liquidazione che il rito di cognizione non conosceva prima della introduzione della formula petitoria. Né il rischio insito alla liquidazione della propria ragione arbitrariamente operata dalla parte precedente è nuovo nel processo romano se, come sostiene C.A. CANNATA, *Profilo*, cit., 68, una «liquidazione ... fatta direttamente dell'attore, a suo rischio» caratterizzava già l'iniziativa *per manus iniectionem* del derubato nei confronti del *fur manifestus*.

⁵³ In realtà, del versetto decemvirale non ho dato una mia lettura: mi sono, più esattamente (e prudentemente), mosso in margine delle molte e contrastanti ricostruzioni, giovandomi di taluni spunti minimali che, indipendentemente dalle tesi variabili, non sono – mi pare – revocabili in dubbio (o quasi). In effetti la – per così dire – fisiologia della *legis actio sacramenti in rem* voleva che il soccombente *iudicatus*, se possessore interinale, rimettesse *res* e *fructus* all'avversario, il quale per contro rilasciava i *praedes* costituiti presso di lui. La fattispecie oggetto della previsione decemvirale consisteva – a mio avviso – nella ipotesi patologica in cui il soccombente non rimettesse proprio la *vindicia* e i *fructus*; nella ipotesi, cioè, che egli trattenesse bellamente ogni cosa, in palese spregio della sentenza che lo aveva *falsi convictus*. La *vindicia* che si conservava perciò fattualmente presso di lui diveniva (o meglio era da sempre stata) *falsa*, perché attribuita in relazione a un giuramento del pari falso: il che è tanto più verosimile, quanto si dà (meritato) credito alla lettura (R. SANTORO, *Potere ed azione* cit., 593) per la quale, in antico, il possesso che diciamo interinale non era detenzione o custodia con scopo di conservazione, ma godimento (o pre-godimento) sostanziale della cosa controversa. Non si dimentichi che, nel contesto della *legis actio* contenziosa, la *vindicatio* compiuta *omnibus verbis* e con l'ausilio della *festuca* aveva attitudine immediatamente costitutiva, *ex nihilo*, della proprietà o del diritto rivendicato come proprio (mi riporto a quanto scritto in G. GULINA, *In iure cessio*, cit., 147), e che la sentenza, la quale sovvertisse poi la situazione possessoria (interinalmente) costituita *in iure* si risolveva nell'accertamento del fatto che il *sacramentum* era *iniustum* (in proposito, C. BUZZACCHI, *Studi sull'actio iudicati*, cit., 21, con letteratura

8. – *Conclusionem*. Se la *satisfatio* richiesta alla parte resistente nell'*agere in rem per sponsionem* è il succedaneo della *praediatura* nell'antico *sacramentum* e se la previsione decemvirale di 12.3 – impregiudicato ogni dettaglio – disciplina fondamentalmente il caso di mancata o incompleta restituzione della *vindicia* da parte del soccombente nell'antico giudizio *in rem*, già assegnatario del possesso interinale della cosa controversa, comminandogli una sanzione affittiva *nel duplum*, si può prudentemente opinare nel senso di una funzione parimenti affittiva anche per l'impegno *pro praede et vindiciarum*:

Gai 4.94: *...ideo autem appellata est PRO PRAEDE LITIS ET VINDICIARUM stipulatio, quia in locum praedium successit, qui olim, cum lege agebatur, pro lite et vindiciis ... a possessore petitori dabantur.*

La suggestione del passo ora riproposto è innegabilmente fortissima, nel senso di gettare un ponte tra le garanzie antica e recente.⁵⁴ Ponte che tuttavia deve trovare ulteriore sostegno, perché non resti il frutto di una mera ipotesi, ancorché – almeno agli occhi di chi scrive – affascinante.

e fonti, *ibidem*, ntt. 1 e 2) e che perciò il soccombente aveva vindicato *iniuria* (Gai 4.16). Diversamente, ma non troppo, doveva succedere se il soccombente rilasciava cosa diversa da quella controversa (uno schiavo per un altro, ad esempio), ovvero – logicamente accessorio ma, forse, statisticamente più frequente – una cosa incompleta (senza i frutti, oppure diminuita o rovinata: se si pensa al rilascio di un asse ereditario, con le molte cose che potevano comporlo, la questione assume una concretezza facilmente apprezzabile): il vincitore che non si ritenesse soddisfatto dal rilascio della *vindicia* offertagli avrebbe potuto trattenerne, come d'ordinario, i *praedes*, ovvero avrebbe potuto avviare – o avrebbe potuto dover subire: cominciano qui le ardue variabili di interpretazione – una *damni decisio* arbitrata, con attitudine affittiva della controparte (o – per alcuni – dei *praedes*) e concreta condanna, ove fosse stato infine dimostrato che era stata rilasciata una *vindicia* completamente o parzialmente non corrispondente (anche in punto di *fructus*): si poteva cioè fare per la parte (rilascio incompleto) ciò che la norma decemvirale consentiva di fare per il tutto (rilascio rifiutato). Il collegio avrebbe in tal caso liquidato una somma pari al doppio della differenza – *damnum* – tra il controvalore di quanto doveva essere restituito al vincitore in giudizio e quello della cosa (o delle cose) effettivamente offertegli. Dal varco apertosi con il passaggio forzato dalla cosa concretamente controversa al suo equivalente (doppio), ebbe presto a passare l'idea di risolvere la situazione conseguente la sentenza semplicemente liquidando – fuori del contesto affittivo di XII tab. 12.3 – il valore della lite e degli accessori e corrispondendo questo per soddisfazione piena della controparte vittoriosa (un indizio di ciò è forse in Plin. *ep.* 6.33.9, per il quale passo rinvio a quanto ho scritto in G. GULINA, *Ancora sulla testimonianza pliniana circa il regime processuale della querela inofficiosi testamenti* (Plin., *epist.*, 6.332.6 e 9), in *Studi in onore di Generoso Melillo*, Napoli 2009, 565 ss.). La previsione decemvirale del *duplum* restava a opportunamente presidiare la posizione di colui che avesse prevalso nella *legis actio* contro l'irragionevole, sostanziale *infinitatio* del soccombente in punto di rilascio o comunque di soddisfazione della controparte.

⁵⁴ Si veda, per esempio, M. MARRONE, *Istituzioni*, cit., 73. Ritiene tuttavia F. PASTORI, *Appunti in tema di sponsio e stipulatio*, Milano 1961, 36, «la sostituzione e non la derivazione della *stipulatio pro praede litis et vindiciarum* rispetto ai *praedes* dell'antico processo». La ragione testuale che egli adduce – '*quia in locum praedium successit*' – mi pare poco persuasiva, fermo il ragionamento per il quale i *praedes* si costituivano come tali poiché «si impegnavano affermando una loro posizione personale», mentre lo *sponsor*, nello *spondere*, «non si impegnavano affermando di essere tale, ma promettendo una prestazione». La distinzione, se rileva nell'ambito dell'indagine svolta nella citata monografia, può senz'altro essere qui trascurata, essendo sufficiente l'acquisizione di una successione, non necessariamente genetica, tra i *praedes* impegnati in favore del convenuto nell'antico processo e l'impegno assunto *pro praede* da chi resisteva a una iniziativa *per sponsionem*.

Lo spunto confermativo può essere, a mio avviso, validamente ricercato nella litiscrescenza che assiste l'azione formulare di giudicato che, per la congettura che sto tracciando, rappresenta il vero *alter ego* dell'*actio ex stipulatu (pro praede)*, in luogo della *cautio iudicatum solvi*, di cui ormai è stata metabolizzata la non fungibilità con la garanzia esatta nell'*agere in rem per sponsionem*, contro l'insegnamento apparente di Gaio, ma in conformità del senso complessivamente restituito della sequenza dei paragrafi 89 ss. del quarto commentario. È stato facile ricomporre nelle Istituzioni un sistema che contemplasse congiuntamente i due impegni serventi l'effettività del risultato della pretesa *in rem*, nelle sue due varianti di svolgimento: la ragione pratica della ricomposizione deve però essere tenuta presente dall'interprete, che pure deve ricordare come – qui e altrove – la sistematica del manuale non consente il ricavo di conclusioni troppo ulteriori a quelle della lettera stretta del testo.⁵⁵

Se dunque la materia delle garanzie è stata opportunamente accorpata con gli aggiustamenti formali che si leggono nelle Istituzioni, non per questo gli strumenti hanno abdicato alla loro funzione sostanziale: la *cautio iudicatum solvi*, di garanzia certamente ulteriore e – forse – fideiussoria, se prestata da terzi all'attore in punto di *tantam pecuniam dari*, quanta ne fosse stata *iudicata* in danno del convenuto; la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum*, di impegno (implicito) del resistente a conformarsi al giudicato indiretto che sarebbe stato reso *per sponsionem* e di auto-assoggettamento espresso, in mancanza, alla sanzione del *duplum*, ritratta direttamente dall'esito afflittivo del soccombente (o dei *praedes*, secondo talune ricostruzioni) nell'antico giudizio sacramentale, il quale non avesse dato seguito al giudicato.

Chiaramente, come la *duplio* decemvirale riguardava *res* e *fructus*, così la litiscrescenza che – in tesi – assiste la *satisdatio pro praede litis et vindiciarum* e che facilita l'effettività del giudicato reso *per sponsionem* (proprio) grazie alla afflizione implicata, deve riferirsi al controvalore tanto della cosa che dei frutti. Diversamente ragionando, si torna nello stallo già denunciato, per il quale alla parte che rifiuta di dare corso alla sentenza che lo ha visto soccombente gli si minaccia (e gli si esegue contro) un rimedio che per lui comporta un *dare* identico o, al più, equivalente.

Ciò premesso, il tenore dell'impegno di garanzia accessorio all'*agere in rem per sponsionem* dovrebbe essere, nella sostanza, il seguente:

si ea res qua de agitur secundum me iudicata erit...

protasi introduttiva e principale, che traduce la condizione logicamente fondamentale di soccombenza, resa nelle Istituzioni veronesi con il tratto '*si victus sis*';⁵⁶

⁵⁵ Già un'altra volta mi sono interrogato - per altro in buona ed autorevole compagnia - sull'affidabilità del sistema di Gaio, proprio in punto di tenuta diairetica della successione tra *genus* e *species*: G. GULINA, *Legge agere*, cit., 1199 nt. 103 = *Rivista di Diritto romano*, 27 nt. 103.

⁵⁶ Tale condizione è palesemente superflua, ove apposta all'impegno preconfezionato in vista della promozione dell'iniziativa formulare, posto che l'azione di giudicato che avrebbe consentito in ultima analisi l'effettività della sentenza così ottenuta sarebbe stata anch'essa parimenti condizionata, ex XII Tab. 3.1: '*rebusque iudicatis XXX dies iusti sunt*'. È per via di tale superfluità che – unitamente agli altri indizi via via evidenziati – si è instillato in me il dubbio sulla reale e originaria previsione dell'impegno in esame al di fuori dell'ambito dell'*agere in rem per sponsionem*.

...neque ea res boni viri arbitrato restituetur...

seconda condizione, negativa, dell'impegno, la quale fa salva la possibilità di liberarsi in ogni momento della responsabilità assunta, rilasciando la cosa controversa: Gaio la traduceva nel '*nec rem ipsam restituas*' che si è visto sopra;⁵⁷

...sive litis aestimationem non sufferas...

terza condizione, sempre negativa, di salvaguardia della possibilità di salvezza del soccombente, mediante il rilascio non della cosa controversa, ma del suo equivalente pecuniario, nella misura del *simpulum* arbitrariamente ritenuto: si tratta evidentemente del '*nec litis aestimationem sufferas*' di 4.89;⁵⁸

...quanti ea res erit...

momento implicante la valutazione della lite, la cui necessità sopravviene allorché il resistente che sia stato sconfitto – '*victus sis*' –, non abbia rilasciato la cosa – '*nec rem ipsam restituas*' –, né abbia lui corrisposto la somma ritenuta equivalente – '*nec litis aestimationem sufferas*'. La caratteristica che distingue il rito *per sponsionem* da quello formulare si risolve in effetti nel suo giudicato indiretto e dunque nella non delibazione dei termini quantitativi della lite né, a maggior ragione, del valore di questa.⁵⁹

⁵⁷ Anche tale seconda condizione non può evidentemente attenersi all'esperienza formulare, poiché la procedibilità della relativa azione di giudicato è esclusa nel caso in cui la cosa sia stata restituita, prima o – *omnia iudicia absolutoria*: Gai 4.114 – dopo la sentenza definitiva del merito.

⁵⁸ Nel caso della condanna resa dal *iudex unus* in evasione del *iussum iudicandi* formulare, il *facere iudicatum* consiste esattamente nel corrispondere alla controparte la *litis aestimatio* (ciò che può argomentarsi anche da Gai 4.48). *Restituere rem* è una sorta di *solutio in facultate* del soccombente, a ciò sostanzialmente legittimato per via della clausola arbitratia inserita nel *iudicium* della rivendica (secondo C.A.CANNATA, *Omnia iudicia absolutoria*, cit., 67 s., nel processo formulare, la possibilità della restituzione *in ipsam rem* sarebbe stata ben più che una mera incidentalità). Condizionare, fuori del solo *agere in rem per sponsionem*, l'impegno preprocessuale al fatto di *ni iudicatum facit* rappresenta davvero una duplicazione priva di senso del presupposto dell'iniziativa esecutiva in senso stretto, *ex XII tab. 3.3*.

⁵⁹ Per il vero c'è stato in letteratura – v. alla nota 44 – chi ha ipotizzato anche per la *cautio iudicatum solvi* un impegno al *quanti ea res erit*. Il fatto che, nell'*agere in rem per sponsionem*, diversamente che per l'alternativa formulare, il momento di liquidazione della pretesa sia rinviato alla deduzione dell'impegno di garanzia, importa un problema pratico, laddove il soccombente intenda dare seguito al giudicato indiretto, secondo una quantità che la controparte ritiene insufficiente. L'arbitrarietà di ogni liquidazione giudiziale comporta in effetti di per sé la possibilità e il rischio di una controversia sul *quantum*, pacifico *l'an*. Se dunque il rito formulare porta a una sentenza di merito nella quale la pretesa riconosciuta è già liquidata, il rito *per sponsionem*, come già quello *sacramento*, procurano un giudicato illiquido, rimettendo ad una parallela vicenda processuale (che non è l'esecuzione) la eventualmente necessaria liquidazione: l'*arbitrium* penale di XII tab. 12.3 per la *legis actio*; l'azione *ex satisfatione pro praede* per l'*agere in rem per sponsionem* (solo in ulteriore prosieguo, se del caso, l'azione esecutiva per *manus iniectioem* o per *bonorum venditionem*, commisurate alle quantità finalmente definite in modo liquido).

tantae pecuniae duplum dari spondesne?

All'estimo rimesso al giudice in ragione del *quanti ea res erit*, fa riscontro l'impegno di auto-afflizione a versare il doppio, quale deterrente prima e pena poi, circa il fatto della non ottemperanza del giudicato indiretto, così come avveniva nel caso della *praediatura* (dove però l'afflizione *in duplum* derivava dalla legge e non dalla volontà delle parti) e come pure avviene nell'azione di giudicato del processo formulare, nel quale la funzione di coazione indiretta all'ottemperanza è resa quanto mai evidente dalla meccanica dell'azione mista, per la quale la litiscrescenza affittiva matura nel solo caso della *infittatio* del *reus*.⁶⁰

Vista nell'insieme e purgata delle parti logicamente accessorie, la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum* avrebbe dunque dovuto essere prestata in una forma non troppo lontana dalla seguente:

si ea res qua de agitur secundum me iudicata erit, neque ea res boni viri arbitrato restituetur sive litis aestimationem non sufferas, quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum dari spondesne? spondeo.

Applicando la conclusione della misura doppia di responsabilità al modello di impegno ricostruito da Lenel per l'iniziativa *per sponsionem* di avviamento del giudizio centumvirale secondo la testimonianza di Gai 4.95,⁶¹ si ottiene questo risultato:

si ea res qua de agitur a centumviris secundum me heredemve meum iudicata erit, neque ea res boni viri arbitrato restituetur et, si quid deinde deperierit deminutum erit, damnum, quod ob eam rem te heredemve tuum mihi heredive meo decidere oportet, uti e lege oportet, decideretur, sive ea res a te herede cognitore procuratore sponsoribus tuis adversus me heredem cognitorem procuratorem meum boni viri arbitrato defensa non erit, cuive rei dolus malus non abest non afuerit, quanti ea res erit, tantae pecuniae duplum dari spondesne? spondeo.

La sola modificazione insiste in chiusura, laddove ho sostituito al *quantam pecuniam* il *tantae pecuniae duplum* in tondo,⁶² che ritengo necessario per dare corso alla funzione affittiva che ho ritenuto di poter ascrivere all'azione *ex satisfatione*, sul tratteggiato parallelo funzionale di questa con l'*actio iudicati* di esecuzione della sentenza resa *per formulam petitoriam*.⁶³

⁶⁰ Giova osservare come, anche per l'azione di garanzia *ex satisfatione*, l'esito di afflizione *in duplum* maturi al momento della *litis contestatio* circa la formula *ex stipulatione (pro praede)*: fino ad allora è infatti impregiudicata la possibilità per il convenuto di salvarsi dalla condanna, rilasciando la cosa all'avversario o versarsandogliene il controvalore. La *potestas condemnandi* del giudice privato sarebbe stata infatti condizionata al non essere ricorsa l'una o l'altra circostanza precedentemente alla maturazione dell'effetto fissativo connesso all'*acceptio iudicii* da parte del *reus*.

⁶¹ O. LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 516 ss., 524.

⁶² Ho evidentemente ritratto il '*tantae pecuniae duplum*' dalla formula dell'azione di giudicato ('*de sententia in duplum reuocanda*'), come ricostruita in O. LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 443 s., così corroborando il parallelo sostanziale, con il quale ho inteso legare l'iniziativa *ex satisfatione pro praede litis et vindiciarum* all'*actio iudicati*.

⁶³ Parimenti modificato potrà essere il modello della *cautio iudicatum solvi* (mi riferisco ancora alla rico-

9. – *Epilogo*. Come ho scritto in apertura di queste pagine, la tesi che ho finito per abbracciare non è altro che una congettura, elaborata nel tentativo di guadagnare la soluzione del problema, che mi pareva (e mi pare) presupposto della spiegazione del senso delle linee in cui Gaio tratta delle garanzie richieste al convenuto nell'azione *in rem*. Senso che, per le ragioni che ho anticipato introducendomi e che ho poi meglio evidenziato nel prosieguito, mi sembrava davvero mancare, già alla luce di una primissima esegesi. Non è, infatti, possibile dare corso alla lettera del codice veronese e sostenere fino in fondo il confronto tra la struttura ivi pienamente geminata degli impegni di garanzia e la radicale diversità dei modi di agire *in rem*, che pure il giurista tiene a evidenziare in quelle stesse linee, sottolineando le modalità attraverso le quali l'uno e l'altro *modus agendi* procurano il giudicato, ora diretto, ora indiretto.

Ordinata un poco e messa per scritto, questa mia congettura vuole adesso essere un piccolo contributo allo studio generale delle garanzie preprocessuali nell'azione *in rem* e particolare della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*.

La tesi che propongo spezza alla radice – come già altri hanno fatto – il parallelo costruito nelle Istituzioni e muove perciò verso il superamento di quella difficoltà o – come ho detto – insoddisfazione, che si nutrivà riflettendo sulle parole che compongono il passo in questione. Le sicure ragioni di non senso che affliggono la lettera di Gaio, nella parte in cui è apparentemente configurato, per l'azione formulare, un impegno di garanzia inutile e duplicato, sono tanto incontestabili, da avere aperto (e giustificato) la strada di un'interpretazione che, quasi trasfigurata nell'effetto, finisce per violare la lettera cui è applicata.

L'ipotesi che ho messo a punto non si giova della mera lettera interpretata, trovando in ciò al contempo ragione di forza e di debolezza. A suo vantaggio depone comunque la capacità di procurare il superamento dello stallo, in cui si adagia altrimenti ogni lettura, se chiusa nel parallelo formalmente invincibile delle garanzie previste per riti aventi invece meccanicamente reciprocamente irrudicibili. E ciò, sciogliendo in larga misura l'impegno *pro praede litis et vindiciarum* dalla *cautio iudicatum solvi*, cui il giurista l'aveva strettamente legato.

Il punto di arrivo (la separazione delle due garanzie) è diventato, come spesso accade, punto di partenza di un più lungo (e ambizioso) percorso: avviate infatti *cautio* e *satisfatio* verso destini reciprocamente diversi, mi sono incamminato nella coltivazione di un'affinità

struzione di O. LENEL, *Edictum perpetuum*, cit., 530 ss., 532), restituendo dapprima una versione schiettamente fideiussoria, in cui l'impegno sia assunto da un garante in relazione all'esito di una controversia avviata dal garantito con altri ('*qua de re ego cum L. Titio acturus sum, quantam pecuniam ob eam rem iudicatus L. Titius erit, tantam pecuniam dari eamque rem boni viri arbitrato defendi, quod si ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne?*'); successivamente tratteggiando il modo di impegno diretto del convenuto, circa le sole clausole a costui riferibili, secondo l'insegnamento di D. 46.7.5.4 (Ulp. 77 ad ed.) ('*qua de re ego tecum acturus sum, eam rem boni viri arbitrato defendi, quod si ita non defendetur, quanti ea res erit, tantam pecuniam dari dolumque malum huic rei abesse afuturumque esse spondesne?*') e dunque espungendo l'impegno a *iudicatum solvi* che, poizore nella più frequente manifestazione dell'impegno complesso – quella fideiussoria – ha finito comunque per imprimersi nella denominazione della *cautio*. Con ciò si accentua la separazione del destino di questa dalla *satisfatio*, stemperandosi ulteriormente la pregnanza del costruito logico gaiano, che voleva invece due *stipulationes* pressoché gemelle, arrivando ad imporre ad entrambe la triplice condizione – '*si victus sis, nec rem ipsam restituas nec litis aestimationem sufferas*' – che però, come più volte ho detto e come benissimo si vede anche riprovandosi adesso sulla *cautio*, non trova riscontro per il caso in cui '*per formulam petitoriam agitur*'.

obliterata e diversa da quella formalmente suggerita nelle Istituzioni, quale è la corrispondenza di finalità e funzione tra l'iniziativa *ex satisfatione pro praede* e l'azione di giudicato tout-court, la quale assiste la posizione dell'attore vittorioso nell'esperienza formulare.

Mosso questo secondo passo (avvicinamento dell'*actio ex satisfatione* all'azione di giudicato), ne ho compiuto un terzo: ho infatti chiuso il cerchio del ragionamento, rinvenendo un possibile riscontro della nuova affinità congetturata tra azione di garanzia (*ex satisfatione*) e azione di giudicato, nella caratteristica di affittività che – in tesi – è comune alle due iniziative dette: il pacifico *duplum* di litiscrescenza per l'azione (mista) di giudicato per il caso della *infirmitio* del convenuto già condannato nella revindica formulare; la *duplio damni*, già propria dell'*arbitrium* penale decemvirale, e da questo – sempre in tesi – derivata nell'impegno *pro praede*, che ne ha preso il posto ed ereditato la funzione, secondo il nesso genetico enfatizzato dallo stesso Gaio, in 4.94.

Quel nesso genetico rende – a mio avviso – verosimile la possibilità che l'azione *ex satisfatione pro praede* condividesse l'applicazione affittiva, la quale già era propria dello strumento (*duplione damni decisio*) che l'aveva preceduta nel tempo, tenendone luogo e – lo dicevo – funzione. Tale indizio, utile a ipotizzare l'affittività e, quindi, la natura penale, dell'azione che nasce dalla *satisfatio pro praede*, si sposa bene con l'indizio, parimenti deponente verso una (non troppo dissimile) affittività, che può trarsi dal parallelo instaurato con l'*actio iudicati* promossa dal vincitore nella revindica formulare, contro il convenuto che, pur *victus*, non gli avesse restituito la cosa né versato la *litis aestimatio*. A ben vedere, tanto l'azione *ex satisfatione* che quella *iudicati*, rinvergono il loro fondamento in fatto nel ricorrere delle tre circostanze di Gai 4.89: '*si victus sis, nec rem ipsam restituas, nec litis aestimationem sufferas*'.

La tesi – è vero – si discosta dalle letture importanti e autorevoli che ho ricordato. Lo fa tuttavia nella parte in cui queste si allungano, a loro volta, nelle congetture necessarie al riempimento degli spazi rimasti vuoti all'esito della rassegna delle fonti disponibili. Otto Lenel – per tutti – aveva proposto la ricostruzione della *satisfatio pro praede litis et vindiciarum* secondo il modello che si è visto nel numero precedente,⁶⁴ in ragione della ipotesi (ritenuta forse proprio sulla scorta del parallelo che si legge in Gaio), per la quale quell'impegno in tutto e per tutto mutuava il calco della *cautio iudicatum solvi*, salvo discostarsene nella sola parte di quantificazione della responsabilità assunta, che doveva essere necessariamente al *quanti ea res est*, contro il *quantam pecuniam tantam* della *cautio*.⁶⁵

Nel determinarmi diversamente, io ho invece, in prima battuta, sciolto il nesso tra i due impegni, criticando il passaggio di Gaio, che quel nesso sembrava voler dimostrare a gran voce, ma che un'esegesi neppure troppo sottile ha potuto escludere. Emancipata perciò la *satisfatio* dalla *cautio*, ho successivamente evidenziato le ragioni di una diversa, possibile attrazione, che ho quindi tentato di mettere a fuoco, riprovandola infine attraverso la congettura dell'affittività in *duplum* della garanzia *pro praede* che, nel mio disegno, ha – come ho detto – chiuso definitivamente un cerchio diverso da quello che in Gaio accomunava i due impegni preprozessuali.

L'incontro tra l'affittività in *duplum*, che ho congetturato per la *satisfatio pro praede*, in ragione del nesso genetico che la vuole derivata dalla *duplio rei et fructus* di XII tab. 12.3, e

⁶⁴ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 516 ss., 524 s.

⁶⁵ O. LENEL, *Das Edictum perpetuum*, cit., 530 ss., 532.

l'affittività, sempre *in duplum*, che si riscontra (o si può riscontrare) per l'effetto della litiscrescenza nell'*actio iudicati* promossa dall'attore vittorioso nella revindica formulare, ha fatto il resto, inducendo infine la congettura compiuta che propongo: con la *satisfatio pro praede litis et vindiciarum*, colui che si accinge ad *agere in rem per sponsionem* ottiene un titolo paranegoziale, il quale gli consentirà non tanto di dare corso sostanziale al giudicato indiretto che egli avrà guadagnato prevalendo in giudizio, quanto di ottenere l'afflizione *in duplum* dell'avversario che, pur sconfitto, non si sarà poi conformato allo sfavorevole giudicato indiretto, o rilasciando la cosa al vincitore, o corrispondendogli l'equivalente pecuniario di questa.

ELEONORA NICOSIA

Promissio iurata liberti?

ABSTRACT

The expression *promissio iurata liberti*, commonly used by modern scholars, is arbitrary, being nowhere attested in ancient sources, and also misrepresents and confuses two different acts: the *promissio* of a *libertus* through a *stipulatio* (*utroque loquente*) and the *iusiurandum*, where the *verba* are pronounced only by the *libertus* (*uno loquente*).

PAROLE CHIAVE

Libertus; iusiurandum; promissio; stipulatio.

1. In dottrina l'atto con cui il liberto poteva obbligarsi alla prestazione delle *operae* (e di eventuali altri *dona* e *munera*, *libertatis causa imposita*) viene comunemente denominato *promissio iurata liberti*.¹

Tuttavia l'espressione *promissio iurata liberti* non solo, come è agevole riscontrare, non è mai utilizzata nelle fonti,² ma risulta inoltre, come cercherò di dimostrare, in netto contrasto con le chiare e reiterate attestazioni delle fonti.

2. Dell'atto mediante il quale il liberto si obbligava nei confronti del patrono si occupa Gaio, in 3.96, testo fondamentale, pur se pervenutoci un po' lacunoso nella parte iniziale.

Ai fini della corretta comprensione di quanto si legge in questo testo, occorre prima inquadrarlo nel contesto del discorso complessivo svolto da Gaio.

A partire dal § 92 del terzo libro delle sue *Institutiones*, Gaio si occupa della *obligatio verbis contracta* per eccellenza, ossia della *stipulatio*. Nei §§ 92-94³ l'esposizione riguarda i *verba* che andavano pronunciati nella domanda e nella risposta perché la *stipulatio* fosse valida.

Il discorso sulla *stipulatio* riprende poi ai §§ 97 e seguenti: nei §§ 97-104 vengono esaminate le ipotesi in cui la *stipulatio* è *inutilis*; nei §§ 105-109 si parla delle ipotesi in cui la *stipulatio* è compiuta dal *mutus*, dal *furiosus*, o dal *pupillus*, o dalla *mulier*, ovviamente pubere; nei §§ 110-114 si espongono i problemi relativi alla possibilità di adibire un *adstipulator*; ed infine, nei §§ 115-127 si parla della possibilità di adibire invece uno *sponsor*, o un *fideiussor*, o un *fideiussor*.

¹ L'utilizzo di questa espressione è talmente diffuso, da essere rispecchiato anche nella manualistica; basta dare uno sguardo ai nostri manuali istituzionali, da quelli tradizionali ai più recenti: v. V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*², Napoli 1927, 295 (*Ind. anal.*, 545), e 14^a ed., Napoli 1960, 321 (*Ind. anal.*, 600); C. SANFILIPPO, *Istituzioni di diritto romano*², Napoli 1946, 257 (*Ind. anal.*, 240), e 10^a ed., Soveria Mannelli 2002, 299 (*Ind. anal.*, 420); E. VOLTERRA, *Istituzioni di diritto privato romano*, Roma 1961, 87, nonché 463 (*Ind. anal.*, 20); A. BURDESE, *Manuale di diritto privato romano*², Torino 1964, 521 (*Ind. anal.*, 862), e 4^a ed., Torino 1993, 448 (*Ind. anal.*, 748); A. GUARINO, *Diritto privato romano*, Napoli 1970, 310, 878 (*Ind. anal.*, 1145), e 12^a ed., Napoli 2001, 292, 825 s. (*Ind. anal.*, 1097); v. anche ID., *Istituzioni di diritto romano. Ragguaglio*, Napoli 2006, 37, nonché 287; A. CARCATERA, *Lezioni istituzionali di diritto romano*, Bari 1972, 243; M. MARRONE, *Istituzioni di diritto romano*, Palermo 1989, 630, 721 (*Ind. anal.*, 919), e 3^a ed., Palermo 2006, 206, 455 s. (*Ind. anal.*, 667); v. anche ID., *Manuale di diritto privato romano*, Torino 2004, 135, 278 (*Ind. anal.*, 420); M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 563 s. (*Ind. anal.*, 818); v. anche ID., *Elementi di diritto privato romano*, Milano 2001), 292; V. GIUFFRÈ, *Il diritto dei privati nell'esperienza romana. I principali gangli*, Napoli 1993, 379, 3^a ed., Napoli 2002, 81, 359 (*Ind. anal.*, 463), 4^a ed., Napoli 2006, 85 e 356; G. FRANCIOSI, *Corso istituzionale di diritto romano*, Torino 1994, 365, nonché 369, e 4^a ed., Torino 2011, 337, nonché 340; D. DALLA – R. LAMBERTINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 1996, 353, 433, e 3^a ed., Torino 2006, 339, 418 (*Ind. anal.*, 515); A.D. MANFREDINI, *Istituzioni di diritto romano*, Torino 2000, 353 (*Ind. anal.*, 478), e 3^a ed., Torino 2003, 352 (*Ind. anal.*, 473); G. SCHERILLO – F. GNOLI, *Diritto romano. Lezioni istituzionali*, Milano 2003, 420 (*Ind. anal.*, 491); E. CANTARELLA, *Diritto romano. Istituzioni e storia*, Milano 2010), 317, nonché 319 (*Ind. anal.*, 486); M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011, 484 s. (*Ind. anal.*, 682); A. CORBINO, *Diritto privato romano*², Padova 2012, 662 (*Ind. anal.*, 790).

² Cfr. *VIR.*, tomus III/1, c. 1392 ss., s.v. *iuro*, *iurare*; tomus IV/3-4, c. 1224 s., s.v.: *promissio*; *Voc. Cod. Iust.* (edidit R. Mayr), I, c. 1410 s., s.v. *iurare* e c. 1961, s.v. *promissio*; *Voc. Inst. Iust.* (instruxit R. Ambrosino), 148, s.v. *iurare*, e 215, s.v. *promissio*.

³ Del successivo § 95 (con tutta probabilità ancora sullo stesso argomento) si leggono solo le poche parole iniziali: *Illud dubitari potest, si quis*.

Come si vede dall'ordine espositivo appena evidenziato, il discorso relativo alla *stipulatio* viene interrotto al § 95, per riprendere al § 97, dall'inserzione di due paragrafi, il 95a e il 96.

Il § 95a inizia con le parole '<Sunt et>⁴ *aliae obligationes*': vi sono pure altre *obligationes* che si perfezionano anch'esse *verbis* come la *stipulatio*, ma in modo diverso.

Queste '*aliae obligationes*' sono la *dotis dictio*, al § 95a, nel quale si leggono con sicurezza (dopo una lunga lacuna di circa 11 righe) le parole '*si debitor mulieris iussu eius... doti dicat*',⁵ e il *iusiurandum* del liberto, al quale è dedicato il § 96, di nostro diretto interesse.

La *dotis dictio* e il *iusiurandum* presentano una caratteristica che li accomuna: entrambi gli atti si perfezionano *uno loquente*. Gaio apre l'esposizione del § 96 con un *item*, attraverso il quale collega quello che sta per dire sul *iusiurandum* a quanto aveva detto sulla *dotis dictio*:

Gai 3.96: *Item uno loquente ...⁶ haec sola causa est, ex qua iureiurando contrahitur obligatio. Sane ex alia nulla causa iureiurando homines obligantur, utique cum quaeritur de iure Romanorum: nam apud peregrinos quid iuris sit, singularum civitatum iura requirentes aliud intellegere poterimus.*⁷

Gaio mette immediatamente in rilievo il distinto modo di perfezionamento, '*uno loquente*', del *iusiurandum* (così come della *dotis dictio*) dalla *stipulatio*, che si perfezionava '*ex interrogatione et responsione*' (Gai 3.92: '*Verbis obligatio fit ex interrogatione et responsione*'); mentre nella *stipulatio* l'obbligazione nasceva dalla pronuncia dei *verba* da parte di entrambi i contraenti, nel *iusiurandum* l'obbligazione nasceva dalla pronuncia dei *verba* da parte del solo soggetto che stava assumendo l'obbligo. Nella prosecuzione del discorso Gaio fornisce ulteriori informazioni su questa obbligazione che si perfezionava *uno loquente*: è questa l'unica ipotesi ('*haec sola causa*') nella quale attraverso il *iusiurandum* ('*ex qua iureiurando*') si poteva contrarre una obbligazione ('*contrahitur obligatio*'). E rafforza quanto ha appena detto aggiungendo che, in relazione al *ius Romanorum* ('*de iure Romanorum*'), per nessuna altra ipotesi si può far nascere obbligazione mediante *iusiurandum*; infine osserva che presso i peregrini ('*apud peregrinos*') si potranno trovare regolamentazioni differenti ('*aliud intellegere poterimus*'), a seconda dei *iura* delle singole *civitates* ('*singularum civitatum iura*').⁸

⁴ Quest'integrazione, fatta sulla base del corrispondente passo dell'*Epitome Gai* (Gai Epit. 2.9.3: *Sunt et aliae obligationes*), può considerarsi affidabile.

⁵ Pure il corrispondente passo dell'*Epitome Gai*, all'inizio del quale viene messo in evidenza l'elemento di diversità di queste *aliae obligationes* rispetto alla *stipulatio* ('*nulla praecedenti interrogatione contrahi possunt*'), si occupa della *dotis dictio*: Gai Epit. 2.9.3: *Sunt et aliae obligationes, quae nulla praecedenti interrogatione contrahi possunt, id est, ut si mulier sive sponso uxor futura, sive iam marito, dotem dicat... rell.*

⁶ Alle parole iniziali, nel palinsesto segue una lacuna di poco più di tre righe.

⁷ Secondo G. STUEMUND, *Apographum*, Lipsiae 1874, 154 nota al rigo 4: «post *poterimus* incertae umbrae apparent, quae velut ad *in aliis valere* lectionem apte quadrant; fortasse tamen haec tota umbrarum species fallax est».

⁸ Sulla «prospettiva sovranazionale» in cui si colloca Gaio nel passo, v. F. GORIA, *Osservazioni sulle prospettive comparatistiche nelle Istituzioni di Gaio*, in *Il modello di Gaio nella formazione del giurista. Atti del convegno Torinese 4-5 maggio 1978, in onore del Prof. S. Romano*, Milano 1981, 211 ss., cfr. 240 s. (v. pure nt. 40, in merito alla presenza o meno di una lacuna dopo *poterimus*). Sul testo v. anche W. WALDSTEIN, *Operae libertorum. Untersuchungen zur Dienstpflicht freigelassener Sklaven*, Stuttgart 1986, 239 ss., con ampi richiami alla letteratura precedente.

Il *iusiurandum* di cui si sta occupando Gaio è quello prestatato dal liberto per assumere l'obbligo a prestare un certo numero di *operae*⁹ e al quale il giurista aveva fatto riferimento poco prima, al § 83,¹⁰ dove affermava che l'*obligatio operarum* nasceva dal *iusiurandum*. In entrambi i passi egli precisa come la fonte dell'*obligatio operarum* è il *iusiurandum*: '*operarum obligatio... quae per iusiurandum contracta est*' (Gai 3.83); '*iureiurando contrahitur obligatio*' (Gai 3.96).

Gaio nella pur breve trattazione di questo *iusiurandum* ne mette in luce le caratteristiche: è un atto idoneo a far nascere obbligazioni; si perfeziona attraverso l'uso dei *verba*, ma la pronuncia dei *verba* proviene da una sola delle due parti, da quella che assume su di sé l'obbligo (e non '*ex interrogatione et responsione*'); è l'unico caso in cui il *iusiurandum* è idoneo a far nascere un'obbligazione.¹¹

3. L'idoneità del *iusiurandum* a far nascere un'obbligazione (avente ad oggetto le *operae* e le altre prestazioni *quae libertatis causa imponuntur*) viene testimoniata anche da un brano di Venuleio:

D. 40.12.44 pr. (Venul. 7 action.): *Licet dubitatum antea fuit, utrum servus an dumtaxat¹² libertus iurando patrono obligaretur in his quae libertatis causa imponuntur, tamen verius est non aliter quam liberum obligari. Ideo autem solet iusiurandum a servis exigere, ut hi religione adstricti, posteaquam suae potestatis esse coepissent, iurandi necessitatem haberent, dummodo in continenti, cum manumissus est, aut iuret aut promittat.*

⁹ Tra gli studi più recenti sulle *operae libertorum*, con discussione della letteratura precedente, v. specialmente W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit. (v. anche, ID., *Patroni e liberti*, in A. CORBINO, M. HUMBERT, G. NEGRI [a cura di], *Homo, caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 551 ss., cfr. 563 ss.) e C. MASI DORIA, *Bona libertorum. Regimi giuridici e realtà sociali*, Napoli 1996, 450 ss.

¹⁰ Rientrando l'*obligatio operarum* del liberto sorta mediante *iusiurandum* tra le *res (corporales e incorporales)* che, pur se dovute al *pater familias* o alla *mulier* ('*ei debita sunt*'), a seguito della *capitis deminutio*, per *adrogatio* o *conventio in manum*, si estinguono (e non si trasmettono pertanto al *pater adoptivus* o al *coëmptionator*): Gai 3.83: *Etenim cum pater familias se in adoptionem dedit mulierve in manum convenit, omnes eius res incorporales et corporales, quaeque ei debita sunt, patri adoptivo coëmptionatorive adquiruntur, exceptis his, quae per capitis deminutionem pereunt, quales sunt ususfructus, operarum obligatio libertorum, quae per iusiurandum contracta est, et... legitimo iudicio*. Sul passo, con ampio ragguaglio bibliografico, v. W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 240 ss.

¹¹ Va tenuto presente anche il corrispondente brano di Gai Epit. 2.9.4: *Item et alio casu, uno loquente et sine interrogatione alii promittente, contrahitur obligatio, id est, si libertus patrono aut donum aut munus aut operas se daturum esse iuravit. In qua re supradicti liberti non tam verborum solemnitate quam iurandi religione tenentur. Sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest*. L'ordine espositivo pur ricalcando quello gaiano, se ne discosta in alcuni punti. Il *iusiurandum liberti* ('*si libertus patrono... iuravit*') viene trattato, come in Gaio, dopo la *dotis dictio* (del precedente § 3) e anche qui l'elemento che accomuna le due ipotesi ('*item*') viene individuato nella circostanza che anche in quest'altro caso ('*et alio casu*') l'obbligazione a carico del promittente si contrae *uno loquente*, senza che l'altro ponga la domanda ('*sine interrogatione alii*'). E nella parte finale viene detto, come nel passo di Gaio, che nessun altro può obbligarsi in questo modo ('*sed nulla altera persona hoc ordine obligari potest*'). Nel brano dell'Epitome l'*obligatio* contratta ha ad oggetto il dare o *donum* o *munus* o *operas* ('*aut donum aut munus aut operas se daturum esse*'), mentre Gaio in 3.96 nulla dice dell'oggetto del *iusiurandum*, ed in 3.83 parla esclusivamente di *obligatio operarum*. Inoltre nell'Epitome si dice che i liberti sarebbero tenuti più che dalla *solemnitas* dei *verba*, dalla *religio* del *iusiurandum*.

¹² Nella *Florentina* si legge *dumtaxat an*; l'emendamento *an dumtaxat* è di T. MOMMSEN, *Ed. maior, ad h.l.*

Venuleio dopo aver ricordato che *antea* si era dubitato (*‘licet dubitatum antea fuit’*)¹³ in relazione agli impegni assunti *‘libertatis causa’* se il *servus* già con il giuramento fatto da schiavo si obbligasse nei confronti del patrono, o solo se da liberto (*‘dumtaxat libertus’*) poteva obbligarsi, ritiene più corretto (*‘verius est’*) che il *servus* non si possa obbligare (*‘obligari’*) se non da libero (*‘non aliter quam liberum’*). Aggiunge che, appunto per questo, si suole (*‘solet’*)¹⁴ pretendere che gli schiavi prestino il *iusiurandum* (*‘iusiurandum a servis exigere’*), così che, vincolati sul piano sacrale (*‘hi religione adstricti’*), una volta divenuti *sui iuris* e acquistata la propria autonomia giuridica (*‘posteaquam suae potestatis esse coepissent’*) siano necessitati a *iurare*; infine dice che il *manumissus* deve o *iurare* o *promittere* (*‘aut iuret aut promittat’*), purché *‘in continentis’*.¹⁵

Venuleio da un canto conferma che il *iusiurandum* prestato dal liberto era idoneo a far nascere a suo carico l’obbligo a prestare quanto si era soliti imporre *libertatis causa*, d’altro canto aggiunge ulteriori utili informazioni. Dice, innanzitutto, che si era soliti far prestare allo schiavo un giuramento prima della manomissione; giuramento che, vincolando il *servus* sul piano religioso, esercitava una forte pressione per la reiterazione del giuramento (*‘iurandi necessitatem haberent’*) dopo la manomissione, con effetti giuridicamente vincolanti.

Venuleio conclude il proprio discorso dicendo: *‘cum manumissus est, aut iuret aut promittat’*. Quindi, pur avendo prima detto che i liberti, *‘religione adstricti’* in virtù del giuramento fatto loro prestare quando erano schiavi, si sentivano necessitati a prestare un nuovo giuramento (*‘iurandi necessitatem haberent’*), precisa come poi, in effetti, dopo la manomissione, per fare assumere al liberto l’obbligo di prestare le opere, si poteva ricorrere alternativamente (*‘aut... aut’*) o ad un nuovo *iusiurandum*, o ad una *stipulatio* (come inequivocabilmente testimonia l’utilizzo dei termini tecnici, *iurare* e *promittere*, idonei ad indicare i due distinti atti: *‘aut iuret aut promittat’*).

4. Una conferma della necessità, ai fini della validità giuridica e della vincolatività del *iusiurandum*, che l’atto venga compiuto dal liberto e non da chi era ancora *servus* (poiché non avendo questi capacità giuridica, l’atto non ha alcun rilievo giuridico e non può far nascere obbligazioni a suo carico), viene da una testimonianza di Marcello, che anch’egli fa riferimento, oltre che al *iusiurandum*, anche alla *stipulatio*:

D. 40.7.24 (Marcell. 16 dig.): *‘Stichus, si heredi meo decem promiserit vel operas daturum se iunaverit, liber esto. Potest expleri condicio, si promiserit: nam spondisse aliqua significatione dici potest, etiamsi non sit secuta obligatio.*

¹³ Il giurista fa il confronto con un’epoca precedente in cui, a quanto pare, avrebbe avuto valore già il *iusiurandum* compiuto dallo schiavo ancor prima della manomissione; v. W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 110 e 112, nonché 242.

¹⁴ T. MOMMSEN, *Ed. maior, ad h.l.*, propone di emendare con *solent*, attribuendo, è da supporre, al verbo come soggetto sottinteso *patroni* o *domini*; ritengo tuttavia preferibile non accogliere l’emendamento: *solet* è forma impersonale.

¹⁵ Il passo deve considerarsi affidabile, pur se il modo di esprimersi del giurista appare duro nel passaggio al singolare nell’ultima parte del passo (*‘aut iuret aut promittat’*), con l’abbandono del plurale utilizzato in precedenza; del resto anche all’inizio il discorso era stato svolto al singolare (*‘utrum servus... libertus iurando patrono obligaretur’*). Sul passo, con richiamo alla letteratura precedente, cfr. A. CALORE, *“Per Iovem lapidem”*. *Alle origini del giuramento. Sulla presenza del ‘sacro’ nell’esperienza giuridica romana*, Milano 2000, 172 s.

Il testatore ha disposto la liberazione dello schiavo (*'Stichus liber esto'*) sottoponendola ad una condizione alternativa: o promettere, mediante *stipulatio*, *decem* all'erede, ovvero impegnarsi mediante *iusiurandum* a *operas dare* (*'si heredi meo decem promiserit vel operas daturum se iuraverit'*). La condizione può essere adempiuta (*'potest expleri condicio'*) se lo schiavo abbia promesso (*'si promiserit'*). Infatti (*'nam'*) si può dire che abbia fatto *'aliqua significatione'* la *promissio*, anche se poi non sia susseguita la nascita di una obbligazione (*'etiamsi non sit secuta obligatio'*).

Nel disporre la manomissione del proprio schiavo tramite testamento, il *dominus* gli impone, perché possa divenire libero, di tenere un certo comportamento: mentre si trova ancora in stato servile, alternativamente (*'si... promiserit vel... iuraverit'*), o promette, mediante *stipulatio*, una certa cifra all'erede, ovvero si impegna, mediante *iusiurandum*, a prestare *operae*. L'attenzione di Marcello si concentra sulla sola *stipulatio*¹⁶ compiuta dallo schiavo; questa *stipulatio*, naturalmente, non può avere alcuna rilevanza giuridica, tuttavia assume un qualche rilievo (*'spondisse aliqua significatione dici potest'*), in quanto il suo compimento fa adempiere la condizione alla quale era subordinata la libertà dello schiavo promittente. Pertanto, la condizione deve considerarsi avverata anche se dopo la manomissione non sia seguita l'assunzione di una obbligazione da parte dello schiavo ormai manomesso (*'etiamsi non sit secuta obligatio'*) mediante una *stipulatio* (o, eventualmente, un *iusiurandum*).

Anche Marcello distingue i due diversi atti, *promissio* mediante *stipulatio* e *iusiurandum*, stavolta aventi ad oggetto differenti prestazioni (una quantità di denaro ed un certo numero di *operae*) che, se compiuti (o l'uno o l'altro) dal liberto, avrebbero fatto nascere a suo carico un impegno giuridicamente vincolante; invece, la *promissio*, se compiuta dal *servus*, pur non facendo nascere una obbligazione, poteva tuttavia produrre limitati specifici effetti (avverarsi della condizione).

5. Come visto fino a questo momento (nelle testimonianze di Venuleio e Marcello), in linea generale dai giuristi viene operata una chiara distinzione tra la *stipulatio* e il *iusiurandum* che potevano essere in alternativa compiuti dal liberto, per far nascere a suo carico una obbligazione a prestare quanto dovuto *libertatis causa*.

Ciò viene confermato anche da numerosi testi nei quali i giuristi si riferiscono sia alla *stipulatio operarum* che al *iusiurandum*, distinguendo nettamente i due atti.

Iniziamo da un passo di Pomponio che, relativamente al *iusiurandum* e alla *stipulatio* prestati dal liberto, richiama anche l'opinione espressa da Labeone, e affronta il problema della divisibilità delle *operae*:

D. 38.1.8 pr. (Pomp. 8 *ad Sab.*): *Si quando duobus patronis iuraverit libertus operas se daturum, Labeoni placet et deberi et peti posse partem operae, cum semper praeterita opera, quae iam dari non possit, petatur. Quod contingit, si vel ipsis patronis iuretur vel promittatur vel communi eorum servo vel complures heredes uni patrono existant.*

¹⁶ Probabilmente si era affermato da tempo il principio di cui parlava Venuleio nel passo appena esaminato (D.40.12.44 pr.) per cui il *iusiurandum* aveva valore giuridico solo se prestato da chi fosse già stato manomesso.

Se il liberto abbia prestato un giuramento avente ad oggetto le *operae* a favore di due patroni, a parere di Labeone, era possibile sia che fosse dovuta sia che potesse essere richiesta la propria parte di *opera* (*'peti posse partem operae'*), quando veniva richiesta l'*opera* per sempre *praeterita* (*'cum semper praeterita opera... petatur'*), che ormai non poteva più essere prestata (*'quae iam dari non possit'*). Pomponio aggiunge che ciò vale sia nel caso in cui il liberto abbia giurato ai patroni stessi, sia nel caso che abbia promesso, mediante *stipulatio* (*'vel... iuretur vel promittatur'*), o ai patroni o al loro *servus communis*, nonché se più eredi succedano ad un unico patrono.

Anche questo passo di Pomponio conferma come fosse possibile far compiere alternativamente il *iusiurandum* o la *stipulatio* al liberto per far nascere a suo carico l'obbligo di prestare le *operae*.¹⁷

Anche Pomponio distingue i due atti, *iusiurandum* e *stipulatio*, mediante i quali il liberto poteva obbligarsi, adoperando i termini tecnici atti ad indicarli: *iurare* e *promittere*.

Rilevante è anche un passo di Paolo che riferisce una disposizione della *lex Iulia et Papia*:

D. 38.1.37 pr. (Paul. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*): *'Qui libertinus duos pluresve a se genitos natusve in sua potestate habebit praeter eum, qui artem ludicram fecerit quive operas suas ut cum bestiis pugnaret locaverit: ne quis eorum operas doni muneris aliudve quicquam libertatis causa patrono patronae liberisve eorum, de quibus iuraverit vel promiserit obligatusve erit, dare facere praestare debeto'*.

La *lex Iulia et Papia* esonerava il *libertinus* (tranne che esercitasse una *ars ludrica* o che locasse le proprie *operae* per combattere con le fiere) da tutti gli obblighi assunti *libertatis causa*, se avesse generato due o più figli che (in seguito a *iustae nuptiae*) erano ricaduti sotto la propria *potestas*. Il *libertinus* che si trovasse in questa condizione non era quindi tenuto (*'ne... dare facere praestare debeto'*), nei confronti del patrono, della patrona o dei figli di costoro, né alle *operae*, né ai doni, né ai *munera*, né a null'altro di ciò che avesse giurato o promesso (*'iuraverit vel promiserit'*) o a cui si fosse obbligato.¹⁸

Anche qui vengono tenuti distinti i due diversi atti (il *iusiurandum* e la *stipulatio*), attraverso i quali l'obbligazione (a prestare *'operas doni muneris aliudve quicquam'*) poteva essere assunta dal liberto: si parla da un canto di *iurare*, e dall'altro di *promittere*.

Vediamo infine un passo di Ulpiano il quale, riferendo l'opinione di Papiniano, ma soprattutto quella di Celso, distingue anche lui i due atti, *iusiurandum* ovvero *stipulatio*, mediante i quali il liberto ha assunto l'obbligo alla prestazione delle opere:

D. 38.1.15.1 (Ulp. 38 *ad ed.*): *'Neque promitti neque solvi nec deberi nec peti pro parte poterit opera. Ideo Papinianus subicit: si non una, sed plures operae sint et plures heredes existant patrono qui operas stipulatus est, verum est obligationem operarum numero dividi. Denique Celsus libro duodecimo*

¹⁷ Del *iusiurandum* il giurista dice che viene prestato ai patroni, mentre della *stipulatio* che viene fatta a favore del *servus communis eorum*.

¹⁸ La previsione *'obligatusve erit'* potrebbe rappresentare una disposizione di chiusura, volta ad assicurare comunque la liberazione del liberto dagli obblighi assunti *libertatis causa*, in qualsiasi modo contratti.

scribit, si communis libertus patronis duobus operas mille daturum se iuraverit aut communi eorum servo promiserit, quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias.

Ulpiano si occupa della possibilità di divisione delle *operae*; esclude (guardando dal lato del debitore) che il liberto possa *promittere* o adempiere (*'neque promitti neque solvi'*) *pro parte* e che d'altro canto si possa essere creditori o richiedere (*'nec deberi nec peti'*) *pro parte* la prestazione della singola opera che il liberto si è impegnato a prestare. Ed aggiunge quanto detto da Papiniano (*'ideo Papinianus subicit'*): questi riteneva che, se non fosse una soltanto (*'si non una'*), ma che piuttosto fossero in numero maggiore le *operae* (*'sed plures operas sint'*) promesse dal liberto mediante *stipulatio* (*'qui operas stipulatus est'*) al patrono, a cui erano succeduti più eredi (*'plures heredes existant patrono'*), era possibile dividere *'numero'*¹⁹ le *operae* oggetto di *obligatio* (*'verum est obligationem operarum numero dividi'*). Ed anche Celso aveva scritto (*'denique Celsus libro duodecimo scribit'*)²⁰ che, se il liberto (che era stato schiavo in comproprietà: *'communis libertus'*) avesse giurato ai suoi due patroni di dare mille *operae* (*'si... patronis duobus operas mille daturum se iuraverit'*), o avesse promesso la medesima cosa, mediante *stipulatio* al loro *servus communis* (*'aut communi eorum servo promiserit'*), egli era tenuto a dare cinquecento *operae* (a ciascuno dei patroni), piuttosto che la metà (per ognuno) di ogni singola opera (*'quingenas potius deberi, quam singularum operarum dimidias'*).²¹

Ulpiano imposta il proprio discorso sul modo in cui si potessero dividere le *operae* prendendo in considerazione l'obbligo assunto mediante il solo atto della *stipulatio* (*'neque promitti'*), così come, a quanto egli riferisce, aveva fatto anche Papiniano (*stipulatus est*). Tuttavia, secondo Ulpiano la soluzione prospettata andava applicata non solo in caso di *stipulatio*, ma anche nell'ipotesi in cui l'obbligo fosse stato assunto mediante *iusiurandum*. Ulpiano infatti riferisce l'opinione espressa da Celso, che faceva riferimento all'obbligo a prestare le *operae* assunto a favore di più patroni, tanto mediante *iusiurandum* (*'iuraverit'*), quanto mediante *stipulatio* (*'promiserit'*),²² e adduce questa opinione come ulteriore argomentazione a sostegno della propria.

¹⁹ E cioè per computo numerico e non per frazionamento delle prestazioni.

²⁰ Ulpiano non specifica quale sia l'opera di Celso richiamata, ma non può che trattarsi dei *libri digestorum*: cfr. O. LENEL, *Palingenesia iuris civilis*, Lipsiae 1889, I, c. 144, Celsus n. 108.

²¹ L'impossibilità, prospettata da Ulpiano (con richiamo a Papiniano e Celso), di richiedere *pro parte* le *operae* (divisibili invece *'numero'*) sembrerebbe in contrasto con quanto detto da Pomponio (con richiamo a Labeone), in D. 38.1.8 pr. (esaminato poco sopra), in relazione alla possibilità di poter *petere* una *pars operae*. Ma in realtà il discorso di Pomponio riguardava la possibilità di richiedere giudizialmente esclusivamente la *pars* di *opera* che fosse definitivamente *praeterita*, e cioè, come spiega il giurista, l'*opera* il cui adempimento non fosse più possibile. A parere di Labeone (come riferisce Pomponio) il patrono aveva diritto a chiedere giudizialmente il valore della propria parte di *opera* che non era più possibile adempiere (in quanto *'semper praeterita'*). Il discorso di Ulpiano è invece relativo alla indivisibilità (anche in sede giudiziale) in parti dell'*opera* il cui adempimento da parte del liberto è ancora possibile. Per questa interpretazione, v. persuasivamente W. WALDSTEIN, *Operae libertorum*, cit., 211 ss.

²² Ed anche da questo passo sembra potersi desumere che il *iusiurandum* poteva essere compiuto solo nei confronti dei patroni, mentre la *stipulatio* anche al *servus communis eorum*.

6. Era quindi alternativamente possibile far assumere al liberto l'obbligo a prestare un certo numero di opere al patrono sia attraverso un *iusiurandum* sia attraverso una *stipulatio*;²³ per quanto entrambi gli atti fossero idonei a far nascere una obbligazione a carico del liberto, avente ad oggetto sia le *operae* sia, in generale, quanto imposto *libertatis causa*, tuttavia i giuristi tenevano terminologicamente distinti non solo i due atti, *iusiurandum* e *stipulatio*, ma anche il modo in cui i *verba* pronunciati facevano nascere l'obbligazione, così parlando da un canto di *iurare*²⁴ e dall'altro di *promittere*.²⁵

²³ Anche in D. 40.9.32 pr. (Ter. Clem. 8 *ad leg. Iul. et Pap.*: *Si non voluntate patroni is, qui in eius potestate sit, iusiurandum adegerit vel stipulatus fuerit, ne nubat, nisi id patronus remittat aut liberabit libertam, incidet in legem: videbitur enim id ipsum dolo malo facere*) troviamo menzionati sia il *iusiurandum* sia la *stipulatio*.

²⁴ Come ampiamente dimostrano numerosi passi pervenutici attraverso i Digesta. I giuristi utilizzano o direttamente unicamente il termine *iusiurandum*, o fanno riferimento all'atto utilizzando il verbo *iurare* (da parte del liberto); si vedano le testimonianze di Giuliano (D. 38.2.24, Iul. 65 *dig.*: *Communi liberto si ex duobus patronis alter iusiurandum exegerit, ne uxorem ducat...*), Venuleio (D. 40.12.44.2, Venul. 7 *action.*: *In eum, qui impubes iuraverit, scilicet qui et iurare potuerit...*), Trifonino (D. 37.15.10, Triph. 17 *disput.*: *... nec quisquam dixit iureiurando obligari filium patri manumissori ut libertum patrono...*), Paolo (D. 46.1.56 pr., Paul. 15 *quaest.*: *Si quis pro eo, qui libertus non esset et operas praestaturum se iurasset, fideiussor erit, non tenebitur*; D. 37.14.6 pr., Paul. 2 *ad legem Ael. Sent.*: *Adigere iureiurando... intellegitur etiam is, qui libertum iurare patitur...*; § 2: *... si castratum libertum iureiurando quis adegerit...*; § 3: *Si patronus libertam iureiurando adegerit, ut sibi nuberet... si coegisset iurare libertam non nupturam*; § 4: *Lege Iulia... remittitur iusiurandum*; D. 37.14.15, Paul. 8 *ad legem Iul. et Pap.*: *Qui contra legem Aeliam Sentiam ad iurandum libertum adegit, nihil iuris habet nec ipse nec liberi eius*) e Ulpiano (D. 2.4.8.2, Ulp. 5 *ad ed.*: *...si ad iusiurandum adegi, ne uxorem ducat, ne nubat...*; D. 46.4.13 pr., Ulp. 50 *ad Sab.*: *Et per iusiurandum liberti interpositam operarum obligationem per acceptilationem tolli verius est*). Il maggior numero di testimonianze dei giuristi proviene, chiaramente, dal titolo I del libro 38 dei *Digesta*, alla materia dedicato, *de operis libertorum*; si vedano le testimonianze di Celso (D. 38.1.30 pr., Cels. 12 *dig.*: *Si libertus ita iuraverit dare se, quot operas patronus arbitratus sit...*), Pomponio (D. 38.1.8.1, Pomp. 8 *ad Sab.*: *Pro liberto iurante fideiubere quemvis posse placet*; D. 38.1.10.1, Pomp. 15 *ad Sab.*: *Libertus operarum nomine ita iurando...*) e Ulpiano (D. 38.1.7 pr., Ulp. 28 *ad Sab.*: *Ut iurisiurandi obligatio contrahatur, libertum esse oportet qui iuret et libertatis causa iurare*; § 1: *... si quis liberto suo legaverit, si filio suo iuraverit se decem operarum nomine praestaturum, an obligetur iurando...*; § 2: *Iurare autem debet post manumissionem, ut obligetur...*; § 3: *Iurare autem debet operas donum munus se praestaturum...*). E alla *condicio iusiurandi* a cui era sottoposta, per volontà del testatore, o la libertà medesima, o una disposizione a titolo particolare, fanno riferimento: D. 40.4.36 (Paul. 7 *ad Plaut.*: *Servum testamento ita manumisi: 'si iuraverit se Cornelio filio meo decem operarum daturum, liber esto: quaeritur, quid iuris sit. Et sciendum est iurando servum condicionem implere, sed non teneri operarum nomine, quia nisi post manumissionem iuret, non obligatur*), D. 40.4.12 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*: *Si quis libertatem sub iurisiurandi condicione reliquerit...*), 1 (... *si legatum quis cum libertate acceperit, non aliter legatum habebit, nisi condicione iurisiurandi paruerit*) e 2 (... *si pure libertatem acceperit, legatum sub iurisiurandi condicione...*).

²⁵ Ed anche in questo caso nelle fonti troviamo attestato come i giuristi o menzionano espressamente la *stipulatio* (o lo *stipulare*) prestata dal (ovvero imposta al) liberto, oppure fanno riferimento ad essa ricorrendo all'uso del verbo *promittere*; si vedano le testimonianze di Giuliano (D. 45.1.54.1, Iul. 22 *dig.*: *Operarum stipulatio similis est his stipulationibus, in quibus genera comprehenduntur: et ideo divisio eius stipulationis non in partes operarum, sed in numerum cedit...*), Terenzio Clemente (D. 40.9.32.2, Ter. Clem. 8 *ad legem Iul. et Pap.*: *Is, qui operas... promisit... operas praestando potest liberari... obligare sibi libertum, ut mercedem operarum capiat, is intellegitur, qui hoc solum agit, ut utique mercedem capiat, etiamsi sub titulo operarum eam stipulatus fuerit*), Paolo (D. 37.14.6.1, Paul. 2 *ad legem Ael. Sent.*: *Stipulatus est centum operas aut in singulas aureos quinos dari: non videtur contra legem stipulatus...*; D. 45.1.73 pr., Paul. 24 *ad ed.*: *... si operas a liberto quis stipulatus sit, non ante dies earum cedit, quam indictae fuerint nec sint praestitae*) e Ulpiano (D.

Dall'esame delle fonti abbiamo potuto constatare che i giuristi costantemente e reiteratamente, occupandosi delle obbligazioni assunte dal liberto *libertatis causa*, parlano da un canto di *stipulatio* e dall'altro di *iusiurandum*, ricorrendo ogni volta alla specifica terminologia tecnica idonea ad indicare i due atti (e a distinguerli) e non utilizzano mai l'espressione *promissio iurata liberti*.

Questa denominazione, oltre ad essere arbitraria, non essendo mai attestata dalle fonti, travisa l'essenza dell'atto che vorrebbe identificare.

Il termine tecnico *promissio* indica una delle due necessarie pronunce per il perfezionamento della *stipulatio* e non può essere affiancato dall'aggettivo *iurata*, che si riferisce al *iusiurandum*, atto che si perfezionava invece con la manifestazione di volontà di una sola persona.

Non poteva esistere una *promissio iurata* del liberto, ma o una *obligatio ex stipulatu* che si perfezionava mediante la *promissio* del liberto, in risposta alla *interrogatio* pronunciata dal *patronus* ('*ex interrogazione et responsione*'), e cioè '*utroque loquente*',²⁶ ovvero una *obligatio iurisiurandi* che si perfezionava mediante un *iurare* del liberto, mediante cioè la pronuncia dei *verba* da parte esclusivamente di un solo soggetto, '*uno loquente*'.

24.1.9.1, Ulp. 32 *ad Sab.*: *Si pecunia accepta mulier manumiserit vel operas ei imposuerit, ait Iulianus operas quidem eam licito iure imposituram et tenere obligationem... cum eas libertus promittat...*; D. 44.5.1.9, Ulp. 76 *ad ed.*: *Sive autem ipsi patrono sit promissum sive alii voluntate patroni, onerandae libertatis causa videtur factum...*. Ed anche in questo caso, il maggior numero di testimonianze dei giuristi proviene dal titolo I del libro 38 dei *Digesta*; si vedano le testimonianze di Giuliano (D. 38.1.23 pr., Iul. 22 *dig.*: *Hae operae, quas libertus promittit... patronus a liberto operas sibi aut Sempronio recte stipulatur...*; D. 38.1.24 pr., Iul. 52 *dig.*: *Quotiens certa species operarum in stipulationem deducitur...*), Pomponio (D. 38.1.3 pr., Pomp. 6 *ad Sab.*: *Operas stipulatus ante peractum diem operam eius diei petere non potest*; D. 38.1.4, Pomp. 4 *ad Sab.*: *A duobus manumissus utrique operas promiserat...*; D. 38.1.10 pr., Pomp. 15 *ad Sab.*: *Servus patroni a liberto male ita stipulatur: 'operas mihi dare spondes?' itaque patrono dari stipulandum est*; D. 38.1.12, Pomp. 15 *ad Sab.*: *... sed si libertatis causa pecuniam promittat libertus egenti patrono aut Titio, omnimodo adiectio Titii valet*; D. 38.1.34, Pomp. 22 *ad Quint. Muc.*: *... si liberta, quae operas promisit...*), Gaio (D. 38.1.22 pr., Gai. 14 *ad ed.*: *Cum patronus operas stipulatus sit, tunc scilicet committitur stipulatio, cum poposcerit nec libertus praestiterit...*; e § 1: *Cum libertus promiserit patrono operas se daturum...*), Papiniano (D. 38.1.42, Pap. 9 *resp.*: '*Cerdonem servum meum manumitti volo ita, ut operas heredi promittat...*'), Paolo (D. 38.1.20 pr., Paul. 40 *ad ed.*: *... quia unusquisque, quod spondit, suo impendio dare debet...*; D. 38.1.37.3, Paul. 2 *ad legem Iul. et Pap.*: *Nihil autem interest, utrum ipsi promittat patrono an eis qui in potestate eius sint*; D. 38.1.39 pr., Paul. 7 *ad Plaut.*: *Si ita stipulatio a patrono facta sit: 'si decem dierum operas non dederis, viginti nummos dare spondes?' Videndum est, an nec viginti actio danda sit, quasi onerandae libertatis gratia promissi sint, nec operarum, quae promissae non sint? an vero operae dumtaxat promissae fingi debeant, ne patronus omnimodo excludatur? Et hoc praetor quoque sentit operas dumtaxat promissas*, Ulpiano (D. 38.1.5, Ulp. 15 *ad Sab.*: *Si quis operas sit stipulatus sibi liberisque suis, etiam ad postumos pervenit stipulatio*) e Modestino (D. 38.1.31, Mod. 1 *reg.*: *Operis non impositis manumissus, etiamsi ex sua voluntate aliquo tempore praestiterit, compelli ad praestandas, quas non promisit, non potest*).

²⁶ Come specifica Ulpiano in D. 45.1.1 pr. (Ulp. 48 *ad Sab.*): *Stipulatio non potest confici nisi utroque loquente*; il medesimo concetto si trova espresso anche in D. 45.1.5.1 (Pomp. 26 *ad Sab.*: *Stipulatio... interrogatur... interrogatus... responderit*), D. 44.7.1.7 (Gai. 2 *aur.* [=1.3.15 pr.]: *Verbis obligatio contrahitur ex interrogazione et responsu [F²: responsione]*), D. 44.7.52.2 (Mod. 2 *reg.*: *Verbis, cum praecedit interrogatio et sequitur congruens responsio*), Paul. Sent. 2.3 (*Stipulatio est verborum conceptio, ad quam quis congrue interrogatus respondet*).

SALVATORE SCIORTINO

La relazione tra il κατὰ πόδας
e le traduzioni di Taleleo dei rescritti latini del *Codex*

ABSTRACT

Thalelaeus the *antecessor* changed, at the third book of the *Codex*, his teaching method and stopped dictating more personal translations of the latin *rescripta* during the first course, he used a manuscript of the *Codex* provided with interlinear κατὰ πόδας during the second course.

The poor quality of the κατὰ πόδας translations (especially if compared with *Thalelaeus'* translations) and the irregular distribution of the *antecessor's* translations lead the author to believe that the change of method was due to the short time available for writing the commentary on the *Codex*.

PAROLE CHIAVE

Commento di Taleleo al Codice; κατὰ πόδας; Basilici; traduzioni letterali.

SOMMARIO: 1 – Stato della questione. La ricostruzione di Scheltema circa il cambiamento di metodo di Taleleo in ordine alla traduzione dei testi dei rescritti latini del Codice: critica. Le perplessità legate all'uso del *κατὰ πόδας* anonimo delle costituzioni per la traduzione dei rescritti e relative alla scarsa qualità di queste traduzioni. 2 – Esempi di scoli nei quali Taleleo interviene per sostituire proprie traduzioni a quelle di *κατὰ πόδας* imprecisi o non in grado di chiarire certi passaggi oscuri o difficili dei rescritti latini del Codice. 3 – Le traduzioni letterali di Taleleo dei rescritti, al contrario, si lasciano apprezzare proprio per la caratteristica di superare le difficoltà dei testi tradotti. 4 – Le ragioni che hanno spinto l'antecessore a servirsi del *κατὰ πόδας* delle costituzioni possono scorgersi dietro la irregolare distribuzione delle traduzioni letterali delle costituzioni dei vari libri del Codice. 5 – Taleleo ha interrotto il suo lavoro di traduzione letterale, tendenzialmente sistematica, dei testi dei rescritti fin dal terzo libro del Codice, a causa del poco tempo a disposizione per la redazione del commentario al Codice. Ciò avrebbe permesso un notevole guadagno di tempo in ordine alla redazione del commentario, restava tuttavia l'inconveniente di dovere intervenire a lezione sulle traduzioni in greco del *κατὰ πόδας*, per eliminare possibili fraintendimenti derivanti da cattive traduzioni o per integrare traduzioni incapaci di chiarire certi passaggi oscuri dei rescritti latini del Codice.

1. Nel panorama sempre più variegato dei lavori¹ dedicati ai metodi di insegnamento e alle opere degli *antecessores* bizantini,² l'analisi del commento di Taleleo alle costituzioni contenute nel *Codex repetitae praelectionis*, oltre ad avere un interesse intrinseco sotto il profilo della puntualizzazione dei metodi di insegnamento di Taleleo, si può rivelare utile anche per lo studio del diritto romano classico.

Da tempo si segnala in dottrina³ l'opportunità di analizzare le fonti bizantine, e il com-

¹ Con riferimento ai soli volumi comparsi nell'ultimo ventennio, vd.: F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest Translation*, Groningen 1996; G. FALCONE, *Il metodo di compilazione delle Institutiones di Giustiniano*, in AUPA 45.1, 1998, 223 ss.; W. KAISER, *Die Epitome Iuliani. Beiträge zum römischen Recht im frühen Mittelalter und zum byzantinischen Rechtsunterricht*, Frankfurt a. M. 2004; H. DE JONG, *Stephanus en zijn Digestenonderwijs*, Den Haag 2008; J. H. A. LOKIN-R. MEIJERING-B. H. STOLTE-N. VAN DER WAL (ed.), *Theophili Antecessoris Paraphrasis Institutionum, with a Translation by A.F. Murison*, Groningen 2010; AA. VV., *Introduzione al diritto bizantino. Da Giustiniano ai Basilici. Collegio di Diritto Romano 2009. Atti Cedant*, cur. J. H. A. LOKIN - B. H. STOLTE, Pavia 2011.

² Il termine *antecessor*, corrispondente al greco *ἀντικείμενος* per indicare l'insegnante di diritto in epoca giustiniana e che ritroviamo nella letteratura giuridica di questo periodo e nelle costituzioni programmatiche relative al *Corpus Iuris*, sembra mutuato dal linguaggio militare. Gli *antecessores* erano gli esploratori che precedevano le truppe per la ricognizione dei luoghi, allo stesso modo dei maestri di diritto che precedevano e guidavano i propri studenti nel percorso di studi. Da ultimo, in argomento, vd., per tutti, G. FALCONE, *Premessa per uno studio sulla produzione didattica degli antecessores*, in *Introduzione al diritto bizantino*, cit., 147, con indicazione di fonti e letteratura. Rinviando a G. FALCONE, *Giustiniano, i giuristi classici e i professori di diritto*, in *Lezioni Emilio Betti*, cur. P. DI LUCIA e F. MERCOGLIANO, Napoli 2006, 88 ss., per l'indicazione di fonti e letteratura che depongono nel senso dell'identificazione degli *antecessores* con i *professores*.

³ Principalmente vd.: I. ALIBRANDI, *Dell'utilità che recano alla storia ed alle antichità del diritto romano gli scritti de' greci interpreti e degli scolasti de' Basilici*, in *Opere giuridiche e storiche* I, Roma 1896, 49 ss.; S. RICCOBONO, *Tracce di diritto romano classico nelle collezioni giuridiche bizantine*, in BIDR 18, 1907, 197 ss. [= *Miscellanea Salinas*, Palermo 1907, 153 ss. = *Scritti di diritto romano*, I, *Studi sulle fonti*, Palermo 1957, 393 ss.]; ID., *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine per lo studio critico del 'Corpus Iuris Civilis'*, in *Mélanges Fitting* II, Montpellier 1908, 466 ss. [= *Scritti di diritto romano*, I, cit., 370 ss.]; A. GUARINO, *Le compilazioni giuridiche bizantine e l'indagine storico-critica*, in *L'ordinamento giuridico romano. Introduzione allo studio del diritto romano*³, Napoli 1959, 556 ss. S. SOLAZZI, *L'Indice di Taleleo e i glossemi delle costituzioni imperiali*, in

mentario di Taleleo in particolare, per recuperare, dove possibile, la lezione pregiustiniana dei testi sui quali hanno lavorato gli antecessori prima della pubblicazione del *Corpus Iuris*. Da questo angolo visuale, lo studio del commento di Taleleo si rivela prezioso, perché è molto probabile che questo antecessore abbia iniziato il proprio commento alle costituzioni imperiali prima del loro accoglimento nel Codice, come gli stessi giuristi bizantini ammettono in un caso sul quale ci concentreremo in seguito.⁴

Intendiamo soffermarci su un gruppo di scoli⁵ provenienti dal commentario di Taleleo al Codice,⁶ accomunati dalla caratteristica di ricostruire la sintassi delle costituzioni alle quali si riferiscono, al fine di rendere il testo latino più facile da comprendere per gli studenti, ormai grecolingua al tempo di Giustiniano.⁷

In queste occasioni l'antecessore Taleleo si premura anche di fornire le relative traduzioni in greco dei testi, integrando opportunamente quelle del *κατὰ πόδας*.

Gli scoli di cui intendiamo occuparci non sono sfuggiti all'attenzione degli studiosi del diritto bizantino, i quali, tuttavia, li hanno esaminati solo in modo cursorio.

Il primo studioso a segnalarli in maniera unitaria è stato Berger,⁸ nel quadro di un lavoro volto a dimostrare la non riconducibilità del *κατὰ πόδας* delle costituzioni latine del

SDHI 5, 1939, 218 ss., si serve del commento di Taleleo per ricostruire il testo di C. 3.28.12, prima del suo inserimento nel secondo Codice di Giustiniano.

⁴ Si tratta di *Sch.* 18* Τὴν ἐξ βενδίτο φησὶν a B. 11.1.72 = C. 2.3.11 (BS, I, 325; Hb. I 654) su cui *infra*, nt. 98. Nelle citazioni abbiamo preferito mantenere, circa il luogo dei *θέματα* dei Basilici e dei relativi scoli, la doppia indicazione dell'edizione di Scheltema (et all.) e di Heimbach per le ragioni indicate da M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della legge Aquilia è, ora, il secondo». *Considerazioni sul testo del plebiscito aquiliano alla luce della tradizione giuridica bizantina*, in AUPA 55, 2012, 414 nt. 25. Sulle varie edizioni dei Basilici resta utile la consultazione di C. E. ZACHARIAE, *Historiae Juris Graeco-Romani delineatio. Cum appendice ineditorum*, Heidelbergae 1839, 48 ss.

Con riferimento alle fonti citate nel testo (non nelle note) abbiamo contrassegnato con '=' le ipotesi nelle quali i passi compaiono uguali nelle due edizioni e con ';' le ipotesi in cui divergono. Solo nelle fattispecie del primo tipo abbiamo trascritto in nota la traduzione latina di Heimbach.

⁵ Secondo l'opinione largamente dominante, e da ultimo ribadita da F. GORIA, *I «Basilici» e l'edizione di K.-W.-E. Heimbach*, in *Collana della «Rivista di Diritto Romano» - Testi*, 7, Milano 2002, [on line all'indirizzo <http://www.ledonline.it/rivistadirittoromano/basilici.html>] l'apparato di scoli che correda i Basilici sarebbe stato aggiunto in epoca successiva alla loro pubblicazione, avvenuta alla fine del IX secolo d.C. In un periodo, non facile da determinare e «oscillante fra il secolo X e l'inizio del secolo XI, il testo dei Basilici fu arricchito da un apparato di annotazioni costituito dagli estratti della letteratura giuridica dei secoli VI e VII, ai quali si aggiunsero ulteriori glosse dei giuristi dei secoli XI-XII». Per un inquadramento in termini generali della questione vd. V. GIUFFRÉ, s.v. «scoli», in NNDI 16, Torino 1969, 771 ss.

⁶ Raguagli di natura biografica su Taleleo, maestro di diritto tra i destinatari della *constitutio Omnem*, in: B. MORTREUIL, *Histoire du droit byzantin ou du droit romain dans l'empire d'orient*, I, s.l. 1843-1846, rist. Osnabrück 1966, 283 ss.; E. HEIMBACH, *Basilicorum libri LX, t. VI, Prolegomena et Manuale Basilicorum continens*, Lipsiae 1870, 13 e nt. 31, secondo il quale Taleleo sarebbe scomparso non molto tempo dopo la pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis*, e verosimilmente prima del 542 d.C., anno di promulgazione della celebre Novella 115, che Taleleo avrebbe certamente citato, se solo l'avesse conosciuta.

⁷ E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., 7 s.; H. ZILLIACUS, *Zum Kampf der Weltsprachen im oströmischen Reich*, Helsingfors 1935, rist. Amsterdam 1965, 84 s.

⁸ A. BERGER, *Studies in the Basilica. I. To kata podas*, in BIDR 55-56, 1952, 66 ss. e 138 nt. 281.

Codex repetitae praelectionis a Taleleo: questa tesi è oggi largamente dominante.⁹ A tal fine, lo studioso adduceva¹⁰ un gruppo di scoli, nei quali l'antecessore compie alcuni rilievi sulla composizione sintattica del testo latino; essi sono facilmente riconoscibili perché introdotti dall'invito rivolto agli studenti: 'οὕτως σύνταξον' ('*sic construe*'). Secondo Berger, Taleleo avrebbe soffermato la propria attenzione sull'originale latino nei suoi commenti (παραγραφαί), proprio in quanto non era stato l'autore della traduzione in greco delle costituzioni del Codice denominata κατὰ πόδας.

In seguito, è stato Scheltema a porre l'accento sui nostri scoli:

(1) dal punto di vista della loro provenienza,¹¹ per evidenziare come tali scoli di sistemazione sintattica dei testi erano contenuti in commenti originariamente parte di catene distinte, riguardanti o il testo latino (ῥητόν) o il relativo testo greco (κατὰ πόδας) e solo successivamente riuniti in un unico quaderno;¹²

⁹ Rinviamo sul punto alla nt. 77. Abbiamo preferito utilizzare l'espressione κατὰ πόδας al fine di indicare la traduzione letterale in greco delle costituzioni latine contenute nel *Codex repetitae praelectionis*, per le ragioni indicate da N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du code de Justinien*, s-Gravenhage 1953, 49 ss., il quale nota che, fin da Polibio, è attestato in greco l'uso della locuzione κατὰ πόδας in funzione di avverbio sostantivato e non solo di aggettivo o di locuzione avverbiale. Di recente, J. H. A. LOKIN - TH. E. VAN BOCHOVE, *Compilazione - educazione - purificazione. Dalla legislazione di Giustiniano ai Basilica cum scholiis*, in *Introduzione al diritto bizantino*, cit., 115, hanno ribadito che gli antecessori utilizzavano il termine 'κατὰ πόδας' come sostantivo neutro. Tuttavia, occorre segnalare una certa oscillazione semantica, visto che in dottrina si trovano variamente utilizzate sia la stessa espressione preceduta dall'articolo: 'τὸ κατὰ πόδας' [da parte di A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 67, con articolate riflessioni che giustificano l'opportunità di premettere l'articolo τὸ alla nostra espressione] e 'τὸ κατὰ πόδα' [utilizzata negli scoli relativi a C. 2.3.1 e C. 2.3.11 (Hb. I 641 e 652)]. Tuttavia, questi scoli non vengono segnalati da Scheltema e, ci pare, che sia lecito dubitare della loro autenticità, attese le gravi insufficienze che caratterizzano l'edizione heimbachiana dei Basilici. Su queste insufficienze si può leggere il resoconto di un viaggio a Parigi, effettuato nell'estate del 1931, da parte di V. Arangio-Ruiz e finalizzato allo studio dei manoscritti dei Basilici: V. M. MINALE, *Arangio-Ruiz e i 'Basilici': uno scritto (quasi) inedito*, in *Index* 39, 2011, 107 ss. Quanto alle fonti, segnaliamo che l'espressione κατὰ πόδα è utilizzata da Giustiniano in *const. Tanta*, 21.

¹⁰ A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 138 nt. 281, in cui l'autore richiama alcuni scoli che corredano i passi dei Basilici relativi a: C. 7.11.6; C. 7.16.9; C. 7.16.10; C. 7.16.11; C. 7.16.27 pr.; C. 7.16.28; C. 7.16.36; C. 7.19.7 pr.-4. Già ad una prima analisi, non può passare inosservata l'inerenza di tutti questi scoli a costituzioni contenute nel libro settimo del *Codex*, che corrisponde al libro quarantottesimo dei Basilici: a nostro avviso, non è casuale che i primi libri dei Basilici, invece, non contengano scoli di chiarimento sintattico del testo latino. Taleleo provvedeva a superare le difficoltà di carattere sintattico dei testi, dettando traduzioni letterali in greco delle costituzioni appositamente acconciate a tal fine

¹¹ H. J. SCHELTEMA, *Subseciva VII. Der Kodexunterricht des Thalelaeus*, in TR 31, 1963, 97 s. [= *Opera minora ad iuris historiam pertinentia*, Groningue 2004, 126 s.]; ID., *Subseciva IX. Das Kata Podas*, in TR 31, 1963, 99 s. [= *Opera minora*, cit., 130 s.].

¹² Finendo con il formare un'opera unica. La questione coinvolge il tema delle modalità con cui è stato pubblicato il commento di Taleleo. Secondo una prima opinione, il commento di Taleleo (ἵνδιξ e παραγραφαί) sarebbe stato pubblicato da parte di uno studente editore, sulla base degli appunti presi nel corso delle lezioni: E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., 74 ss.; H. J. SCHELTEMA, *Subseciva IV. Die Institutionenparaphrase Theophili*, in TR 31, 1963, 92 [= *Opera minora*, cit., 119]; ID., *L'enseignement de droit des antecessors*, Leiden 1970, 40 [= *Opera minora*, cit., 86]. Altri autori, con buon fondamento, hanno ipotizzato un ruolo attivo dell'antecessore nelle vicende della pubblicazione del suo commentario: o come revisore degli appunti degli studenti o come autore di un testo scritto, fornito a lezione e pubblicato. Così, secondo N. VAN DER

(2) dal punto di vista del metodo di insegnamento di Taleleo,¹³ per dimostrare che le *πααραγραφαί*, contenute nei nostri scolii, provengono dal secondo corso di lezioni sul *Codex*.

Seguendo la ricostruzione di Scheltema, accolta da van der Wal e Lokin¹⁴ e di recente ribadita dallo stesso Lokin e van Bochove,¹⁵ Taleleo in relazione al *Codex* usava dividere le sue lezioni in due corsi.

Nel secondo corso, da cui derivano le *πααραγραφαί*, Taleleo avrebbe fatto leggere ai suoi studenti un manoscritto del *Codex* munito di *κατὰ πόδας* interlineare: questo spiegherebbe la presenza di due catene di *πααραγραφαί*. Come detto, alcune inerivano al testo latino (*ρήτόν*) e altre al *κατὰ πόδας*, con l'avvertenza che alcuni scolii, come quelli relativi alle questioni sintattiche del testo latino oggetto del nostro esame, miravano anche a mettere d'accordo il testo latino con la poco fedele traduzione letterale in greco della costituzione.

Nel primo corso, Taleleo, con specifico riferimento ai rescritti,¹⁶ dopo avere dettato¹⁷ il *θεματισμός*, volto alla ricostruzione del *casus* che li aveva occasionati, avrebbe proceduto in modo duplice. In alcuni casi, avrebbe dettato un sunto della costituzione, in altri casi avrebbe fornito ai suoi studenti una traduzione letterale, non dettandola, ma facendo leggere, già nel primo corso, una copia del *Codex* munita di *κατὰ πόδας* interlineare. Quest'ultimo me-

WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 19, il commentario di Taleleo sarebbe stato pubblicato sulla base di canovacci usati nel corso delle lezioni ed appositamente ritoccati in vista della pubblicazione, senza alcun ruolo attivo da parte degli studenti. Invece, secondo D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht des Thalelaios. A. Methode*, in ZSS 86, 1969, 337, Taleleo avrebbe autorizzato la pubblicazione di una copia dei testi dettati nel corso delle sue lezioni che, in quanto orali e relativi al *Codex*, non sarebbero stati colpiti dal cd. *Kommentarverbot* giustiniano. Sul punto, in questo senso, vd. anche le aperture recentemente manifestate da G. FALCONE, *Premessa per uno studio*, cit., 147 ss.; ID., *The Prohibition of Commentaries to the Digest and the Antecessorial Literature*, destinato al prossimo numero dei *Subseciva Groningana*, con indicazione di letteratura.

In effetti, anche a noi pare che Taleleo non possa non essere intervenuto con un ruolo di primo piano nelle vicende editoriali che hanno riguardato la redazione scritta e la pubblicazione del suo commentario. Ci pare che in questo senso depongano i due seguenti argomenti. In primo luogo, l'articolazione interna al commentario di Taleleo era troppo complessa per potere essere dominata con facilità da uno 'studente editore' che ne avrebbe dovuto curare la pubblicazione. Il commentario di Taleleo al Codice constava di diverse parti: l'indice, dettato durante il primo corso e suddiviso in *θεματισμός* e sunti ovvero traduzioni letterali; le *πααραγραφαί*, dettate durante il secondo corso e distinte in catene a loro volta suddivise in specie diverse, a seconda dei metodi impiegati per la spiegazione. Tale articolazione presuppone una competenza editoriale non adeguata al livello di uno studente. In secondo luogo, se Taleleo, come ci pare (vd. *infra*, nt. 148), ha pubblicato una prima edizione del suo commentario al *Novus Codex*, crediamo che una riedizione deponga nel senso di una attività di controllo e rielaborazione diretta da parte dell'autore.

¹³ H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 1-68 [= *Opera minora*, cit., 58 ss.], *praecipue* 36 ss. (= 83 ss.).

¹⁴ N. VAN DER WAL-J. H. A. LOKIN, *Historiae iuris graeco - romani delineatio. Les sources du droit byzantin de 300 à 1453*, Groningen 1985, 43 s.

¹⁵ J. H. A. LOKIN-TH. E. VAN BOCHOVE, *Compilazione - educazione - purificazione*, cit., 122 e 131 s.

¹⁶ Sui criteri di identificazione dei *rescripta*, anche in chiave differenziale rispetto alle altre costituzioni imperiali, vd. per tutti: J. P. CORIAT, *Le Prince législateur. La technique législative des Sévères et les méthodes de création du droit impérial à la fin du Principat*, Rome 1997, 77 e 81 ss. Con specifico riferimento al rapporto tra rescritti e processo formulare, vd. N. PALAZZOLO, *Processo civile e politica giudiziaria nel principato. Lezioni di diritto romano*², Torino 1991, 101 ss. In relazione ai rescritti di età diocleziana vd. M. AMELOTI, *Per l'interpretazione della legislazione privatistica di Diocleziano*, Milano 1960, 22 ss.

¹⁷ Su questo specifico metodo di insegnamento vd. D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht, A.*, cit., 337.

todo di insegnamento, conclude Scheltema, avrebbe fatto guadagnare tempo ma, mancando agli studenti nel quaderno di appunti del primo corso proprio il sunto della costituzione, uno strumento essenziale per comprenderne il senso, l'antecessore tra il terzo e il quarto libro non avrebbe più operato riferimenti al κατὰ πόδας e si sarebbe limitato a dettare solo un breve sunto del testo, rinviando per la traduzione alla lettura del manoscritto munito di κατὰ πόδας interlineare nel secondo corso.

Ora, a prescindere da alcune riserve che sono già state mosse alla ricostruzione di Scheltema e relative alla doppia lettura del manoscritto postulata da questo studioso, ritenuta da Simon¹⁸ «nicht unproblematisch», la tesi del maestro olandese non è esente da critiche. Innanzi tutto ci pare che Scheltema non abbia adeguatamente distinto il κατὰ πόδας dalle traduzioni letterali delle costituzioni imperiali che Taleleo redigeva e, verosimilmente, dettava durante il primo corso.

Così, quando il maestro olandese scrive che il «*thematismòs* se termine παρ καὶ ἀντέγραψεν ὁ βασιλεὺς οὕτως suivi du *KP*»,¹⁹ ci pare equivochi la circostanza, comunemente ammessa, che l'espressione καὶ ἀντέγραψεν ὁ βασιλεὺς οὕτως, o espressioni simili, introducevano le traduzioni letterali di Taleleo e non il κατὰ πόδας anonimo scritto tra i righe del testo latino.²⁰

Vero è che alcune traduzioni letterali di Taleleo talvolta erano seguite, all'interno degli scolii, dalla menzione del κατὰ πόδας (che secondo van der Wal²¹ sarebbe stato copiato da Taleleo) per mezzo di espressioni del tipo 'καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως' e anche 'Ἐχει δὲ τὸ κατὰ πόδας τῆς διατάξεως οὕτως'. Tuttavia questi stilemi hanno natura compilatoria, sono cioè il frutto di aggiunte successive e mancano, come abbiamo avuto modo di verificare, nelle traduzioni letterali di Taleleo dettate durante il primo corso in coda al θεματισμός e pervenute all'interno del testo dei Basilici.²²

¹⁸ D. SIMON, Rec. a H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement de droit des antécédents*, in TR 39, 1971, 484, critica la doppia lettura del manoscritto del Codice munito di κατὰ πόδας interlineare implicata dalla ricostruzione di Scheltema.

¹⁹ H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 37 (= 84).

²⁰ *Infra*, § 3, nt. 86.

²¹ N. VAN DER WAL, *La relation entre le «κατὰ πόδας» et le commentaire du Code Justinien de Thalélée*, in RHDfE 30, 1952, 547 s.; ID., *Les commentaires grecs*, cit., 69, il quale è dell'avviso che le espressioni del tipo 'καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως' e anche 'Ἐχει δὲ τὸ κατὰ πόδας τῆς διατάξεως οὕτως' indichino traduzioni letterali caratterizzate dal fatto che Taleleo avrebbe copiato il κατὰ πόδας dei rescritti. Ma la portata di questi incisi ci pare da ridimensionare se è vero che, come ammesso dallo stesso van der Wal e come riconosciuto da H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 40 s. (= 86 s.); ID., *Über die Scholienapparate der Basiliken*, in *Mnemosynon Bizoukidès*, Thessalonique 1960, 143 s. [= *Opera minora*, cit., 362 s.], essi sono stati inseriti all'interno dell'opera di Taleleo solo per cucire il κατὰ πόδας tra i commenti dettati separatamente a lezione.

²² A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 145 ss., ritiene, ad esempio, che gli incisi che attribuiscono il κατὰ πόδας a Taleleo (Τὸ κατὰ πόδας. Θεαλελαίου) sono da considerare glosse posteriori al commento di Taleleo. Similmente (129, 133) anche gli stilemi che si trovano a conclusione delle traduzioni letterali di Taleleo del tipo 'καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως' e anche 'Ἐχει δὲ τὸ κατὰ πόδας τῆς διατάξεως οὕτως' provengono dai compilatori degli scolii: Taleleo, prosegue Berger, sarebbe stato uno stupido – o comunque avrebbe avuto una bassa considerazione di sé come scrittore – se avesse ammesso di avere copiato una traduzione altrui. La natura insidiosa dei detti stilemi, del resto, è stata sostenuta dallo stesso N. VAN DER WAL,

Del resto, tale riferimento al *κατὰ πόδας* segnala solo in termini generici la corrispondenza tra la traduzione letterale approntata da Taleleo e riportata nei Basilici a quella del *κατὰ πόδας*.²³ Infatti, Berger²⁴ ha dimostrato, in modo convincente, che le somiglianze tra le due traduzioni sono rare e casuali e che, comunque, la tesi di una asserita opera di copiatura del *κατὰ πόδας* da parte di Taleleo è da rigettare: sarebbe stata squalificante oltre che controproducente in termini di tempo.

Non vogliamo, comunque, escludere che Taleleo possa avere occasionalmente pensato al *κατὰ πόδας* per le proprie traduzioni, ma ci pare di dovere rigettare l'ipotesi di una sistematica copiatura. Infatti, vedremo che Taleleo era un traduttore attento e preciso a differenza dell'anonimo autore del *κατὰ πόδας*: pure alla presenza dei detti stilemi che dovrebbero indicare una asserita copiatura del *κατὰ πόδας* da parte di Taleleo, non mancano importanti differenze tra le dette traduzioni letterali.²⁵

Pure l'affermazione di Scheltema secondo la quale «après le quatrième livre on ne trouve plus les références au *KP* tout court»,²⁶ ci convince poco. Se fosse, infatti, vero che Taleleo ha deciso di cambiare metodo dopo il secondo libro e di non fornire più agli studenti del primo corso le traduzioni letterali dei testi, per dettare solo un breve sunto, stupisce rintracciare ancora dopo il terzo libro del Codice traduzioni letterali del nostro antecessore.²⁷

Non è stato notato che ancora all'interno del quinto libro del Codice è possibile rinvenire traduzioni letterali di Taleleo dettate durante il primo corso: è credibile un cambiamento di metodo deciso liberamente dall'antecessore ma non applicato in maniera sistematica?

Né il problema ci pare venga risolto da van der Wal²⁸ il quale ha ritenuto che le costituzioni dei primi due libri vennero tradotte letteralmente da Taleleo, mentre per il terzo, il quarto e i libri successivi «les traductions littérales deviennent de plus en plus rares». Se davvero la decisione di non tradurre più i testi nel primo corso fosse dipesa da ragioni metodologiche, non ci saremmo più aspettati di trovare altre traduzioni letterali, se pur sparute, nei libri successivi al

Les commentaires grecs, cit., 80 ss., secondo il quale essi sarebbero stati inseriti all'interno del commentario di Taleleo anteriormente alla redazione dei Basilici.

²³ Come suggerito da A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 145 ss; ID., *Thalelaeus and the To kata podas, once again*, in IURA 4, 1953, 230.

²⁴ A. BERGER, *Thalelaeus*, cit., 229 ss.; ID., *Studies in the Basilica*, cit., 133 s.

²⁵ Come con riferimento a C. 2.12(13).3 = B. 8.2.77 (BS, I, 143; Hb. I 401), un caso in cui la traduzione di Taleleo diverge dal testo della costituzione tradotta e per questo non potrebbe coincidere con il *κατὰ πόδας* della stessa [*infra*, § 3 sub (iii)]. Quanto a C. 2.12(13).10 = B. 8.2.84 (BS, I, 148; Hb. I 405), è addirittura possibile confrontare la traduzione di Taleleo con il *κατὰ πόδας* e, come ci accorgeremo [*infra*, § 3 sub (iv)], esiste una certa distanza tra le due traduzioni. Del resto lo stesso N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 90, ha dovuto ammettere che, pur alla presenza degli stilemi in questione, le traduzioni di Taleleo non di rado divergevano da quella del *κατὰ πόδας*. Una diffusa casistica delle divergenze tra le traduzioni letterali di Taleleo e il *κατὰ πόδας* è presente in A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 156 ss. Ancora F. PRINGSHEIM, Rec. a N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du code de Justinien*, in TR 22, 1954, 194 s., rigetta l'ipotesi di una copiatura del *κατὰ πόδας* da parte di Taleleo e mette, piuttosto, in luce le molteplici differenze tra le due traduzioni.

²⁶ H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 37 (= 84).

²⁷ *Infra*, § 4.1.

²⁸ N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 68 s.

secondo, e dettate durante il primo corso. Infatti, in questi casi, Taleleo non avrebbe dettato quel sunto della costituzione che gli studiosi appartenenti alla scuola olandese di diritto bizantino ritengono così importante per una adeguata comprensione del testo.

Infine, ci pare che il cambiamento di metodo di cui stiamo discutendo, e che ha portato Taleleo a servirsi del *κατὰ πόδας* per la traduzione dei testi, non deve essere stato privo di conseguenze sul piano dell'insegnamento. Infatti, le traduzioni del *κατὰ πόδας* erano di scarsa qualità e ciò costringeva Taleleo, non di rado, a tornare sui *κατὰ πόδας* imprecisi per adeguare le traduzioni e renderle compatibili con il testo latino del rescritto. Mentre quando Taleleo traduceva da sé i rescritti latini del Codice non aveva bisogno di interventi del genere, perché le sue traduzioni erano già concepite nell'ottica di superare le difficoltà dei testi tradotti.

1.1. L'impiego da parte di Taleleo del *κατὰ πόδας*²⁹ per la traduzione delle costituzioni imperiali riteniamo che meriti di essere approfondito proprio sotto questo profilo.

Cominciamo con il dire che non poteva certo sfuggire all'antecessore la circostanza che il *κατὰ πόδας*, per sua stessa natura, non consentiva al suo anonimo redattore di migliorare la sintassi del testo latino tradotto. Infatti, le traduzioni letterali dette *κατὰ πόδας* non erano congegnate per avere un autonomo senso logico, ma erano concepite come uno strumento di ausilio linguistico volto a facilitare la comprensione del testo latino, tanto da essere scritte in corrispondenza delle parole latine, tradotte di volta in volta.³⁰

Ciò permette di capire che le traduzioni di tal fatta erano così denominate, non solo e non tanto per essere traduzioni letterali, quanto, piuttosto, perché dovevano limitarsi a rispettare l'ordine e la successione dei lemmi delle costituzioni tradotte, come disposto da Giustiniano.³¹

²⁹ Naturalmente, la circostanza che Taleleo si sia servito del *κατὰ πόδας* delle costituzioni imperiali per la redazione del suo commentario al Codice presuppone la preesistenza di queste traduzioni adeposte rispetto all'opera dell'antecessore. Tale antecedenza, già ammessa in dottrina dagli autori citati *infra*, in nt. 78, è invece contestata da A. BERGER, *Thalelaeus*, cit., 229, che la ritiene inimmaginabile. Tuttavia, non si dimentichi che il *κατὰ πόδας* delle costituzioni non venne redatto di sana pianta dopo la pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis*, ma venne solo aggiornato. Infatti, sono tanti e tali gli elementi pregiustiniani in esso presenti (vd., *infra*, gli autori citati nelle note 35, 36 e 37) che è lecito credere che il *κατὰ πόδας* delle *leges* venne confezionato sul *Novus Codex* se non, addirittura, sui tre codici pregiustiniani, per essere adattato al secondo Codice, in un tempo tale da renderlo disponibile già nel 535 d.C. Inoltre, se, come crediamo, il commentario di Taleleo al Codice è stato completato non prima del 536 d.C. (*infra*, § 5 s.) non ci pare esistano seri ostacoli a ritenere a quella data già disponibile negli ambienti accademici il *κατὰ πόδας* delle costituzioni del secondo Codice. Infine, una prova testuale in favore della preesistenza del *κατὰ πόδας* al commentario di Taleleo alle costituzioni inserite nel *Codex repetitae praelectionis* crediamo possa provenire da *const. Tanta*, 21, la quale esclude dal cd. *Kommentarverbot* riguardante il Digesto proprio le traduzioni *κατὰ πόδας*, probabilmente perché già circolavano.

³⁰ Così N. VAN DER WAL-J. H. A. LOKIN, *Delineatio*, cit., 43.

³¹ *Const. Tanta*, 21: *Hoc autem, quod et ab initio nobis visum est, cum hoc opus fieri deo adveniente mandabamus tempestivum nobis videtur et in praesenti sancire, ut nemo neque eorum, qui in praesenti iuris peritiam habent, nec qui postea fuerint audeat commentarios isdem legibus adnectere: nisi tantum si velit eas in Graecam vocem transformare sub eodem ordine eaque consequentia, sub qua et voces Romanae positae sunt (hoc quod Graeci κατὰ πόδα dicunt)* rell. Il passo è preso in esame di recente da: C.-H. LAVIGNE, *Droit, traduction, langue et idéologie: Kata poda ou la traduction pas à pas selon Justinien 1^{er}*, in *Traduction, Terminologie, Rédaction* 18.1, 2005, 186 ss.; G. FALCONE, *The Prohibition of Commentaries*, cit.

Questa circostanza, aggiunta alla maggiore ricchezza della lingua greca³² e alla diversa grammatica greca rispetto a quella latina, in casi del genere di quelli che analizzeremo, poteva rendere di scarso aiuto il *κατὰ πόδας* ai fini di una più facile comprensione del testo latino.

Inoltre, come dimostrato da Holwerda,³³ la particolare collocazione del *κατὰ πόδας* nei manoscritti del Codice, ossia l'essere scritto fra le linee del testo latino, prestava sovente il fianco ad errori da parte del traduttore. Holwerda ha spiegato diversi casi di errori presenti nei *κατὰ πόδας*, ipotizzando che il traduttore abbia posato lo sguardo sulla parola del rigo superiore o inferiore a quello nel quale era presente il lemma da tradurre. Inoltre, se si pensa che le pagine dei codici antichi erano divise in righe e, talora, anche in due colonne, la percentuale di errore aumenta: Holwerda³⁴ ha evidenziato alcuni casi in cui il traduttore, pur rispettando il rigo, ha tradotto una parola posta nell'altra colonna.

Infine, un'ultima decisiva circostanza rende ancor più curiosa la scelta di Taleleo di servirsi dei *κατὰ πόδας* nelle sue lezioni: nei Basilici si rintracciano non pochi casi nei quali il *κατὰ πόδας* non corrisponde al testo latino della costituzione contenuta nel *Codex repetitae praelectionis*.

Questo fenomeno è stato variamente spiegato in dottrina. Alcuni studiosi hanno ricondotto tali divergenze alle lezioni delle costituzioni contenute nei tre codici precedenti la codificazione giustiniana;³⁵ un altro autore ha riportato le traduzioni sospette del *κατὰ πόδας* alle costituzioni originariamente inserite nel *Novus Codex*;³⁶ un ultimo studioso, in-

³² Le varianti che si potevano verificare nella traduzione o nella traslitterazione dei termini latini in greco sono sintetizzate da P. E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, in H. HUNGER, *Die hochsprachliche profane Literatur der Byzantiner*, München 1978, 364 s. e nt. 109.

³³ D. HOLWERDA, *Le Code de Justinien et sa traduction grecque. La mise en page du texte du Code et de sa traduction κατὰ πόδας*, in *Classica et Mediaevalia. Revue danoise de philologie et d'histoire* 23, 1962, 274 ss., ricorda, fra gli altri, i seguenti casi: C. 6.58.12 = B. 45.1.48; C. 6.61.8.4c = B. 45.4.11; C. 7.4.11 = B. 48.13.9; C. 7.15.11 = B. 48.19.1. Sulla collocazione interlineare del *κατὰ πόδας* vd. anche N. VAN DER WAL-J. H. A. LOKIN, *Delineatio*, cit., 43.

³⁴ D. HOLWERDA, *Le Code de Justinien*, cit., 280 ss. Un altro fenomeno, degno di nota e segnalato dall'autore, è quello degli errori di traduzione relativi alle parole spezzate in due, perché a fine rigo. Holwerda sottolinea diversi casi di parole non esistenti nel testo latino, ma tradotte in greco perché coniate dall'anonimo autore del *κατὰ πόδας* unendo la metà di una parola, non con l'altra metà del rigo seguente, ma con una parola diversa posta qualche rigo sotto. Ciò poteva determinare un salto di interi righe nella traduzione greca, come accade per il *κατὰ πόδας* di C. 7.19.7 = B. 48.22.7, su cui vd. *infra*, nt. 68.

³⁵ S. RICCIBONO, *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine*, cit., 466 ss. [= *Scritti di diritto romano*, I, cit., 370 ss.]; G. ROTONDI, *Studi sulle fonti del codice giustiniano. Continuazione*, in *BIDR* 29, 1916, 153 ss., paginazione che abbiamo seguito [= *Scritti giuridici*, cur. V. ARANGIO-RUIZ, I, *Studi sulla storia delle fonti e sul diritto pubblico romano*, Pavia 1922, 237 ss.]; P. KRÜGER, *Über wirkliche und scheinbare Überlieferung vorjustinianischen Wortlauts im Kommentar des Thalelaeus zum Codex Iustinianus*, in *ZSS* 36, 1915, 82 ss.; J. SONTIS, *Die Digestensumme des Anonymos. I. Zum Dotalrecht. (Ein Beitrag zur Frage der Entstehung des Basilikentextes)*, Heidelberg 1937, 8 ss.; P. COLLINET, *Le genèse du Digeste, du Code et des Institutes de Justinien*, Paris 1952, 266 ss.; A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 110 ss.

³⁶ E. ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Ueber die griechischen Bearbeitungen des Iustinianischen Codex*, in *ZRG* 10, 1872, 61 ss. [= *Kleine Schriften zur römischen und byzantinischen Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1973, 566 ss.]; ID., *Von den griechischen Bearbeitungen des Codex*, in *ZSS* 8, 1887, 5 ss. [= *Kleine Schriften zur römischen und byzantinischen Rechtsgeschichte*, II, Leipzig 1973 268 ss.]. In senso critico nei confronti di questa impostazione vd. P. KRÜGER, *Praefatio ad Cod. Iustin. Editio maior*, Berolini 1877, XIII ss. [tale prefazione è stata

fine, ha ritenuto che tali aporie derivino dal fatto che l'autore del κατὰ πόδας ha consultato, non direttamente un manoscritto del secondo Codice di Giustiniano, ma un *brouillon* confezionato sulla base del *Novus Codex* e utilizzato per la redazione della copia ufficiale del *Codex repetitae praelectionis*.³⁷

Ora, a prescindere dalla soluzione che si intende adottare, un dato è certo: il κατὰ πόδας delle costituzioni del *Codex* presenta frequenti divergenze rispetto al testo delle costituzioni del *Codex repetitae praelectionis*, divergenze che certo dovevano creare qualche difficoltà a Taleleo nella spiegazione.³⁸ Si tratta di circostanze che il nostro antecessore non può non avere considerato al momento di decidere di non tradurre più da sé i testi dei rescritti e affidarsi al κατὰ πόδας.

Ancor di più è lecito, allora, chiedersi perché Taleleo abbia comunque deciso di servirsi di questo strumento di ausilio linguistico, non di rado fallace e impreciso e di abbandonare la scelta di tradurre da sé i testi delle costituzioni imperiali. Può giustificare tale scelta l'opportunità di dettare nel primo corso il sunto di una costituzione che comunque avrebbe dovuto essere tradotta nel secondo corso, con l'inconveniente di dovere aggiustare, in non rari casi, le traduzioni del κατὰ πόδας?

2. È arrivato il momento di analizzare i testi. Cominceremo, come anticipato nel § 1, con un gruppo di scolii che contengono παραγραφαί con le quali Taleleo interviene sulla traduzione greca del κατὰ πόδας per correggerne le imprecisioni o per adattarla al testo latino oggetto di esame.

(i) Muoviamo da uno scolio nel quale l'intervento dell'antecessore è dovuto ad un fraintendimento presente nel κατὰ πόδας:

*Sch. 2 Θαλελαίου a B. 48.20.9 = C. 7.16.9 (BS, VII, 2992 = Hb. IV 772): Θαλελαίου. Οὕτως σύνταξον nominuoliberidumtaxat. Καὶ καλῶς τοῦτο εἶπεν· δοῦλος γὰρ χρηματισμὸν οὐκ ἔχει.*³⁹

Il commento di Taleleo è volto a chiarire, dal punto di vista sintattico, un passaggio di un rescritto di Diocleziano e Massimiano⁴⁰ nel quale si dice che l'avversario del richiedente,

di recente ripubblicata in traduzione tedesca: *Die Praefatio zum Codex Iustinianus von Paul Krüger. Übersetzung von G. Hillner*, in ZSS 127, 2010, 364 ss.].

³⁷ Secondo N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 58 ss., le varianti che ritroviamo all'interno dei manoscritti del secondo Codice si devono al fatto che le interpolazioni dei testi segnalate nel *brouillon* non sarebbero state riportate in tutte le copie o, viceversa, al fatto che, in taluni casi, non sarebbero state omesse, ma trascritte, le parti di testo barrate nel *brouillon* per non essere ricopiate nel secondo Codice ed ivi ufficialmente non confluite. Ma, in senso critico, vd.: F. WIEACKER, Rec. a N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs du code de Justinien*, in ZSS 71, 1954, 489 s., il quale avanza l'ipotesi che le varianti del κατὰ πόδας possano derivare da interpolazioni giustinianee; F. PRINGSHEIM, Rec. a N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 192 ss.

³⁸ Di un caso del genere occuperemo specificamente: *infra*, § 3, *sub* (i), (4).

³⁹ HEIMBACH: *Thalelaei. Sic construe, nomini, quo liberi dumtaxat. Et hoc recte dixit. Servus enim cognomen non habet.*

⁴⁰ C. 7.16.9 IMP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. PROCULO. *Cum precum tuarum conceptio, licet eum, contra quem supplicas, ex ancilla <tua> natum esse expresserit, tamen nomen cognomen, quo liberi dumtaxat nuncupantur, addiderit, et non servum esse, sed servili macula adspers-*

un tale Proculo, non deve essere considerato uno schiavo nato da una *ancilla* del postulante, come sostenuto nel libello inviato alla cancelleria imperiale, ma un libero (tutt'al più sporcato da una macchia servile, cioè un liberto) poiché egli, come Proculo stesso confessa nel libello, porta oltre al *nomen* anche il *cognomen* che spetta solo ai liberi.

I liberi e cittadini romani, infatti, come tutti sanno, a partire dall'epoca preclassica usavano i *tria nomina*, ossia il *praenomen*, il *nomen gentilicium*, che accomunava i *gentiles*,⁴¹ e il *cognomen*. Gli schiavi, invece, avevano solo il nome individuale (seguito al più dal nome del padrone al genitivo) che trasformavano in *cognomen* una volta ottenuta la libertà, quando assumevano il *praenomen* e il *nomen* del patrono, ma senza tuttavia venire ammessi nella sua *gens*.⁴²

Taleleo ritorna sul seguente tratto della costituzione: «*nomini cognomen, quo liberi dumtaxat nuncupantur, addiderit* rell.». Va subito detto che il tratto è chiarissimo e non avrebbe certo bisogno di spiegazioni; eppure l'antecessore ritiene di dovere chiarire agli studenti che il costrutto preferibile sia: «*nomini quo liberi dumtaxat*». L'intervento, tuttavia, a leggerlo così com'è, modifica il senso della costituzione nella quale giustamente si dice che è il *cognomen* con il quale sono chiamati i liberi, e non il *nomen*.

Si potrebbe allora congetturare che Taleleo abbia voluto sottintendere la parola *cognomen*, ma così ragionando non si capisce l'utilità di un intervento che si limiterebbe a ripetere pedissequamente il costrutto latino della costituzione.

Anche la chiusa dello scolio desta perplessità, la trascriviamo nuovamente: δοῦλος γὰρ χρηματισμὸν οὐκ ἔχει. Ora, se noi accettiamo la traduzione proposta da Heimbach, il quale ritiene che *χρηματισμός* sia usato per tradurre il latino *cognomen*, ne ricaviamo un inciso esatto, ma che non si accorda con quanto detto in precedenza da Taleleo. Se, cioè, sono solo i liberi ad avere il *nomen*, come scrive l'antecessore, è poi illogico dire che i *servi* non hanno il *cognomen*: sarebbe stato invece consequenziale (sebbene inesatto) dire che i servi non hanno il *nomen*.

sum comprehenderit, contra eum, qui servus non est, supplicasse te intellegitur. [a. 293]. La lezione di questa costituzione accolta dalla Glossa e nell'edizione del Codice curata da Haloander riporta *tua* dopo *ancilla*. Riteniamo di doverla accogliere poiché, in questo modo, è meglio evidenziata sia la circostanza che il richiedente, Proculo, motiva la condizione servile del proprio avversario ritenendolo nato da una sua schiava, sia lo scopo cui è volta la supplica: ottenere il riconoscimento da parte di Proculo dello *status* di schiavo del proprio avversario.

La costituzione è analizzata, dal punto di vista della natura confessoria del contenuto del libello di domanda, inviato alla cancelleria imperiale al fine di ottenere un rescritto, da parte di A. ALCIATUS, *Paradoxorum iuris civilis libri, lib. 5, cap. V*, in *Tractatus, Orationes, Adnotationes in C. Tacitum & Emblemata*, t. VI, Lugduni 1560, 42.

⁴¹ Ossia coloro i quali: condividano lo stesso nome, discendano da antenati *ingenui* i quali non siano mai stati asserviti e, infine, non siano mai incorsi in una *capitis deminutio*, secondo una celebre definizione di Cicerone: Cic. *top.* 6.29 [LENEL, *Palingenesia*, I, Q. Muc. Fr. 53]: *Itemque ut illud: 'gentiles sunt inter se, qui eodem nomine sunt'. non est satis. 'qui ab ingenuis oriundi sunt'. ne id quidem satis est. 'quorum maiorum nemo servitatem servivit'. abest etiam nunc. 'qui capite non sunt deminuti'. hoc fortasse satis est. nihil enim video Scaevolam pontificem ad hanc definitionem addidisse.*

⁴² Sul punto si vd.: M. TALAMANCA, *Istituzioni di diritto romano*, Milano 1990, 152; A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 285 nt. 15.7.1., con indicazione di letteratura sulla denominazione individuale degli individui; M. BRUTTI, *Il diritto privato nell'antica Roma*², Torino 2011, 118. Sul nome degli schiavi, in particolare, vd.: CH. MOREL, s.v. «*Nomen*», in DS., IV.1, Paris 1907, rist. Graz 1969, 95.

Potremmo allora credere che Taleleo con il lemma χρηματισμός abbia voluto tradurre il latino *nomen*; e in favore della traduzione del greco χρηματισμός con *nomen* potrebbe deporre l'impiego di questa parola negli scolii ai Basilici appunto per tradurre il *nomen*⁴³ (oltre che il *praenomen*),⁴⁴ mentre per tradurre in greco la parola *cognomen* troviamo usati anche i vocaboli προσηγορία ed ἑπωνυμία.⁴⁵

Ad accettare questa diversa interpretazione della chiusa dello scolio, tuttavia, si va incontro a due ordini di difficoltà. Innanzi tutto, è inesatto dire che gli schiavi non hanno un *nomen*, perché anche gli schiavi hanno un *nomen* che trasformano in *cognomen* una volta ottenuta la libertà: certo Taleleo non poteva ignorare questo principio del diritto romano. Inoltre, risulterebbe stravolto il senso della costituzione, nella quale è espresso il principio opposto, secondo il quale è il *cognomen*, e non il *nomen*, a caratterizzare i liberi.

Perché, dunque, un tale intervento da parte di Taleleo, che mira a chiarire un testo che non ne avrebbe bisogno e che finisce per discostarsi dal contenuto della costituzione?

È nostra convinzione che la ragione vada rintracciata nella lettura che gli studenti avevano in precedenza effettuato del κατὰ πόδας del rescritto, il quale, non rispettando la lettera della costituzione, ne tradisce il senso. Il κατὰ πόδας, infatti, riporta il *cognomen* a posto del *nomen* (e viceversa) invertendo anche i casi: la parola *cognomen* compare al dativo (χρηματισμῶ) anziché all'accusativo e (viceversa) la parola *nomen* è declinata all'accusativo (ὄνομα) piuttosto che al dativo: ... τῷ χρηματισμῶ κύριον ὄνομα, ᾧτινι ἐλεύθεροι μόνοι κέχρηνται προσέθηκεν κτλ. [HEIMBACH: *cognomini nomen quo liberi dumtaxat utuntur, addiderit* rell.].⁴⁶

Ma quello che è più grave è che il κατὰ πόδας stravolge il senso della costituzione, perché vi si sostiene – erroneamente – che sono solo i liberi ad usare il *nomen*, mentre dalla costituzione si desume espressamente il contrario, ossia che erano i liberi ad impiegare esclusivamente il *cognomen*!

Alla luce di questa considerazione, siamo convinti che l'intervento di Taleleo sia stato occasionato dalla volontà di correggere opportunamente il κατὰ πόδας la cui lettura avrebbe potuto fuorviare gli studenti nella retta comprensione del testo.⁴⁷

⁴³ Sch. 1 Χρηματισμός μὲν a B. 35.2.4 = C. 6.23.4 (Hb. III 545, lo scolio non è segnalato da Scheltema et al.): χρηματισμός μὲν τὸ κύριον ὄνομα rell. [HEIMBACH: *χρηματισμός est nomen cuiusque proprium* rell.].

⁴⁴ Sch. 1 Τυχόν τινες a B. 60.60.3 = C. 9. 25.1 (BS, IX, 3935 = Hb. V 903): ... Τυχόν τινες ἐγκλήμασιν ὑποκείμενοι χάριν τοῦ λαθεῖν ἀμείβουσι τὰ οἰκεία ὀνόματα, ἢ τοὺς χρηματισμοὺς ἢ τὰς πατρωνυμίας [HEIMBACH: *quidam forte crimini obnoxii dum latere student, mutant sua nomina, vel praenomina, vel cognomina*]; B. 35.8.1 = D. 28.2.1 (BT, V, 1579 = Hb. III 557).

⁴⁵ I due lemmi figurano come sinonimi in: sch. 1 Χρηματισμός μὲν a B. 35.2.4 = C. 6.23.4 (Hb. III 545, lo scolio non ricorre in Scheltema): χρηματισμός μὲν τὸ κύριον ὄνομα πατρωνυμία δέ, τὸ τοῦ προγόνου τοῦ ἰδίου προσηγορία δέ τὸ ἑπώνυμον [HEIMBACH: *χρηματισμός est nomen cuiusque proprium: πατρωνυμία vero nomen eius qui auctor est generis: προσηγορία denique dicitur cognomen*]. Altre attestazioni dell'uso di questi vocaboli per indicare il *cognomen* in: B. 60.41.13 = D. 48.10.13 (BT, VIII, 3017 = Hb. V 782) e sch. 1 a B. 60.41.13 = D. 48.10.13 (BS, IX, 3774 = Hb. V 782); B. 35.8.1 = D. 28.2.1 (BT, V, 1579 = Hb. III 557); B. 35.17.8.2 = D. 37.11.8.2 (Hb. III 632; il testo non figura in Scheltema).

⁴⁶ BS, VII, 2992 = Hb. IV 772.

⁴⁷ Già Scheltema sottolineava la contraddizione tra la ricostruzione di Taleleo e il κατὰ πόδας (BS, VII, 2992 nt. 12): τῷ χρηματισμῶ κύριον ὄνομα (i.e. cognomini nomen? Sed cf. sch. 2): nomini cognomen Cod.

Tuttavia, il risultato dell'intervento di Taleleo è stato poco perspicuo e ha confuso ancora di più il testo, piuttosto che chiarirlo. Forse la chiusa dello scolio ha l'aria di volere offrire agli studenti una chiave di lettura per la corretta comprensione della costituzione, dicendo che uno schiavo non ha il *cognomen*: δούλος γὰρ χρηματισμὸν οὐκ ἔχει.

Ai nostri fini conta sottolineare quanta difficoltà abbia comportato l'impiego da parte di Taleleo del κατὰ πόδας ai fini della corretta spiegazione del testo della costituzione imperiale.

(ii) Il caso che abbiamo segnalato ci pare che possa essere accomunato al seguente, sotto il profilo della correzione che l'antecessore apporta ad un κατὰ πόδας infedele:

Sch. 2a οὐκ ἐναλλάσσουσι(v) a B. 48.20.11 = C. 7.16.11 (BS, VII, 2993 = Hb. IV 773): οὐκ ἐναλλάσσουσι τὴν τοῦ δούλου κατάστασιν – Θαλελαίου. Ἡ σύνταξις οὕτως nonmutantuonoresseruistatum καὶ τότε πάλιν siadciuilesionores καὶ τὰ ἐξῆς: 'οὐκ ἐναλλάσσουσιν αἱ τιμαὶ τὴν τοῦ δούλου κατάστασιν'.⁴⁸

La παραγραφή è volta a ricostruire sintatticamente il *principium* di una costituzione di Diocleziano e Massimiano dell'anno 293 d.C., inserita dai commissari giustiniani in C. 7.16.11:⁴⁹ *Non mutant servi statum, si ad civiles honores illicite atque improbe adspiraverint* rell.

Taleleo fraintende il testo, scambiando il nominativo plurale 'servi' per un genitivo singolare, di modo che la frase di apertura della costituzione imperiale appare all'antecessore priva di soggetto.⁵⁰ Per questa ragione, Taleleo invita i suoi studenti a inserire il nominativo plurale 'honores', parola che compare anche nella frase successiva. Il testo latino che Taleleo propone ai suoi studenti è il seguente: *Non mutant honores servi statum, si ad civiles honores illicite atque improbe adspiraverint*.

Come nel caso precedente, anche qui riteniamo che l'errore di Taleleo sia stato condizionato in maniera decisiva dalla lettura del κατὰ πόδας della costituzione, che contiene proprio il fraintendimento che abbiamo segnalato, poiché la parola latina *servi* viene tradotta con il genitivo singolare τοῦ δούλου: 'οὐκ ἐναλλάσσουσι τὴν τοῦ δούλου κατάστασιν'.⁵¹

Questa soluzione, già suggerita da van der Wal,⁵² ci pare più probabile di quella proposta da Scheltema, secondo il quale Taleleo e l'anonimo autore del κατὰ πόδας avrebbero

⁴⁸ HEIMBACH: *non mutant servi statum. Thalelai. Haec est constructio: non mutant honores servi statum. Et tunc rursus: si ad civiles honores et reliqua, non mutant honores servi statum.*

⁴⁹ C. 7.16.11 *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. FAUSTINO. Non mutant servi statum, si ad civiles honores illicite atque improbe adspiraverint. unde si status moveatur quaestio, intellegere vobis licet nihil prodesse posse, quod pater vester honores civiles gessit. sollempnibus itaque ordinatis apud praesidem provinciae de statu vestro cognoscetur: [a. 293].*

⁵⁰ L'errore è segnalato da E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Von den griechischen Bearbeitungen*, cit., 27 [= *Kleine Schriften*, II, cit., 290] e N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 61, con riferimento al κατὰ πόδας; e da D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht*, A., cit., 343, con riferimento al commento di Taleleo.

⁵¹ BS, VII, 2993 = Hb. IV 773.

⁵² N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 71.

commesso lo stesso errore.⁵³ Ma Scheltema, in altro luogo,⁵⁴ aveva ammesso che lo scolio attribuito a Taleleo contiene un prestito dal κατὰ πόδας.

Del resto, il testo latino della costituzione ci pare fin troppo chiaro per essere equivocato da un maestro di diritto esperto e avvezzo al linguaggio della cancelleria imperiale come Taleleo; ci pare più probabile che l'errore possa essere stato commesso originariamente dall'anonimo estensore del κατὰ πόδας della costituzione imperiale, atteso che costui è sovente autore di errori e sviste nella traduzione.⁵⁵

Un indizio in questo senso, ci pare provenga proprio dal nostro scolio. Quest'ultimo, infatti, si apre con le stesse parole del κατὰ πόδας e si chiude con una migliore traduzione in greco che Taleleo propone ai suoi studenti: l'antecessore, infatti, integra opportunamente il testo del κατὰ πόδας mediante l'inserimento del nominativo plurale 'αἱ τιμῶν', al fine di dotare la frase iniziale del κατὰ πόδας del soggetto di cui è priva, ma finendo in tal modo per discostarsi dalla costituzione, nella cui proposizione di apertura la parola *honores* non compare.

L'antecessore, nel momento in cui ha dettato il suo commento, doveva avere davanti agli occhi sia il testo latino della costituzione sia il testo greco del κατὰ πόδας, proprio come avveniva durante il secondo corso di lezioni, quando Taleleo faceva leggere ai suoi studenti un manoscritto del *Codex* munito di κατὰ πόδας interlineare.⁵⁶

La lettura di un κατὰ πόδας poco fedele deve avere occasionato il fraintendimento da parte di Taleleo e la relativa integrazione sia del ῥητόν sia della traduzione greca del κατὰ πόδας, a scapito della chiarezza nella spiegazione.

(iii) Anche in altre occasioni l'intervento di Taleleo volto a chiarire la sintassi del testo latino contiene la traduzione in greco del segmento ricostruito, allo scopo di fornire agli studenti una versione greca della costituzione migliore di quella del κατὰ πόδας:

Sch. 2 Ἀπὸ τοῦ a B. 48.20.35 = C. 7.16.36 (BS, VII, 3003; Hb. IV 780): Θαλε-
λαίου. Ἀπὸ τοῦ †liberamconventionem† οὕτως σύνταξον auttemporisdeleginecessionisnul-
lamhabetnecessitatemdomina' πείθεσθαι τῷ νόμῳ τοῦ συμφώνου οὐδεμίαν ἔχει ἀνάγκη
ἢ δέσποινα'.

Il commento di Taleleo è relativo ad una costituzione di Diocleziano e Massimiano dell'anno 294 d.C.,⁵⁷ in cui è riferito il principio di diritto secondo il quale una *domina* non

⁵³ BS, VII, 2993 nt. 21: eundem errorem atque auctor τοῦ κατὰ πόδας commisit Thalelaeus, vocem enim 'honores' ipse ad explicandum textum addidit, non tamen, ut putabat Krueger, hoc loco in Codice legit. Cfr. ancora H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement* cit., 81 nt. 86 (= 36 nt. 86), il quale rileva solo l'errore di Taleleo senza rapportarlo al κατὰ πόδας.

⁵⁴ H. J. SCHELTEMA, *Subseciva IX. Das Kata Podas*, cit., 99 [= *Opera minora*, cit., 130].

⁵⁵ *Supra*, § 1.

⁵⁶ *Supra*, § 1.

⁵⁷ C. 7.16.36 *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. THEODORAE. Post certi temporis ministerium ancillae liberam eam esse cum ea paciscendo, conventionis obtemperandi legi domina nullam habet necessitatem* rell. [a. 294]. Il testo è stato studiato dagli autori che si sono occupati del tentativo di Diocleziano di contrastare l'illecita pratica della vendita dei figli, tema di cui si occupa la seconda parte del testo: P. VOCI, *Storia*

ha alcun obbligo di ottemperare alla clausola di un patto,⁵⁸ in virtù della quale l'*ancilla* si poteva considerare libera dopo un certo tempo di servizio. L'antecessore invita i suoi studenti a ricostruire il tratto della costituzione imperiale '*conventionis obtemperandi legi domina nullam habet necessitatem*' come segue: '*obtemperandi legi conventionis nullam habet necessitatem domina*'.⁵⁹

Forse l'intento principale di Taleleo era quello di avvicinare le parole '*legi*' e '*conventioni*' – che, invece, nella costituzione imperiale si trovano separate dalla parola '*obtemperandi*' – per sottolineare che l'accordo, circa la cui cogenza nei confronti della *domina*, la richiedente Teodora chiedeva lumi alla cancelleria, era contenuto in una *lex conventionis*.⁶⁰

Di questo tratto Taleleo fornisce ai suoi studenti anche la relativa traduzione in greco (πείθεσθαι τῷ νόμῳ τοῦ συμφώνου οὐδεμίαν ἔχει ἀνάγκην ἢ δέσποινα) che si differenzia per l'ordine dei vocaboli da quella del κατὰ πόδας, il quale curiosamente non rispetta l'ordine delle parole presenti nel testo latino ma, similmente, avvicina la *lex* alla *conventio*: τῷ νόμῳ τοῦ συμφώνου πείθεσθαι οὐδεμίαν ἀνάγκην ἔχει ἢ δέσποινα.⁶¹

Limitatamente a questo tratto, gli studenti di Taleleo, pur avendo già letto il κατὰ πόδας, non lo avrebbero seguito, ma avrebbero trascritto nel loro quaderno di appunti la diversa traduzione in greco fornita dal loro maestro e relativa ad un segmento del ῥητόν ricostruito sintatticamente a lezione. Verrebbe da chiedersi perché Taleleo si sia servito del κατὰ πόδας se poi è stato costretto a dettare nuovamente la traduzione in greco del tratto latino ricostruito. Si rifletta sul fatto che nei casi nei quali Taleleo traduce da sé costituzioni latine poco perspicue, adatta direttamente la traduzione in greco, senza sentirsi costretto a dovere ricostruire sintatticamente il ῥητόν.⁶²

(iv) *Sch.* 3 Οὕτως σύνταξον a B. 48.22.7 = C. 7.19.7 (BS, VII, 3012 = Hb. IV 787): Θαλαλαίου. Οὕτως σύνταξον: praeberiaudientiam: παρέχεσθαι τὴν περὶ τῶν ἀρπαγέντων ἀκρόασιν'.⁶³

della patria potestas da Augusto a Diocleziano, in IURA 31, 1980, 94; R. LAMBERTINI, *Due rescritti in tema di «venditiones filiorum»*, in Labeo 17, 1987, 187 nt. 7.

⁵⁸ Ci pare che la *conventio* di cui si discorre nella costituzione vada identificata con un patto, in virtù dell'inciso '*cum ea paciscendo*' che ricorre nel testo.

⁵⁹ Così Scheltema (BS, VII, 3003 nt. 6) scioglie il testo dello scolio, nel quale le parole compaiono come le abbiamo trascritte. La lezione presente in Heimbach (IV 780) diverge solo nel tratto finale: '*nullam necessitatem habet domina*'. In Heimbach, inoltre, manca la chiusa in greco dello scolio, che interessa ai nostri fini.

⁶⁰ Lo crede a ragione, sebbene dubitativamente, Scheltema (BS, VII, 3003 nt. 6). L'espressione *lex conventionis*, per indicare la clausola di un patto, ricorre nelle fonti con riferimento alla *conventio pignoris* in C. 8.13(14).3, una costituzione dell'anno 205 d.C. L'espressione *lex conventionis* è segnalata da G. ROMANO, *Conventio e consensus (A proposito di Ulp. 4 ad ed. 2.14.1.3)*, in AUPA 48.2, 2003, 266, come allusiva alla «regolamentazione d'interessi fissata dalle parti in ambito contrattuale». Gli incerti confini tra *lex (privata)* e *pactum (conventum)* sono indagati da V. GEORGESCO, *Essai d'une théorie générale des «leges privatae»*, Paris 1932, 225 ss., il quale adduce testi a sostegno dell'identificazione di *lex* e *conventio* in diritto classico.

⁶¹ BS, VII, 3002 = Hb. IV 780.

⁶² Si vd. i casi di traduzioni letterali analizzati *infra*, § 3, nonché il riscontro addotto *infra*, nt. 81.

⁶³ HEIMBACH: *audientiam. Thalelai. Sic construe, praeberi audientiam de rebus raptis.*

Ci sembra significativo anche questo commento di Taleleo, relativo ad una costituzione dell'imperatore Costantino inserita nel titolo 'De ordine cognitionum' del Codice,⁶⁴ poiché ancora una volta l'antecessore corregge il κατὰ πόδας della costituzione.

Il provvedimento dispone che se durante una *liberalis causa* viene sollevata la questione relativa al fatto che il sedicente *dominus* avrebbe sottratto qualcosa all'asserito schiavo,⁶⁵ occorre preliminarmente considerare come si instaura la lite di libertà. Se il presunto schiavo reclama la libertà, in una lite *ex servitute in libertatem*, occorre preliminarmente decidere la lite di stato e solo dopo affrontare la questione relativa agli oggetti che sarebbero stati sottratti.

Lo scolio è volto a ricostruire il tratto della costituzione '*ita praeberi directorum negotiorum, si res exegerit, audientiam*', collegando direttamente l'infinito '*praeberi*' ad '*audientiam*', parole che, nel testo della costituzione, compaiono una all'inizio e l'altra alla fine della frase introdotta da '*ita*'. Tale struttura sintattica poteva creare problemi di collegamento delle due parole agli studenti.⁶⁶

Anche in questo caso l'antecessore traduce in greco il tratto oggetto del suo intervento: 'παρέχεσθαι τὴν περὶ τῶν ἀρπαγέντων ἀκρόασιν'. Se confrontiamo questa traduzione con la versione del tratto presente nel κατὰ πόδας della costituzione, è facile rendersi conto di quanto la traduzione di Taleleo sia più snella e facile da comprendere per gli studenti. Questo è il testo del κατὰ πόδας: παρέχεσθαι τὴν τῶν ἀρπαγέντων πραγμάτων, εἰ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτήσῃ, ἀκρόασιν.⁶⁷

Infatti, rispetto al κατὰ πόδας, Taleleo elimina l'incidentale 'εἰ τὸ πρᾶγμα ἀπαιτήσῃ' (*si res exegerit*) e anche la parola 'πραγμάτων'. Relativamente a questo tratto, gli studenti di Taleleo avrebbero seguito una traduzione diversa da quella presente nel κατὰ πόδας, la cui utilizzazione nel caso di specie appare ancor più curiosa in quanto, come segnalato già da Holwerda, il κατὰ πόδας di C. 7.19.7 omette di tradurre un'intera linea del testo latino.⁶⁸

(v) *Sch.* 1c Θαλελαίου a B. 48.20.27 = C. 7.16.27 (BS, VII, 3000; Hb. IV 778): ὅστις καταστάσεως ἐκίνησε ζήτησιν – Θαλελαίου. Πρὸς τὸ ἰpsius ἀπέδωκεν· οἱ κληρονόμοι ἐκείνου ὅστις ἐπήγαγε ζήτησιν περὶ καταστάσεως.

⁶⁴ Si tratta di C. 7.19.7 pr.-1: *IMP. CONSTANTINUS A. AD BASSUM. Si quando negotium status fuerit exortum, si ab eius parte qui dicitur servus aliquid dicatur dominus abripuisse, prius considerari placet, utrum de possessione servitutis in libertatem reclamandum putet an vero ex possessione libertatis in servitutem vocatur. 1. Ac si eum de obsequiis servilibus libertatem constiterit flagitare, ante decidi status convenit causam atque ita praeberi directorum negotiorum, si res exegerit, audientiam.* [a. 317-319?].

⁶⁵ Secondo C. DUPONT, *Les textes constantiniens et le préfet de la ville*, in RHDfE 47, 1969, 622, la sottrazione, della quale il preteso schiavo accusa il sedicente *dominus*, sarebbe avvenuta a titolo furto.

⁶⁶ L'espressione '*praeberi audientiam*', nel significato di prestare ascolto alle controversie da parte degli organi giudiziari è riferita in Ae. FORCELLINI, s.v. «*audientiam*», in *Lexicon totius Latinitatis*, I, Patavii 1940, 391 ¶ 2: '*pro auditione et cognitione causarum quae fit ab habente iurisdictionem*'.

⁶⁷ BS, VII, 3012 = Hb. IV 787.

⁶⁸ D. HOLWERDA, *Le Code de Justinien* cit. 289, attribuisce l'errore ad una svista dell'anonimo redattore del κατὰ πόδας, il quale, in luogo della linea latina da tradurre, avrebbe tradotto una glossa inserita accanto al testo latino cinque righe sopra. Anche Scheltema (BS, VII, 3012, nt. 13) segnala l'omissione.

Sebbene lo scolio non rientri tra quelli con i quali Taleo invitò gli studenti a ricostruire sintatticamente il testo latino di una costituzione imperiale, esso rileva ai nostri fini perché, similmente a quelli già analizzati, fornisce una traduzione in greco diversa da quella del κατὰ πρόδοξ della costituzione, la cui lettura va presupposta.

Occorre premettere che questo commento è relativo alla parola *ipsius* di C. 7.16.27,⁶⁹ un rescritto di Diocleziano e Massimiano dell'anno 294 d.C. diretto ad un tale Aurelio Asterio. Egli era, verosimilmente, (co)erede di un certo Arriano e la costituzione esordisce stabilendo che, se nei confronti di Arriano era stata mossa, da parte di Leonide, una questione di stato in esito alla quale Arriano era stato giudicato libero, una seconda lite di stato doveva considerarsi incardinata *non recte*.⁷⁰

La costituzione, inoltre, nega ogni capacità di nuocere ad Asterio alla confessione del coerede, il quale, per collusione con lo stesso Arriano o con gli eredi di quel Leonide che aveva sollevato la questione di stato, aveva dichiarato che il patrimonio di Arriano era un peculio, perché costui era uno schiavo e non un libero.⁷¹

⁶⁹ C. 7.16.27 pr.-1 *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. AURELIO ASTERIO. Arrianus si mota quaestione a Leonide liber fuit pronuntiatius, in servitutem a victo iterum non recte petitus est. 1. Coheres etiam tibi ab Arriano datus, colludens cum eo sive heredibus ipsius, qui status moverat quaestionem, nihil tibi obfuit, nec quae in confessionem inter eos venerunt, statum veritatis vel nomen substantiae defuncti mutare potuerunt. Dat. III k. April. Sirmii, Caess. cons. [a. 294].*

⁷⁰ La soluzione adottata dalla costituzione rispetta il principio vigente nelle cause liberali, secondo il quale, *favore libertatis*, poteva essere ripetuta la lite di libertà che si fosse conclusa con una sentenza *pro servitute*.

Con riferimento alle *legis actiones*, Cic., *de domo sua* 29.78 afferma la possibilità di ripetere la lite di libertà se i *decemviri stlitibus iudicandis* avessero giudicato *iniustum* il *sacramentum in libertatem* dell'*adsertor*: si trattava di un'eccezione alla regola generale dell'illimitata efficacia pregiudiziale della sentenza nelle *legis actiones* [vd. per tutti: M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale della sentenza nel processo civile romano*, Palermo 1955, 101 ss.]. Resta aperta la questione se ad essere ripetibili fossero tutti i processi di libertà conclusi con una sentenza *pro servitute* ovvero solo quelli originariamente impostati nei termini di una *vindicatio in servitutem*. Nel primo dei sensi indicati vd.: G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, Napoli 1961, 268 ss.; in senso restrittivo si era espresso M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 101 ss., il quale ha in seguito manifestato adesione alla ricostruzione di Franciosi in M. MARRONE, Rec. a G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà in diritto romano*, in *IURA* 13, 1962, 252 ss. [= *Scritti giuridici*, cur. G. FALCONE, II, Palermo 2003, 943]. Tuttavia, da ultimo, M. MARRONE, *Agere lege, formulae e preclusione processuale*, in *Praesidia libertatis. Garantismo e sistemi processuali nell'esperienza di Roma repubblicana* (Atti del Convegno di diritto romano – Copanello 1992), Napoli 1994, 61 s. [= AUPA 42, 1992, 254 s.] [= *Scritti giuridici*, cur. G. FALCONE, I, Palermo 2003, 507 s.] è ritornato alla sua originaria convinzione, riesaminando D. 40.12.25.1 (Gai. *ad ed. praet. urb. tit. de liberali causa*).

Con riferimento al processo formulare, è attestato il principio secondo il quale una sentenza *pro libertate*, come quella intervenuta nel nostro caso, doveva considerarsi irrettrabile *inter partes*, in virtù del principio della preclusione processuale: cfr. D. 4.3.24 (Ulp. 11 *ad ed.*): ... *semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet*. In questo senso, vd. anche una costituzione di Alessandro Severo tramandata senza la data: C. 7.16.4: *Si is quem in servitutem petebas, liber quamvis absente te causa cognita pronuntiatius est, secunda in servitutem petitio eius dari tibi non debet*. In deroga al principio '*bis de eadem re ne sit actio*', era ammessa, invece, la possibilità di ripetere da parte di altri *adsertores*, la lite di libertà conclusa da una sentenza *pro servitute*. Su questi aspetti e sulle fonti in argomento vd. per tutti: M. MARRONE, *L'efficacia pregiudiziale*, cit., 326 ss.; G. FRANCIOSI, *Il processo di libertà*, cit., 277 ss.

Da ultima si è occupata di questi temi, ma senza apporti originali, M. INDRA, *Status quaestio. Studien zum Freiheitsprozess im klassischen römischen Recht*, Berlin 2011, 206.

⁷¹ In quest'ottica si spiega anche la chiusa della costituzione, la quale stabilisce che una confessione,

Taleleo commenta la parola ‘*ipsius*’ contenuta nella frase della costituzione ‘*heredibus ipsius (scil. Leonide) qui status moverat quaestionem*’, frase tradotta letteralmente dal *κατὰ πόδας*: ‘*τῶν κληρονόμων αὐτοῦ, ὅστις καταστάσεως ἐκίνησε ζήτησιν*’.⁷² Il commento di Taleleo si lascia apprezzare perché traduce diversamente:⁷³ ‘*οἱ κληρονόμοι ἐκείνου ὅστις ἐπήγαγε ζήτησιν περὶ καταστάσεως*’.

L’antecessore indica gli eredi al nominativo plurale (*οἱ κληρονόμοι*), sostituisce ‘*αὐτοῦ*’ con ‘*ἐκείνου*’, premette ‘*περὶ*’ a ‘*καταστάσεως*’ e, infine, sostituisce al generico *κινέω* impiegato dall’anonimo autore del *κατὰ πόδας*, il verbo *ἐπάγω*, più appropriato per descrivere in termini tecnico-giuridici l’atto di intentare un processo.

Anche questo è un caso che si aggiunge agli altri indicati in precedenza, nei quali Taleleo preferisce integrare la traduzione del *κατὰ πόδας* sostituendola, in parte, con la propria. Ciò si evince a tacer d’altro proprio dal testo dello scolio che si apre con la traduzione fornita del *κατὰ πόδας* e si chiude con la versione di Taleleo, che l’avrebbe sostituita nel quaderno di appunti degli studenti, con ciò determinando una perdita di tempo, che si sarebbe potuta evitare se solo Taleleo avesse tradotto da sé il testo latino della costituzione.

(vi) *Sch.* 2 Θαλαλαίου a B. 48.20.28 = C. 7.16.28 (BS, VII, 3000; Hb. IV 778): Θαλαλαίου. Πρὸς τὸ *condicio ἀπέδωκεν* οὐ μόνη ἡ κατάστασις τοῦ πάππου τοῦ πρὸς μητρὸς ἀρκεῖ.

Quest’ultima fattispecie può essere accostata alla precedente: Taleleo, infatti, in occasione del commento al testo di C. 7.16.28⁷⁴ fornisce una traduzione in greco migliore di quella presente nel *κατὰ πόδας*: l’antecessore, in particolare, evita un caso di ellissi del soggetto.

Giova premettere il contenuto del rescritto. La costituzione, in primo luogo, espone la regola generale valevole nelle cause liberali, secondo la quale il nipote non può allegare la magistratura gestita dall’avo paterno per provare la propria libertà, poiché nelle cause di stato si ha riguardo alla condizione della madre, non a quella del padre.⁷⁵ In secondo luogo, il rescritto stabilisce che, comunque, non basta invocare neppure la condizione di libero dell’avo

frutto di collusione, non poteva mutare né lo *status veritatis*, cioè che Arriano era libero secondo quanto stabilito da un giudicato, né il *nomen substantiae defuncti*, cioè che la natura giuridica del patrimonio di Arriano era un’eredità e non un peculio, perché costui era appunto libero e non schiavo. Per la ricostruzione del *casus* che aveva originato il rescritto e per gli altri luoghi della costituzione che possono dare luogo a dubbi, abbiamo seguito la Glossa.

⁷² BS, VII, 3000 = Hb. IV 778.

⁷³ La divergenza tra le due traduzioni è segnalata da A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 159 sub n. 14), per escludere che Taleleo sia autore del *κατὰ πόδας* o possa averlo copiato.

⁷⁴ C. 7.16.28 *IMPP. DIOCLETIANUS ET MAXIMIANUS AA. ET CC. EURYMEDONTI. Avi paterni magistratu functi dignitas ad libertatis probationem nihil nepoti prodest, si quidem in liberali causa matris, non patris inspiciatur c o n d i c i o . sed nec materni avi sola sufficit, cum, licet avia quoque libera probari possit, multis tamen ex causis status mutari consueverit. Sirmi, IV id. April. AA. cons. [a. 294].*

⁷⁵ Proprio da questo punto di vista, il testo è richiamato da M. NICOLAU, *Causa liberalis. Etude historique et comparative du procès de liberté dans les législations anciennes*, Paris 1933, 226 nt. 374, ossia per ricordare che una delle prove più frequentemente invocate nelle liti di libertà era che il presunto schiavo, o i suoi genitori o avi, avessero gestito una carica pubblica.

materno (magari mediante la prova che l'avo ha ricoperto una magistratura), poiché tale stato – se anche si possa provare – è solito mutare in virtù di molte cause.

Ora, Taleleo invita i suoi studenti a ripetere la parola *condicio*, che compare nella proposizione '*non patris inspiciatur condicio*', anche nella frase successiva nella quale il soggetto è sottinteso: '*sed nec materni avi sola sufficit*'. Si tratta di una ipotesi di ellissi del soggetto che avrebbe potuto creare difficoltà agli studenti. A questo punto, l'antecessore fornisce ai suoi studenti anche la corretta traduzione in greco di questo tratto, che il *κατὰ πόδας* aveva tradotto letteralmente, ossia rispettando l'ellissi del soggetto e lasciando, pertanto, sottinteso il riferimento alla condizione (dell'avo materno): 'αλλ' ουδὲ ἡ τοῦ πρὸς μητρὸς πάππου μόνον ἄρκει'.⁷⁶

Taleleo inserisce, invece, il riferimento espresso alla condizione (ἡ κατάστασις) dell'avo materno, esplicitando il soggetto della frase: 'οὐ μόνη ἡ κατάστασις τοῦ πάππου τοῦ πρὸς μητρὸς ἄρκει'. Ancora una volta, gli studenti avrebbero integrato il *κατὰ πόδας* con la traduzione fornita dal loro maestro.

2.2. Gli scolii appena studiati ci consentono di giungere ad alcune conclusioni.

(1) Nei casi analizzati *sub (iii)-(vi)*, abbiamo messo in luce come Taleleo abbia fornito ai suoi studenti la traduzione in greco delle costituzioni del Codice, non accontentandosi di quella contenuta nel *κατὰ πόδας*. Tale circostanza ci pare possa confermare, da altra prospettiva, il risultato al quale è pervenuto per primo Berger:⁷⁷ ossia che le traduzioni letterali denominate *κατὰ πόδας* non sono attribuibili a Taleleo, in questo caso egli le avrebbe scritte direttamente nel modo suggerito ai suoi studenti;

(2) Tutti gli scolii studiati crediamo possano essere proficuamente utilizzati al fine di fornire una prova in favore della preesistenza del *κατὰ πόδας* delle costituzioni imperiali rispetto all'opera di commento di Taleleo:⁷⁸ verosimilmente queste traduzioni anonime delle

⁷⁶ BS, VII, 3000 = Hb. IV 778.

⁷⁷ Per primo A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 123 ss., ha sostenuto la tesi, ormai da considerare largamente maggioritaria, secondo la quale Taleleo non sarebbe stato l'autore del *κατὰ πόδας*, la cui paternità andrebbe attribuita ad una mano anonima. Lo studioso (137 s.) ricorre, fra gli altri argomenti, anche agli scolii con i quali Taleleo riorganizza i testi latini delle costituzioni da un punto di vista sintattico. Questi testi, conclude lo studioso, dimostrano che Taleleo non poteva essere l'autore del *κατὰ πόδας* perché, altrimenti, egli si sarebbe riferito direttamente al testo greco, considerato più importante per i suoi studenti. Come dicevamo, l'idea di Berger è stata subito accolta con favore in dottrina (ad es. da N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 52 e da F. WIEACKER, Rec. a N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 488 s.). Ma non mancano posizioni più caute, vd. ad esempio J. H. A. LOKIN - TH. E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 132: «Sul fatto che Taleleo abbia confezionato personalmente il *κατὰ πόδας* del *Codex* è lecito nutrire qualche dubbio».

⁷⁸ Tali testi permettono di confutare l'idea di A. BERGER, *Thalelaeus* cit. 227 ss., secondo il quale il *κατὰ πόδας* sarebbe comparso dopo la redazione del commento di Taleleo alle costituzioni del secondo Codice. Circa l'eventualità e le relative modalità con le quali Taleleo si sarebbe servito del *κατὰ πόδας* nella sua opera di commento alle costituzioni del Codice, si è sviluppato un dibattito tra quest'ultimo studioso e N. VAN DER WAL, *La relation*, cit., 546 ss., favorevole invece alla preesistenza del *κατὰ πόδας* rispetto al commentario di Taleleo. In senso adesivo alla preesistenza si è espresso anche F. WIEACKER, Rec. a N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 490 s. Invece F. PRINGSHEIM, Rec. a N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 198 s. e P. E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, cit., 423 e nt. 169, hanno professato l'*ars*

costituzioni contenute nel secondo Codice cominciarono a circolare negli ambienti accademici subito dopo la pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis*, forse perché in origine coniate sul *Novus Codex* o sui codici pregiustiniani: esse vennero semplicemente adattate all'atto della pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis*.⁷⁹ Infatti, i testi sub (i) e (ii) presuppongono la lettura di un *κατὰ πόδας* poco affidabile che ha occasionato l'intervento di Taleleo. Anche i testi sub (iii)-(vi) si possono addurre in questo senso, poiché, sia nell'edizione di Scheltema sia in quella di Heimbach, essi si presentano nei Basilici a commento del *κατὰ πόδας* per integrarlo al fine di fornire agli studenti traduzioni in greco migliori di quelle in esso contenute;

(3) I nostri scolii permettono di rinsaldare, ove ce ne fosse bisogno, la tesi, da tempo accolta in letteratura, secondo la quale il commento di Taleleo proviene dal secondo corso di lezioni sul Codice: essi hanno una destinazione puramente didattica,⁸⁰

(4) Ancora, interessa sottolineare che se Taleleo fornisce nel secondo corso traduzioni in greco migliori di quelle contenute nel *κατὰ πόδας*, ciò vuol dire che durante il primo corso di lezione i testi non erano stati tradotti letteralmente dall'antecessore ma solo riassuntati. In caso contrario, l'antecessore avrebbe certamente dettato da subito ai suoi studenti la traduzione che egli riteneva esatta e non avrebbe poi avuto alcuna necessità, né di ritornare a chiarire il testo latino da un punto di vista sintattico, né di integrare la relativa traduzione del *κατὰ πόδας*. Ciò è dimostrato dalle traduzioni letterali di Taleleo (*infra*, § 3) che provvedono a superare le asperità del testo latino mediante una traduzione appositamente calibrata a tal fine. Non può essere un caso che in corrispondenza delle traduzioni letterali di Taleleo non ci siano pervenuti scolii contenenti la sistemazione sintattica dei testi e la traduzione in greco del segmento ricostruito approntata dall'antecessore. Del resto, in un caso,⁸¹ Taleleo, di fronte ad un testo costruito male da un punto di vista sintattico (τὸ δὲ ῥητὸν κακοσύνθετον), provvede a fornire una propria traduzione in greco finalizzata proprio a superare le difficoltà della sintassi del testo latino;

(5) Infine, non sarà sfuggito che tutti gli scolii analizzati, tranne uno,⁸² provengono da B. 48.20, uno dei due titoli dei Basilici dedicato alle cause liberali⁸³ e confezionato dai compilatori dei Basilici con i testi provenienti dai commenti di Taleleo alle costituzioni imperiali del *Codex*

nesciendi. L'unico dato sul quale sembra regnare un certo accordo in dottrina è che il *κατὰ πόδας* delle costituzioni venne solo in un secondo momento incorporato nel commento di Taleleo, sul punto vd.: N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 80 ss., seguito da P. E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, cit., 424 e nt. 172; F. PRINGSHEIM, Rec. a N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 197 ss. Sul punto cfr. ancora H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 40 s. (= 86 s.); ID., *Über die Scholienapparate der Basiliken*, cit., 143 s. [= *Opera minora*, cit., 362 s.].

⁷⁹ Si vd. *supra*, nt. 29. Regna incertezza intorno al luogo, se Berito o Costantinopoli, nel quale Taleleo tenne i suoi corsi sul *Codex*. Per la valutazione critica delle varie ipotesi, rinviamo, per tutti a L. LABORDE, *Les écoles de droit dans l'empire d'orient*, Bordeaux 1912, 120 s.

⁸⁰ Rinviamo, fra gli altri, a: N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 65; P. E. PIELER, *Byzantinische Rechtsliteratur*, cit., 404 ss., con indicazione della precedente letteratura, cui *adde*: J. H. A. LOKIN - TH. E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 131.

⁸¹ Si tratta di *Sch.* 1 Ἀνάγνωθι a B. 11.1.87 = C. 2.3.26 (BS, I, 334; Hb. I 662).

⁸² Si tratta dello scolio *sub* (iv) proveniente da B. 48.22 = C. 7.19.

⁸³ L'altro, B. 48.8, è costituito da indici e commenti relativi ai frammenti contenuti in D. 40.12.

repetitae praelectionis.⁸⁴ Per spiegare questa evenienza non può bastare invocare la scrupolosità del commissario che ha redatto questo titolo dei Basilici nel riportare i rilievi di Taleleo al testo latino delle costituzioni.⁸⁵ Occorre spiegare altrimenti come mai Taleleo solo in questo punto della sua trattazione abbia sottolineato le difficoltà sintattiche del testo latino e abbia corretto le traduzioni del *κατὰ πόδας* utilizzato durante il secondo corso di lezione.

3. Accostiamoci a questo punto alle traduzioni letterali di rescritti attribuibili a Taleleo sulla base di stilemi ed espressioni caratteristiche del suo linguaggio: ci renderemo conto di quanto esse siano, a differenza del *κατὰ πόδας*, attente a fornire agli studenti traduzioni esatte e volte a superare le asperità lessicali, logico-giuridiche e grammaticali dei testi tradotti.

Già Berger sottolineava che sono frequenti le traduzioni letterali di Taleleo, in particolare di testi brevi o di costituzioni contenenti principi di diritto non spiegabili, spesso, altrimenti che per mezzo della traduzione letterale del testo. In casi del genere, Taleleo è solito introdurre le proprie traduzioni letterali attraverso espressioni del tipo: ἡ διάταξις φησὶν (λέγει, νομοθετεῖ, κελεύει, ἀντιγράφει) οὕτως; ovvero: ὁ βασιλεὺς ἀντιγράφει (ἀντέγραψε) οὕτως.⁸⁶

Orbene, in non pochi casi, tali traduzioni letterali si lasciano apprezzare proprio per la particolare attenzione alla struttura sintattica e grammaticale dei testi tradotti, a differenza di quanto avviene per il *κατὰ πόδας*. Pur nel rispetto del dettato letterale, infatti, Taleleo traduce le costituzioni del Codice tenendo conto delle insidie che i testi potevano presentare agli studenti: si tratta della stessa cura che Taleleo ha dimostrato di prestare negli scoli analizzati nel § 2.

Spesso, infatti, non bastava tradurre un testo in greco per renderlo comprensibile agli studenti grecofoni che frequentavano il quinto anno di corso sul Codice. Ciò a causa delle diverse costruzioni grammaticali delle due lingue e anche del latino, sovente pomposo e ricercato, della cancelleria imperiale, reso difficile sia dalla massimazione sia dalle interpolazioni dei testi delle costituzioni imperiali inserite nel *Codex repetitae praelectionis*. Del resto,

⁸⁴ Sul punto seguiamo la dottrina maggioritaria, secondo la quale per confezionare il testo dei Basilici, nella parte relativa alle costituzioni imperiali, venne utilizzato il commento di Taleleo, salvo che per il libro ottavo del Codice, in relazione al quale venne impiegato l'Indice di Anatolio: N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 87; J. H. A. LOKIN, *Anatolius antecessor*, in *Analecta groningenana ad ius graeco-romanum pertinentia*, Groningae 2010, 81. L'idea è stata ribadita di recente da J. H. A. LOKIN - TH. E. VAN BOCHOVE, *Compilazione*, cit., 138 s. Diversamente E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Von den griechischen Bearbeitungen*, cit., 18 [= *Kleine Schriften*, II, cit., 281], aveva sostenuto che per le costituzioni del libro ottavo del Codice sarebbe stato accolto nei Basilici l'Indice di Isidoro. Un prova testuale in favore della provenienza del testo dei Basilici relativo alle costituzioni imperiali dal commento di Taleleo, ci pare sia rappresentata dallo scolio Τὴν ἐξ βενδῖτο φησὶν (Hb. I 654; BS, I, 325) su cui vd. *infra*, nt. 98.

⁸⁵ A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 137.

⁸⁶ Cfr. per tutti: A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 133, il quale ricorda che in questi stilemi non si riscontrano riferimenti al *κατὰ πόδας* proprio per evitare possibili confusioni. Lo studioso segnala inoltre (133) che stilemi simili caratterizzano anche i riferimenti alle costituzioni imperiali di Stefano, Isidoro e Teodoro; N. VAN DER WAL, *La relation*, cit., 550; B. H. STOLTE, *Legal Practice in Justinian's Time: the Scholia on the Basilica*. In *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité. Atti della 51ª Sessione della SIHDA. Crotone-Messina, 16-20 settembre 1997*, cur. I. PIRO, Soveria Mannelli 1999, 531 nt. 5. La parola greca ἀντιγραφὴ è usata in modo tecnico nelle fonti giuridiche per indicare i rescritti, così: H. J. MASON, *Greek Terms for Roman Institutions*, Toronto 1974, 126.

questo approccio didattico non era esclusivo di Taleleo ed è stato segnalato con specifico riferimento alla versione greca di Doroteo dei passi del Digesto.⁸⁷

Tanto più, allora, si alimenta il dubbio circa la decisione di Taleleo di non tradurre più i testi delle costituzioni e di avvalersi della traduzione letterale del κατὰ πόδας, ma con l'inconveniente di doverne correggere le imprecisioni: poteva bastare a giustificare questa scelta solo il vantaggio di dettare nel primo corso il sunto del testo? Si pensi alla perdita di tempo che nel secondo corso si sarebbe verificata allorché Taleleo si trovava a dovere tornare sulla traduzione greca del κατὰ πόδας per correggerla o adeguarla.

Qualche esempio farà meglio apprezzare il profilo che intendiamo mettere in luce.

(i) Cominciamo con un caso nel quale possiamo confrontare la traduzione letterale di Taleleo con il κατὰ πόδας della costituzione. Riportiamo nella colonna di sinistra la lezione della costituzione accolta da P. Krüger nell'*editio maior* del Codice, in quella di centro il κατὰ πόδας e nella colonna di destra la traduzione di Taleleo: abbiamo sottolineato i tratti nei quali l'antecessore ha adattato la traduzione:

[P. Krüger] C. 2.3.11 *IMP. ALEXANDER A. CAPITONI. Ex conventione quidem, qua pactam novercam tuam cum patre tuo dicis, cum fundum in dotem daret, ut <et tributa ipsa agnosceret>*⁸⁸ *et creditoribus quibus fuerant praedia obligata usuras solveret, actio tibi adversus eam competere non potest, et si pactum in stipulationem deductum probetur. sed*

[κατὰ πόδας] *Sch.* 1 a B. 11.1.72 (BS, I, 320 = Hb. I 652): Τὸ κατὰ πόδας οὕτως ἔχει· ἀπὸ τοῦ συμφώνου μὲν, δι' οὗ συμφεωνηκέναι τὴν μητριάν σου μετὰ τοῦ σοῦ πατρὸς λέγεις, ὅτε ἀγρὸν εἰς προῖκα ἐδίδου, ἵνα καὶ τὰ δημόσια τελέσματα αὐτῆ ἐπιγνώῃ, καὶ τοῖς δανεισταῖς,

[Taleleo] B. 11.1.72 (BT, II, 645 = Hb. I 651): ... καὶ ἀντέγραψεν ὁ βασιλεὺς οὕτως· ἀπὸ μὲν τοῦ συμφώνου τοῦ γενομένου παρὰ τῆς μητριᾶς σου πρὸς τὸν σὸν πατέρα, ὅτε τὸν ἀγρὸν εἰς προῖκα αὐτῷ ἐπέδιδου, ὥστε καὶ τὰ τελέσματα αὐτὴν ἐπιγινώσκειν καὶ τοῖς δανεισταῖς, οἷς ὑπέκειτο

⁸⁷ Da parte di F. BRANDSMA, *Some Basilica Scholia on Digest texts that were not interpolated*, in *Règle et pratique du droit*, cit., 261 ss. Quelle di Doroteo, più che traduzioni letterali, sono configurabili nei termini versioni o 'traduzioni non pedissequae', sul punto vd.: F. BRANDSMA, *Dorotheus*, cit., 12, il quale mette in luce che le traduzioni di Doroteo erano volte alla pratica del diritto; 46 ss., in cui si segnalano le deviazioni delle traduzioni di Doroteo rispetto ai testi tradotti e, infine, 124 ss., pagine nelle quali si evidenzia come sovente le traduzioni letterali di Doroteo non erano affatto letterali, ma caratterizzate da aggiunte di natura esplicatoria; F. GORJA, Rec. a F. BRANDSMA, *Dorotheus and his Digest Translation*, in *Byzantinische Zeitschrift* 91, 1998, 507-510; M. MIGLIETTA, «Il terzo capo della legge Aquilia è, ora, il secondo», cit., 413 nt. 24.

⁸⁸ Invero, il tratto non compare nei manoscritti del Codice ed è stato inserito da P. Krüger sulla base, sia di C. 4.47.1, una *lex gemina* nella quale è presente il nostro inciso, sia del commento di Taleleo, cfr.: E. ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Von den griechischen Bearbeitungen*, cit., 31 [= *Kleine Schriften*, II, cit., 294]. Infatti, tanto il testo dei Basilici, quanto alcuni commenti di Taleleo fanno riferimento ad una lezione della costituzione imperiale nella quale ricorrevano le parole 'et tributa ipsa agnosceret'. Sul punto, vd.: D. SIMON, *Aus dem Codexunterricht des Thalelaios. D. Divergenzen zwischen Thalelaios-Kommentar und Codexüberlieferung*, in *RIDA* 17, 1970, 291 ss.

si fundus aestimatus ita, ut pars instrumenti significat, in dotem datus est, ex vendito actio, ut placitis stetur, competit. PP. non. Dec. ipso A. III et Dione II cons. [a. 229].

οἷςτισιν ἦσαν τὰ κτήματα ὑποκείμενα, τοὺς τόκους καταβάλη, ἀγωγή σοι κατ'αὐτῆς ἄρμόζειν οὐ δύναται, εἰ καὶ τὸ σύμφωνον εἰς ἐπερώτησιν κατενεχθὲν ἀποδεῖκνυται. Εἰ δὲ ὁ ἀγρὸς διατιμηθεὶς οὕτως, ὡς τὸ μέρος τοῦ δικαιώματος σημαίνει, εἰς προῖκα δέδοται, ἢ ἐξ βένδιτο ἀγωγῆ, ἵνα τοῖς ἀρέσασιν ἐμμεῖωσιν, ἄρμόζει.⁸⁹

τοῦτο τὸ χωρίον, τοὺς τόκους καταβαλεῖν, ἀγωγή κατὰ τῆς γυναικὸς ἄρμόζειν οὐ δύναται, κἄν τὸ σύμφωνον εἰς ἐπερώτησιν ἐνεχθὲν ἀποδεῖκνυται. Εἰ μέντοι διατετιμημένος ὁ ἀγρὸς οὗτος ἐδόθη ἐν προικί, ὡς δηλοῖ καὶ τὸ μέρος τοῦ συμβολαίου τῆς προικὸς, ἢ ὑπὲρ τῶν ἀγοραστῶν ἀγωγή ἐπὶ τῷ φυλαχθῆναι τὰ σύμφωνα ἄρμόζει.⁹⁰

Conviene risalire alla fattispecie affrontata dal rescritto.⁹¹ Un figliastro chiede alla cancelleria imperiale se ha azione contro la matrigna, la quale aveva dato in dote al marito un fondo, pattuendo di pagare gli interessi sui crediti garantiti da pegno sul fondo e le imposte relative al fondo medesimo.⁹² La richiesta doveva essere stata occasionata dall'inadempimento di questi obblighi, una volta morto il marito e pervenuto il fondo in eredità al richiedente.

La risposta della cancelleria tradisce una imprecisa descrizione dei fatti nel libello di domanda. Si distinguono due ipotesi. Se il fondo dotale non è stato stimato, la *noverca* non potrà essere convenuta dal figliastro, anche se si provi che il patto è stato dedotto in una *stipulatio*.⁹³ Invece, se il fondo è stato stimato (*venditionis causa*) si sarebbe applicato il regime

⁸⁹ HEIMBACH: τὸ κατὰ πόδας *haec habet: Ex conventionem quidem, qua pactam novercam tuam cum patre tuo dicis, cum fundum in dotem daret, ut ipsa et tributa publica solveret, et creditoribus, quibus praedia fuerant obligata, usuras solveret, actio tibi adversus eam competere non potest, etsi pactum in stipulationem deductum probetur. Sed si fundus aestimatus ita, ut pars instrumenti significat, in dotem datus est, ex vendito actio, ut placitis stetur, competit.*

⁹⁰ HEIMBACH: *et Imperator ita rescripsit. Ex conventionem quidem a noverca tua cum patre tuo, quum fundum ei in dotem daret, inita, ut ipsa et tributa agnosceret, et creditoribus, quibus fuerat hoc praedium obligatum, usuras solveret, actio adversus mulierem competere non potest, etsi pactum in stipulationem deductum probetur. Sed si aestimatus is fundus in dotem datus est, ut et pars instrumenti dotalis significat, ex empto actio, ut placitis stetur, competit.*

⁹¹ Per una ricostruzione dettagliata della fattispecie vd.: M. SARGENTI, *La compravendita nel tardo diritto romano. Indirizzi normativi e realtà sociale (Contributo all'interpretazione di Vat. fr. 35)*, in *Studi Biscardi*, II, Milano 1982, 348 nt. 16; G. KLINGENBERG, *Das pactum de tributis agnoscendis*, in *TR* 54, 1986, 262 s. e nt. 52; P. VOCI, *Tradizione, donazione, vendita da Costantino a Giustiniano*, in *IURA* 38, 1987, 136 nt. 8.

⁹² Il profilo relativo alla possibilità di pattuire il pagamento di *vectigalia* e *tributa* mediante convenzioni private in diritto classico è approfondito da: M. F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione di patrimonio in diritto romano. II. Munera patrimonii (epoca repubblicana)*, Firenze 1950, 98 s.; S. GIGLIO, *Patrocinio e diritto privato nel tardo impero romano*, Perugia 1995, 75 nt. 135.

⁹³ Da sempre si è cercato di capire il perché, in questa ipotesi, non era data azione al figliastro. A parere della Glossa (nt. m, a. h. l.) il patto tra la matrigna e il padre non è azionabile dal figliastro *'quia matrimonium non transit*

della compravendita e si sarebbero potuti attivare i patti: pertanto, trasmettendosi all'erede il diritto di pretendere l'adempimento degli obblighi nei confronti dei creditori e del fisco, il figliastro avrebbe potuto convenire la matrigna con l'azione contrattuale, che la costituzione identifica con l'*actio venditi*.⁹⁴

La traduzione letterale di Taleleo si discosta dal testo della costituzione e dal *κατὰ πόδας* che la traduce letteralmente in greco – oltre che per precise scelte stilistiche che allontanano la traduzione di Taleleo da quella approntata dall'anonimo autore del *κατὰ πόδας* – per rendere più comprensibili i seguenti tratti:⁹⁵

(1) in ordine al segmento '*fundum in dotem dare*', tradotto dal *κατὰ πόδας* 'ἀγρὸν εἰς προῖκα ἐδίδου', Taleleo aggiunge il pronome 'αὐτῷ', per far capire che il fondo era stato oggetto di una *datio dotis* a favore del padre del richiedente, di cui si era discusso nella frase precedente: 'ἀγρὸν εἰς προῖκα αὐτῷ ἐπέδιδου';

(2) rispetto al tratto '*et tributa ipsa agnosceret*', sottolineiamo semplicemente che Taleleo traduce tali parole che non compaiono nei manoscritti del Codice. Ora, non è questa la sede per indagare tale profilo:⁹⁶ a noi interessa solo evidenziare che, in questo modo, Taleleo uniforma C. 2.3.11 (= B. 11.1.72) a C. 4.47.1 (= B. 19.1.4), una *lex gemina* nella quale le dette parole compaiono e che sarebbe stata studiata più avanti nello stesso quinto anno di corso;

(3) in relazione alle parole '*actio tibi adversus eam competere*', tradotte letteralmente dal *κατὰ πόδας*: 'ἀγωγή σοι κατ' αὐτῆς ἀρμόζειν', Taleleo sostituisce al pronome il riferimento espresso alla donna, cioè la matrigna del richiedente: 'ἀγωγή κατὰ τῆς γυναικὸς ἀρμόζειν';

(4) infine, la modifica più importante: la sostituzione dell'*actio venditi*, che compare nella chiusa della costituzione (*ex vendito actio*) e nel *κατὰ πόδας* (ἢ ἐξ βένδιτο ἀγωγή), con il corretto riferimento all'*actio empti*: ἢ ὑπὲρ τῶν ἀγοραστῶν ἀγωγή. Taleleo è stato il primo giurista⁹⁷ a rendersi conto che il testo doveva riferirsi all'*actio empti* per avere un

ad heredem; i giuristi bizantini, invece, consideravano un patto del genere *contra legem*. Secondo P. VOCI, *Tradizione*, cit., 136 nt. 8, l'azione non spettava al figliastro perché, se l'impegno era stato assunto per patto, quest'ultimo doveva ritenersi legato alla sola persona del marito, in quanto l'utile atteneva al contenuto della dote. Invece, se c'era stata una *stipulatio*, allora l'obbligazione del promittente nei confronti dello stipulante doveva intendersi come obbligazione di *facere*, perché *dare* a un terzo è inteso come *facere* in favore dello stipulante e, pertanto, il rapporto non poteva considerarsi trasmissibile all'erede.

⁹⁴ Nel caso di stima della dote, si sarebbe applicato il regime della compravendita e nulla si sarebbe opposto alla trasmissibilità del patto: *aestimatio enim facit emptionem*, dice la Glossa (nt. m., a. h. l.). La soluzione è adottata anche dagli studiosi moderni: vd., per tutti, P. VOCI, *Tradizione*, cit., 136 nt. 8 e sulla *aestimatio dotis* la letteratura citata in M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 34 s. nt. 60.

⁹⁵ Un confronto tra le due traduzioni greche è presente in N. VAN DER WAL, *La relation*, cit., 548 s., ma in un'ottica diversa dalla nostra. Non vengono segnalati, infatti, i miglioramenti che Taleleo apporta alla traduzione del *κατὰ πόδας*, ma somiglianze stilistiche che, di per sé sole, non possono bastare a nostro avviso a fondare l'idea che Taleleo abbia copiato il *κατὰ πόδας*: vd., infatti, i rilievi critici di A. BERGER, *Thalelaeus*, cit., 231.

⁹⁶ Non si può escludere che Taleleo abbia commentato un testo precedente a quello in seguito accolto nel *Codex repetitae praelectionis*, e forse gli autori del taglio potrebbero essere stati proprio i commissari che si occuparono della confezione del secondo Codice di Giustiniano: in questo senso vd. D. SIMON, *Aus dem Codexunterricht des Thalelaeos*. D., cit., 291 ss. Resta da registrare il dato che anche l'autore del *κατὰ πόδας* traduce l'inciso in questione.

⁹⁷ In effetti, a partire dalla Glossa, tutti gli studiosi che si sono occupati del passo hanno creduto

senso dal punto di vista logico-giuridico: il fondo dotale stimato doveva considerarsi, infatti, acquistato e non venduto dal padre del richiedente.

In questo caso, inoltre, è assai probabile che l'antecessore abbia preferito non apportare modifiche, nella traduzione fornita agli studenti, alla lezione della costituzione precedente all'inserimento nel Codice. Infatti, in uno scolio si ammette che Taleleo avrebbe avuto davanti agli occhi il testo antico della costituzione.⁹⁸ È lecito credere che il testo originario menzionasse l'*actio empti*: si fornisce, così, una base testuale alla congettura di tutti quegli studiosi che hanno avvertito l'esigenza della modifica.

Ciò che più conta sottolineare ai nostri fini è che si tratta di un chiaro esempio dell'estrema cura posta dall'antecessore nella traduzione dei testi.

(ii) In un caso Taleleo interviene aggiungendo un inciso alla sua traduzione letterale di al fine di chiarire un punto dalla costituzione che avrebbe potuto ingenerare fraintendimenti:

[P. Krüger] C. 2.7.1 *IMP. ANTONINUS A. DOLONI. Si patronum causae praevaricatum putas et impleveris accusationem, non deerit adversus eum pro temeritate commissi sententia atque ita de principali causa denuo quaeretur. quod si non docueris praevaricatum* rell. [a. 213]⁹⁹

[Taleleo] *Sch. 4 Δικασόμενός τις a B. 8.1.18 (BS, I, 72 = Hb. I 341): ὁ βασιλεὺς ἀντέγραψεν οὕτως: εἰ τὸν δικολόγον σου προδεδωκέναι νομίζεις καὶ πληρώσεις τὴν κατ'αὐτοῦ κατηγορίαν, τουτέστιν, ἀποδείξεις, ὅτι προδεδώκεν, οὐκ ἐπιλείψει κατ'αὐτοῦ ἀποφρασις κατὰ τὴν ἀξίαν τοῦ ἁμαρτήματος. καὶ οὕτω καὶ τὰ τῆς πρωτοτύπου δίκης ἄνωθεν ζητηθήσεται. Εἰ δὲ μὴ ἀποδείξεις, ὅτι προδεδώκε κτλ.*¹⁰⁰

di dovere intendere l'azione concessa al richiedente come azione '*ex empto*' e non '*ex vendito*': H. J. WOLFF, *Zur Stellung der Frau im klassischen römischen Dotalrecht*, in ZSS 53, 1933, 334 nt. 3; A. BURDESE, *Aestimatio dotis*, in *Studi Betti*, 2, Milano 1962, 194 s.; A. CALONGE, *Aestimatio dotis*, in AHDE 35, 1965, 52; D. SIMON, *Aus dem Kodexunterricht, A.*, cit., 337; G. KLINGENBERG, *Das pactum*, cit., 262 nt. 53.

⁹⁸ Non ci risulta che sia stato segnalato uno scolio adespota e probabilmente recente, dato il riferimento operato ai Basilici come testo già redatto: *Sch. 18** Τὴν ἐξ βενδίτο φησὶν a B. 11.1.72 = C. 2.3.11 (BS, I, 325; Hb. I 654): ἐξ βενδίτο φησὶν τὸ κατὰ πόδας: ὁ δὲ βασιλικὸς τὴν ὑπὲρ τῶν ἀγοραστῶν ἔγραψεν, ἥτις ἐστὶν ἡ ἐξ ἔμπτο. Πρὸς γοῦν τὸ παλαιὸν ἐκληφθὲν τῇ διατάξει ἔγραψεν ὁ Θαλελαῖος, ἀντὶ τῆς ἐξ ἔμπτο τῇ ἐξ βένδιτο χρήσασθαι τὴν διάταξιν. [HEIMBACH: *De actione ex vendito loquitur τὸ κατὰ πόδας: Basilicus autem scripsit τὴν ὑπὲρ τῶν ἀγοραστῶν, quae est ex empto actio. Thalelaeus igitur secundum textum antiquum constitutionis scripsit, constitutionem loco ex empto actionis actione ex vendito uti*]. Lo scolio contiene il punto di vista dei giuristi bizantini, secondo cui la costituzione avrebbe discorso dell'*actio venditi*, volendo, tuttavia, riferirsi all'*actio empti*. Sottolineiamo, da un canto, che il testo prova come Taleleo nel tradurre alcune costituzioni avrebbe tenuto conto di una lezione antecedente a quella accolta nel *Codex repetitae praelectionis*; dall'altro canto, che viene attribuita a Taleleo la traduzione in greco contenuta nel testo dei Basilici, a ulteriore prova di come questo testo, nella parte relativa alle costituzioni imperiali, provenga dall'opera di Taleleo (cfr. *supra*, nt. 84). Per altri riscontri nel commento di Taleleo al testo delle costituzioni imperiali antecedente all'accoglimento nel *Codex repetitae praelectionis*, vd. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., 78 nt. 51.

⁹⁹ Le varie questioni sollevate dalla costituzione sono oggetto di approfondita analisi da parte di H. GIPHANIUS, *Explanatio Difficiliorum & Celebriorum Legum Codicis Iustiniani*, I, Coloniae 1615, 75 ss.

¹⁰⁰ HEIMBACH: *Ad haec Imperator sic rescripsit: si patronum causae praevaricatum putas, et impleveris accu-*

Premettiamo che la costituzione afferma il principio, tipico delle *cognitiones extra ordinem*, secondo il quale la prova dell'avvenuta *praevaricatio*¹⁰¹ (ossia il tradimento o la collusione con la controparte processuale) dell'avvocato permetteva di impugnare la sentenza che aveva concluso il processo nel quale si era verificata la condotta illecita.¹⁰²

Taleleo precisa che l'accusa va presentata contro il patrocinante, mediante l'inserimento dell'espressione 'κατ'αὐτοῦ', che va riferita all'avvocato (ὁ δικολόγος) di cui si era discorso poco prima. Invece, nella costituzione compare solo la frase '*impleveris accusationem*'.

Inoltre, l'antecessore inserisce all'interno della traduzione una frase incidentale, con chiaro intento esplicativo (τουτέστιν = *id est*), volta a specificare che non basta presentare l'accusa di *praevaricatio* contro il proprio avvocato, ma occorre anche provare che l'avvocato abbia tradito il proprio cliente: 'τουτέστιν, ἀποδείξεις, ὅτι προδεδωκεν'. Questa precisazione appare quanto mai opportuna, poiché, ad interpretare in modo letterale la costituzione, gli studenti avrebbero potuto credere che bastava presentare un'accusa di *praevaricatio* per potere ottenere la revisione della sentenza. Inoltre, essa si lega perfettamente con la seconda parte della costituzione, in cui si affronta l'ipotesi di mancata prova dell'accusa di *praevaricatio* contro il proprio avvocato (*Quod si non docueris praevaricatum* rell.).

La traduzione congegnata da Taleleo permette agli studenti di intendere che il *principium* della costituzione ammette l'impugnazione della sentenza nel solo caso di avvenuta prova dell'accusa di *praevaricatio*.

(iii) Un altro esempio di traduzione letterale di Taleleo, attenta alla spiegazione di certi oscuri passaggi della costituzione, ci pare si possa rinvenire con riferimento a:

sationem adversus eum institutam, id est, probaveris, eum esse praevaricatum, non deerit adversus eum pro merito delicti sententia: atque ita de principali causa denuo quaeretur. Quodsi non docueris praevaricatum rell.

¹⁰¹ In realtà, la *praevaricatio*, come si ricorderà, è un crimine di cui si poteva macchiare solo l'accusatore nel processo criminale, mentre l'avvocato colluso con la controparte non può definirsi propriamente un *praevaricator*: D. 47.15.1.1 (Ulp. 6 *ad ed. praet.*): *Is autem praevaricator proprie dicitur, qui publico iudicio accusaverit; ceterum advocatus non proprie praevaricator dicitur. quid ergo de eo fiet, sive privato iudicio, sive publico praevaricatus sit, [hoc est prodiderit causam] hic extra ordinem solet puniri*. Secondo H. GIPHANIUS, *Explanatio*, cit., 75 ss., l'estensione del nostro crimine all'avvocato che tradisce la causa sarebbe stata possibile *moribus*. Ed in effetti, il procedimento che si instaura contro l'avvocato che tradisce il cliente non è un *iudicium publicum*, ma *moribus inductum* [arg. da D. 47.15.3 pr. (Macer 1 *public. iudic.*)]. Per l'indicazione di fonti rinviamo ai lessici: P. G. W. GLARE, *Oxford Latin Dictionary*, II, s.v. «*praevaricor*» n. 2, Oxford 1976, 1449; *T.L.L.*, v. X.2, f. VII, s.v. «*praevaricatio*» sub. I, Stuttgart und Leipzig 1993, 1087 s. In letteratura, con specifico riferimento alla '*praevaricatio*' del *patronus*, vd. per tutti: E. LEVY, *Von den römischen Anklägervergehen*, in *ZSS* 53, 1933, 180 ss. [= *Gesammelte Schriften*, 2, Köln 1963, 397 ss.], secondo la cui opinione la '*praevaricatio*' nel caso di C. 2.7.1 si sarebbe verificata in un processo privato. In questo senso, si era già espresso TH. SCHWALBACH, *Ueber ungültige Urtheile und die consumierende Wirkung der Litiscontestation*, in *ZSS* 7, 1886, 128 s.

¹⁰² Da questo punto di vista il testo è analizzato da: L. RAGGI, *Studi sulle impugnazioni civili nel processo romano*, I, Milano 1961, 216 s., il quale mette in luce che, solo dopo la pronuncia sulla *praevaricatio*, il giudicato può dirsi consolidato; M. BRUTTI, *La problematica del dolo processuale nell'esperienza romana*, II, Milano 1973, 486 ss.

[P. Krüger] C. 2.12(13).3 pr.-1 *IMPP. SEVERUS ET ANTONINUS AA. POMPONIO. Eum qui res agit heredum, a quibus tibi deberi fideicommissum dicis, evoca ad praetorem virum clarissimum, qui aut respondere tibi cogetur, aut administratione negotiorum secundum formam iurisdictionis prohibebitur. 1. Deliberabit autem praetor, si non defendat heredes, debeatne te mittere in possessionem, secutus iurisdictionem, quae exerceri adversus indefensos solet. PP. xx kal. Sept. Chilone et Libone Cons. [a. 204].*

[Taleleo] *Sch. 2 Θαλελαίου* a B. 8.2.77 (BS, I, 143 = Hb. I 401): ἀντέγραψεν ὁ βασιλεὺς πρὸς αὐτὸν οὕτως: ἐκεῖνον, ὅστις τὰ πράγματα πράττει ἥτοι διοικεῖ τῶν κληρονόμων, παρ' ὧν χρεωστεῖσθαί σοι τὸ φιδεικόμισσον λέγεις, προσκάλεσαι πρὸς τὸν λαμπρότατον πραέτωρα, ὅστις προσκληθεῖς ἢ ἀποκρίνασθαί σοι ἀναγκασθήσεται ἢ κωλυθήσεται διεκδικῆσαι τὰ πράγματα τῶν κληρονόμων κατὰ τὸν τῆς δικαιοδοσίας τύπον. 1. Διασκέπεται καὶ ὁ πραέτωρ, εἰ μὴ δεφενδεῶση τοὺς κληρονόμους ὁ διοικητῆς, εἰ ὀφείλει πέμψαι σε εἰς νομὴν τὴν φιδεικομμισσόρουμ σερβανδόρουμ καῦσα, ἀκολουθήσας τῷ ὑποδείγματι τῆς δικαιοδοσίας, ἥντινα δικαιοδοσίαν εἶωθε κατὰ τῶν ἀδεφενδεύτων ἐγγυμνάσειν.¹⁰³

La fattispecie è stata analizzata in dottrina dal punto di vista della *missio in possessionem rei servandae causa* che la costituzione accorda ad un sedicente fedecommissario, in una complessa ipotesi di un pupillo istituito erede e non difeso né dal tutore che ne amministra i beni, né da altri.¹⁰⁴ Il provvedimento accorda al creditore il diritto di chiamare innanzi al pretore¹⁰⁵ il tutore, il quale potrà essere interdetto dall'amministrazione dei beni pupillari¹⁰⁶ se non difenda le ragioni del pupillo. Inoltre, in caso di mancata *defensio*, potrà essere disposta dal pretore a favore dell'attore, anche la *missio in possessionem* che si suole accordare nei casi di omessa *defensio*.

¹⁰³ HEIMBACH: ... *Imperatorem qui sic ei rescripsit: Eum, qui res agit aut administrat heredum, a quibus tibi deberi fideicommissum dicis, evoca ad virum clarissimum Praetorem; qui evocatus, aut tibi respondere cogetur, aut prohibebitur heredum negotia administrare secundum iurisdictionis formam. Deliberabit etiam Praetor, si heredes non defendat administrator, an mittere te in possessionem debeat fideicommissorum servandorum causa, secutus iurisdictionem, quam adversus indefensos exercere solet.*

¹⁰⁴ S. SOLAZZI, *Orme di editti pretorii* in C. 2.12,3, in SDHI 3, 1937, 123 ss. [= *Scritti di diritto romano*, III (1925-1937), Napoli 1960, 537 ss.]; N. PALAZZOLO, *Potere imperiale ed organi giurisdizionali nel II secolo d.C. L'efficacia processuale dei rescritti imperiali da Adriano ai Severi*, Milano 1974, 153; ID., *Processo civile*, cit., 149 s.; A. D'ORS, *Rescriptos y cognición extraordinaria*, in AHDE 47, 1977, 23 s.; F. ARCARIA, *'Missio in possessionem' e 'cognitio' fedecommissaria*, in BIDR 89, 1986, 265 s.; V. GIODICE SABBATELLI, *Fideicommissorum persecutio. Contributo allo studio delle cognizioni straordinarie*, Bari 2001, 149 s. e nt. 164, con indicazione di letteratura.

¹⁰⁵ In particolare, è controverso in dottrina se il pretore competente ad accordare la *missio* fosse il *praetor urbanus* o il *praetor fideicommissarius*: vd., diversamente tra loro, gli studiosi citati nella nt. precedente.

¹⁰⁶ Secondo S. SOLAZZI, *Orme di editti pretorii*, cit., 123 ss., la proibizione di amministrare dei beni pupillari non avrebbe privato, comunque, l'amministratore della qualifica di tutore.

Orbene, la traduzione letterale di Taleleo integra in questi punti il testo della costituzione:

(1) mentre la costituzione fa riferimento solo a ‘*qui res agit heredum*’, l’antecessore completa questo punto indicando in alternativa anche colui che amministra (ἤτοι διοικεῖ): si tratta di una precisazione opportuna, perché anche successivamente [v. *infra, sub* (3)] l’antecessore inserisce l’espresa menzione dell’amministratore dei beni pupillari (ὁ διοικητής) per evitare una ellissi del soggetto;

(2) dopo avere invitato il richiedente a *vocare in ius* l’amministratore dei beni pupillari, la costituzione prosegue: ‘*qui aut tibi respondere cogetur aut ab administratione ... prohibebitur*’. Taleleo precisa che il soggetto (*qui*) costretto a difendere gli eredi o a venire sollevato dall’amministrazione è colui il quale è stato chiamato a comparire davanti al pretore: ὅστις προσκληθεῖς. Ci pare una precisazione opportuna perché, pur essendo comprensibile il senso della frase, gli studenti avrebbero potuto credere che il prolettico ὅστις andasse riferito a πρᾶξωρα, che invece immediatamente lo precede;

(3) la proposizione ‘*si non defendat heredes*’ è caratterizzata da una ellissi del soggetto, manca infatti un nominativo che regga ‘*defendat*’. Taleleo colma la lacuna inserendo ὁ διοικητής, ossia l’amministratore incaricato di stare in giudizio nell’interesse degli eredi;

(4) infine, Taleleo identifica la *missio in possessionem* accordata al sedicente beneficiario del fedecommesso con una *missio in possessionem* φιδεικομμισσόρουμ σερβανδόρουμ καῦσα. Tale precisazione – che certo non deve essere dispiaciuta agli studenti del suo corso – non compare nel testo della costituzione tradotto e, alla luce del fatto che Taleleo ha cominciato il suo commento sui testi pregiustiniani, potremmo congetturare che il tratto fosse presente nel testo originale avuto davanti agli occhi da Taleleo e, poi, amputato dai commissari giustiniani.

(iv) Chiudiamo con un altro riscontro nel quale è possibile mettere a confronto la traduzione di Taleleo con il κατὰ πόδας: nonostante la presenza dell’espressione Ἔχει δὲ τὸ κατὰ πόδας τῆς διατάξεως οὕτως, ci accorgeremo che non mancano le differenze tra le due traduzioni:¹⁰⁷

[P. Krüger] C. 2.12(13).10
IMP. ALEXANDER A. CASTRICIAE. Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod gessit nullum domino praeiudicium facere potuit. quod si plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet, cum, si quid

[κατὰ πόδας] Sch. 2 Θαλαλαίου a B. 8.2.84 (BS, I, 148 = Hb. I 405): Ἔχει δὲ τὸ κατὰ πόδας τῆς διατάξεως οὕτως: εἰ ὁ προκουράτωρ εἰς ἓν θέμα καταστάς τὸ ὀφίκιον τὸ ἐνταλθὲν παρεξήληθε, τοῦτο ὁ ἐπραξεν οὐδὲ ἐν τῷ δεσπότη ποιεῖ πρόκρι-

[Taleleo] Sch. 2 Θαλαλαίου a B. 8.2.84 (BS, I, 148 = Hb. I 405): ... καὶ ἀντέγραψε πρὸς αὐτὸν οὕτως: εἰ μὲν ἐπὶ ἐνὶ πράγματι τὸν προκουράτωρα δέδωκας, ὁ δὲ παρεξελθὼν τὸ μανδάτον ἕτερόν τι πέπραχε, τοῦτο τὸ παρ’αὐτοῦ πραχθὲν οὐδὲ ἐν πρόκριμά σοι τῷ δε-

¹⁰⁷ Sul punto vd. *supra*, § 1 ntt. 21-22.

fraude vel dolo egit, convenire eum more iudiciorum non prohiberis. PP. III kal. Mart. Albino et Maximo cons. [a. 227].

μα. Εἰ δὲ τέλειαν ἐξουσίαν τοῦ ἐνάγειν εἶχε, τὸ πρᾶγμα τὸ κριθὲν ἀνασχισθῆναι οὐ χρή ὅποτε, εἴ τι κατὰ ἀπάτην ἢ δόλον ἐπραξεν, μεθοδεῦσαι αὐτὸν τῷ τρόπῳ τῶν δικαστηρίων οὐ κωλυθήσῃ.¹⁰⁸

σπότη ποιεῖ. Εἰ δὲ τελείον ἐξουσίαν τοῦ κινεῖν εἶχεν ὁ προκουράτωρ, τὸ πρᾶγμα τὸ κριθὲν οὐκ ἔτι χρή ἀνασχίζεσθαι. Εἰ γάρ τι κατὰ ἀπάτην ἢ κατὰ δόλον ἐπραξεν ὁ παρὰ σου γενικῶς ἐντολαθεὶς προκουράτωρ, δύνασαι ἐναγαγεῖν αὐτῷ κατὰ τῶν δικαστηρίων ἔθος.¹⁰⁹

La costituzione rileva dal punto di vista della responsabilità per dolo del mandatario:¹¹⁰ infatti, il provvedimento stabilisce che il *procurator ad litem*,¹¹¹ istituito per un affare specifico, il quale ha esorbitato i limiti del mandato, non pregiudica il *dominus litis* che può non riconoscerne l'operato.¹¹² Mentre, se il *procurator* aveva una *plena potestas agendi* la sentenza non potrà essere infirmata, sebbene costui possa essere convenuto con l'*actio mandati* se ha agito con dolo o frode.

La traduzione di Taleleo, a prescindere dalle scelte linguistiche e grammaticali che diver-

¹⁰⁸ HEIMBACH: *Constitutionis vero versio ad verbum facta ita habet: Si procurator ad unam speciem constitutus officium mandati egressus est, id quod egit nullum domino praeiudicium facit. Quodsi plenam potestatem agendi habuit, rem iudicatam rescindi non oportet: cum si quid fraude vel dolo egerit, convenire eum more iudiciorum non prohibearis.*

¹⁰⁹ HEIMBACH: *... cui is in hunc modum rescripsit: Si procuratorem in unam speciem constitueris, isque mandati fines egressus aliud quid egerit, id quod gessit, nullum tibi domino praeiudicium facit. Quodsi procurator plenam agendi potestatem habuit, rem iudicatam rescindi non oportet. Si quid enim fraude vel dolo egerit is, qui omnium rerum procurator a te constitutus est, potes eum convenire more iudiciorum.*

¹¹⁰ Più incerto è se il criterio della responsabilità per dolo in caso di mandato generico, affermato dalla costituzione, debba intendersi riferito al solo *procurator ad litem* o, in genere, al *procurator omnium bonorum*. Cfr. i diversi punti di vista di: E. SACHERS, *Zur Lehre von der Haftung des Mandatars im klassischen römischen Recht*, in ZSS 59, 1939, 486 s.; C. SANFILIPPO, *Corso di diritto romano. Il mandato. Parte prima*, Catania 1947, 1-128 [= RDR 4, 2004, 46 s., abbiamo seguito la paginazione della ristampa on-line]; V. ARANGIO-RUIZ, *Il mandato in diritto romano. Corso di lezioni svolto nell'Università di Roma anno 1948-1949*, Napoli 1949, 191; E. BETTI, *Imputabilità dell'inadempimento dell'obbligazione in diritto romano (anno accademico 1957-1958)*, Roma s.d., 83; A. WATSON, *Contract of Mandate in Roman Law*, Oxford 1961, 195 e 204 s.; B. MECKE, *Die Entwicklung des 'procurator ad litem'*, in SDHI 28, 1962, 142 s.; H.-P. BENÖHR, *Arglist und Kenntnis der Hilfspersonen beim Abschluß schuldrechtlicher Geschäfte*, in ZSS 87, 1970, 139; G. MAC CORMACK, *The Liability of the Mandatary*, in Labeo 18, 1972, 164 s.; S. RANDAZZO, *Mandare. Alle radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 31 nt. 97.

¹¹¹ In particolare, la dottrina tedesca ha ritenuto che in origine la costituzione avrebbe fatto riferimento al *cognitor*: G. BESELER, *Romanistische Studien*, in ZSS 46, 1926, 141; H. H. PFLÜGER, *Zur Lehre von der Haftung des Schuldners nach römischem Recht*, in ZSS 65, 1947, 181 s.; W. D. GEHRICH, *Kognitur und Prokurator in rem suam als Zessionsformen des klassischen römischen Rechts*, Göttingen 1963, 90 s.

¹¹² Secondo C. SANFILIPPO, *Corso*, cit., 46 s., la sentenza sarebbe nulla per difetto di legittimazione dell'attore.

gono da quelle preferite dall'anonimo autore del *κατὰ πόδας* e che rendono le due traduzioni molto diverse fra loro, si segnala per due specifici interventi:

(1) L'antecessore evita una ellissi del soggetto, specificando che è il *procurator* (*ὁ προκουράτωρ*) ad avere la *plena potestas agendi*, nella seguente frase della costituzione in cui il riferimento al procuratore è solo sottinteso: *'quodsi plenam potestatem agendi habuit'*, frase tradotta letteralmente dal *κατὰ πόδας* *'Εἰ δὲ τέλειαν ἐξουσίαν τοῦ ἐνάγειν εἶχε'*;

(2) Taleleo inserisce l'incidentale *ὁ παρὰ σου γενικῶς ἐνταλθεὶς προκουράτωρ*, volta a specificare che colui il quale può essere convenuto *more iudiciorum* è il *procurator*, al quale è stato conferito un mandato generico. Invece, nella costituzione il riferimento al *procurator* è operato mediante il pronome *eum* (*convenire eum more iudiciorum*). Crediamo che la precisazione di Taleleo sia volta ad evitare che insorgesse negli studenti il dubbio di quale *procurator* potesse essere convenuto, se quello al quale era stato conferito un mandato generico o un mandato specifico.

4. Questa serie di esempi di traduzioni letterali di Taleleo ci pare legittimi le perplessità che abbiamo sollevato circa la scelta di Taleleo di servirsi del *κατὰ πόδας* per la traduzione dei rescritti: se Taleleo era un maestro di diritto così attento a chiarire alcuni passaggi dei testi delle costituzioni imperiali, in particolare dei rescritti tradotti letteralmente, perché a un certo punto ha deciso di servirsi di uno strumento di ausilio linguistico come il *κατὰ πόδας* che, al contrario, lo obbligava a dovere ritornare sulle traduzioni a causa delle imprecisioni che lo caratterizzano? Può bastare invocare, come pure si è fatto, l'opportunità di dettare un sunto dei rescritti nel primo corso, se poi tali costituzioni dovevano comunque essere tradotte?

Per potere valutare nel modo corretto le questioni di cui stiamo discorrendo, occorre, a nostro avviso, tracciare una mappa delle traduzioni letterali di Taleleo delle costituzioni imperiali contenute nei Basilici: solo così procedendo, infatti, potremo valutare se, ed eventualmente in quale momento e per quale ragione, l'antecessore abbia deciso di non tradurre più letteralmente i rescritti durante il primo corso sul Codice e di affidarsi alla lettura del *κατὰ πόδας* durante il secondo corso.

4.1. Pertanto, ci siamo messi sulle tracce delle traduzioni letterali di Taleleo dei rescritti contenuti nel Codice.

Abbiamo selezionato soltanto quelle con certezza riferibili all'antecessore, attesa la presenza, come detto, di stilemi o indicatori linguistici [*ἡ διάταξις φησὶν (λέγει, νομοθετεῖ, κελεύει, ἀντιγράφει) οὕτως; οὐνευ: ὁ βασιλεὺς ἀντιγράφει (ἀντέγραψε) οὕτως*] individuati in dottrina come tipici del linguaggio di Taleleo:¹¹³ naturalmente abbiamo lavorato sia sugli scoli espressamente attribuiti all'antecessore, sia sul testo dei Basilici, in quanto proveniente in larga parte proprio dal Commento di Taleleo.¹¹⁴

Abbiamo, invece, scartato le traduzioni letterali di rescritti presenti nel testo dei Basilici

¹¹³ *Supra*, § 3 e nt. 86. D. HOLWERDA, *Eine Stileigenheit des Thalelaios?*, in *Subseciva groningana* I, 1984, 11 ss., ha condotto una ricerca proprio su alcuni stilemi tipici del linguaggio di Taleleo e che si riscontrano a più riprese all'interno del suo commentario al Codice.

¹¹⁴ *Supra*, nt. 84.

e che, per l'assenza dei detti stilemi, non rendono certa la loro provenienza dalla mano di Taleleo e non piuttosto dal *κατὰ πόδας* anonimo delle stesse.

Pertanto, siamo consci che oltre ai casi segnalati, si rinvenivano altre traduzioni letterali all'interno dei Basilici, sebbene, ripetiamo, non se ne possa attestare con certezza la provenienza dalla mano di Taleleo.

Viceversa, abbiamo incluso nel nostro elenco anche quelle traduzioni che pur essendo senz'altro attribuibili a Taleleo, si chiudono con l'espressione *καὶ τὸ μὲν κατὰ πόδας οὕτως* o altre simili. Infatti, come abbiamo già avuto modo di osservare,¹¹⁵ tali stilemi sono compilatori e si limitano a segnalare la presenza anche del *κατὰ πόδας* del testo che non sempre, peraltro, coincide con la traduzione di Taleleo.

Prima di scendere nel dettaglio, esponiamo in sintesi i risultati ai quali siamo pervenuti.

Diciamo subito che la nostra ricerca ha messo in luce la presenza di traduzioni letterali dei rescritti attribuibili a Taleleo, fin all'interno del quinto libro del Codice; tuttavia, a partire dal terzo libro, per i motivi che cercheremo di ricostruire nel prossimo paragrafo, Taleleo ha deciso anche di servirsi del *κατὰ πόδας* dei rescritti, fatto leggere durante il secondo corso: in questi casi l'antecessore si è limitato a dettare, nel primo corso, un breve sunto dei testi. Ciò almeno fino al quinto libro compreso e, solo a partire dal sesto libro, non è più possibile rintracciare, salvo casi rarissimi, traduzioni letterali di rescritti da parte di Taleleo.

Ancora una premessa. Abbiamo ritenuto di dovere scartare il primo libro del Codice,¹¹⁶ perché le traduzioni sia di rescritti sia di costituzioni generali in esso presenti e provenienti dal primo libro dei Basilici, non sono riconducibili con certezza all'opera di questo antecessore,¹¹⁷

¹¹⁵ *Supra*, § 1, ntt. 21-22.

¹¹⁶ N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 68 s., ritiene non probante il primo libro del Codice, poiché manca un numero sufficiente di frammenti provenienti dal commentario di Taleleo.

¹¹⁷ Abbiamo riscontrato le seguenti traduzioni letterali di costituzioni imperiali contenute nel primo libro del Codice: C. 1.1.1 = B. 1.1.1 (Hb. I 1; BT, I, *non extat*); C. 1.1.4 = B. 1.1.4 (Hb. I 3; BT, I, 1 s.); C. 1.8.1 = B. 1.1.11 (Hb. I 13; BT, I, *non extat*); C. 1.11.4 = B. 1.1.14 (Hb. I 13 s.; BT, I, 3, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.9); C. 1.11.5 = B. 1.1.15 (Hb. I 14; BT, I, 2 ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.11.10); C. 1.11.7 = B. 1.1.17 (Hb. I 14; BT, I, 3, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.12); C. 1.11.8 = B. 1.1.18 (Hb. I 14 s.; BT, I, 3, ma S. riferisce il testo a B. 1.1.13 peraltro non riportato); C. 1.5.2 = B. 1.1.22 (Hb. I 17; BT, I, 4, ma S. riferisce il testo a B. 1.1.18); C. 1.5.4 = B. 1.1.24 (Hb. I 17; BT, I, 4, ma S. riferisce il testo a B. 1.1.20); C. 1.5.8 = B. 1.1.27 (Hb. I 19 s.; BT, I, 4, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.23); C. 1.5.21 = B. 1.1.34 (Hb. I 26; BT, I, 7, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.30); C. 1.5.22 = B. 1.1.35 (Hb. I 26; BT, I, 7, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.31); C. 1.9.4 = B. 1.1.37 (Hb. I 27; BT, I, 7, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.33); C. 1.9.7 = B. 1.1.39 (Hb. I 27; BT, I, 7, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.35); C. 1.6.3 = B. 1.1.36 (Hb. I 26 s.; BT, I, 7, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.32); C. 1.9.6 = B. 1.1.38 (Hb. I 27; BT, I, 7, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.34); C. 1.9.8 = B. 1.1.40 (Hb. I 27; BT, I, 7, ma S. riferisce un testo molto più breve a B. 1.1.36); C. 1.9.15 = B. 1.1.45 (Hb. I 28; BT, I, 8, ma S. riferisce il testo a B. 1.1.41); C. 1.9.16 = B. 1.1.46 (Hb. I 28; BT, I, 8, ma S. riferisce il testo a B. 1.1.42); C. 1.12.1 = B. 1.1.48 (Hb. I 29; BT, I, 8, ma S. riferisce il testo a B. 1.1.44). Fuori dai Basilici, ricorrono alcune traduzioni letterali: C. 1.3.28 (Nomoc. II 1, ed. *Pitra*, 492; *Manuale Basilicorum*, 340); C. 1.2.6 (Nomoc. I 5, ed. *Pitra*, 462; *Manuale Basilicorum*, 338); C. 1.2.21 (Nomoc. II 2, ed. *Pitra*, 498; *Manuale Basilicorum*, 339); C. 1.3.32 (Nomoc. IX 1, ed. *Pitra*, 534; *Manuale Basilicorum*, 338).

anche alla luce dell'incerta tradizione manoscritta del primo libro dei Basilici.¹¹⁸

Le uniche traduzioni letterali delle costituzioni del primo libro del Codice attribuibili con certezza a Taleo sono quelle relative a costituzioni conservate in libri dei Basilici successivi al primo.¹¹⁹

Cominciamo, dunque, dal secondo libro del *Codex*. Il dato da sottolineare è la presenza di un numero considerevole di traduzioni letterali di rescritti attribuibili a Taleo: ne abbiamo individuate, grazie alla presenza degli stilemi indicati all'inizio di questo paragrafo, più di cento, distribuite fra testo dei Basilici e scolii.¹²⁰

¹¹⁸ SCHELTEMA, BT, AI, *Praefatio*, 11, ammette che l'edizione di Heimbach dei primi libri dei Basilici è poco attendibile, perché si fonda su due codici manoscritti (Cb. e P.) ritenuti poco affidabili. In effetti, se si confrontano le due edizioni dei Basilici, le costituzioni del primo libro del Codice contenute nel primo libro dei Basilici presentano notevoli varianti. Notiamo, inoltre, che il *liber primus* dei Basilici, *restitutus* da Zachariä von Lingenthal, è stato ripubblicato con un apparato di note da parte di Ferrini nel *Supplementum 2*, 172 ss., all'edizione dei Basilici di Heimbach. Ulteriori ragguagli sulla problematica tradizione manoscritta del primo libro dei Basilici in: 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, 292 s. Proprio in questo lavoro l'autore nega (300) la riferibilità a Taleo della traduzione in greco di C. 1.1.8, data invece per scontata da Heimbach; ID., *A heretical hypothesis: on the beginning of the Codex Justinianus*, in TR 81, 2013, 122.

¹¹⁹ Come nel caso di C. 1.5.21 = B. 21.1.45 (Hb. II 417; BS, IV, 1268) costituzione che compare, nell'edizione di Heimbach dei Basilici, in traduzione letterale in uno scolio attribuito a Taleo: A. BERGER, *Studi sui Basilici VI*, in IURA 6, 1955, 106.

¹²⁰ C. 2.1.1 = B. 7.18.14 (Hb. I 319; BT, I, 397); C. 2.1.2 = B. 7.18.15 (Hb. I 320; BT, I, 397 s.); C. 2.1.3 = B. 7.18.16 (Hb. I 320; BT, I, 398); C. 2.1.4 = B. 7.18.17 (Hb. I 320; BT, I, 398); C. 2.1.5 = B. 7.18.18 (Hb. I 320; BT, I, 398 s.); C. 2.1.7 = B. 7.18.20 (Hb. I 321; BT, I, 399 s.); C. 2.1.8 = B. 7.18.21 (Hb. I 322; BT, I, 400 s.); C. 2.6.3 = B. 8.1.12 (Hb. I 333 s.; BS, I, 63); C. 2.7.1 = B. 8.1.18 (Hb. I 341; BS, I, 72); C. 2.9(10).2 = B. 8.1.41 (Hb. I 356; BS, I, 89); C. 2.9(10).3 = B. 8.1.42 (Hb. I 357; BS, I, 90); C. 2.12(13).1 = B. 8.2.75 (Hb. I 400; BS, I, 142); C. 2.12(13).2 = B. 8.2.76 (Hb. I 401; BS, I, 142); C. 2.12(13).3 = B. 8.2.77 (Hb. I 401; BS, I, 142 s.); C. 2.12(13).4 = B. 8.2.78 (Hb. I 402; BT, I, 429); C. 2.12(13).8 = B. 8.2.82 (Hb. I 404; BS, I, 146 s.); C. 2.12(13).10 = B. 8.2.84 (Hb. I 405; BS, I, 148); C. 2.12(13).12 = B. 8.2.86 (Hb. I 407; BS, I, 150 s.); C. 2.12(13).13 = B. 8.2.87 (Hb. I 408; BS, I, 151 s.); C. 2.12(13).17 = B. 8.2.91 (Hb. I 411; BS, I, 156); C. 2.12(13).18 = B. 8.2.92 (Hb. I 412; BS, I, 157 s.); C. 2.12(13).19 = B. 8.2.93 (Hb. I 413; BS, I, 158); C. 2.18.1-2-3 = B. 7.11.4-5-6 (Hb. I 298; BT, I, 366) C. 2.19(20).1-2-3-5-6-7-8-9 = B. 10.2.24-25-26-28-29-30-31-32 (Hb. I 495 ss.; BT, II, 535 ss.); C. 2.20(21).1-3-4-5-6 = B. 10.3.41-43-44-45-47 (Hb. I 503 s.; BT, II, 545 ss.); C. 2.21(22).2-6-7 = B. 10.4.52-56-57 (Hb. I 514 s.; BT, II, 560 ss.); C. 2.51(52).1 = B. 10.35.47 (Hb. I 548; BT, II, 619); C. 2.53(54).1-2-5 = B. 10.36.1-2-5 (Hb. I 549 s.; BT, II, 620 s.); C. 2.3.1 = B. 11.1.62 (Hb. I 641; BT, II, 641); C. 2.3.2 = B. 11.1.63 (Hb. I 642; BT, II, 640); C. 2.3.3-4-5-6 = B. 11.1.64-65-66-67 (Hb. I 644 ss.; BT, II, 641 ss.); C. 2.3.8 = B. 11.1.69 (Hb. I 648; BT, II, 644); C. 2.22(23).1-2 = B. 10.5.1-2 (Hb. I 517; BT, II, 564); C. 2.23(24).1-2 = B. 10.6.1-2 (Hb. I 518; BT, II, 565 s.); C. 2.24(25).1-3-4-5 = B. 10.7.1-3-4-5 (Hb. I 518 s.; BT, II, 567 s.); C. 2.25(26).1 = B. 10.8.1 (Hb. I 519 s.; BT, II, 569); C. 2.26(27).2-4 = B. 10.9.2-4 (Hb. I 520 s.; BT, II, 570 s.); C. 2.27(28).1 = B. 10.11.1 (Hb. I 521 s.; BT, II, 573); C. 2.29(30).2 = B. 10.12.2 (Hb. I 522; BT, II, 574 s.); C. 2.30(31).1-2 = B. 10.13.1-2 (Hb. I 523; BT, II, 576); C. 2.31(32).1 = B. 10.14.1 (Hb. I 524; BT, II, 578); C. 2.33(34).1 = B. 10.16.1 (Hb. I 525; BT, II, 580); C. 2.34(35).2 = B. 10.17.2 (Hb. I 525 s.; BT, II, 581 s.); C. 2.36(37).1-3 = B. 10.19.1-3 (Hb. I 526 s.; BT, II, 583 s.); C. 2.37(38).1-2 = B. 10.20.1-2 (Hb. I 527 s.; BT, II, 585); C. 2.38(39).1-2 = B. 10.21.1-2 (Hb. I 528 s.; BT, II, 586 s.); C. 2.40(41).2 = B. 10.23.2 (Hb. I 530; BT, II, 589); C. 2.40(41).4-5 = B. 10.23.4-5 (Hb. I 530 s.; BT, II, 590); C. 2.41(42).1-2 = B. 10.24.1-2 (Hb. I 531; BT, II, 591); C. 2.42(43).1 = B. 10.25.1 (Hb. I 532; BT, II, 592); C. 2.42(43).2 = B. 10.25.2 (Hb. I 532;

Si tratta di una prova lampante, a nostro avviso, del fatto che Taleleo aveva deciso, almeno all'inizio del corso, di procedere personalmente alla traduzione dei rescritti, a beneficio dei suoi studenti, dettando le traduzioni durante il primo corso e scartando l'uso del *κατὰ πόδας*.

Quest'ultimo, in effetti è solo raramente attestato in alternativa alla traduzione di Taleleo¹²¹ ed è presente nei Basilici solo in relazione ad un esiguo numero di *leges generales* piuttosto lunghe, in ordine alle quali l'antecessore deve avere trovato più comodo e meno dispendioso dettare un breve sunto dei testi nel primo corso e fare leggere agli studenti il *κατὰ πόδας* nel secondo corso.¹²²

Passiamo al terzo libro del Codice. Come già segnalato da Scheltema e dagli altri esponenti della scuola olandese¹²³ qui si realizza il cambiamento di metodo da parte di Taleleo, il

BT, II 592); C. 2.42(43).3-4 = B. 10.25.3-4 (Hb. I 532 s.; BT, II 593); C. 2.43(44).1-3 = B. 10.26.1-3 (Hb. I 533 s.; BT, II, 595); C. 2.45(46).1-2 = B. 10.28.1-2 (Hb. I 535 s.; BT, II, 598); C. 2.50(51).1-4-6-7-8 = B. 10.33.1-4-6-7-8 (Hb. I 538 ss.; BT, II, 604 ss.); C. 2.52(53).2-3-4-7 = B. 10.34.2-3-4-7 (Hb. I 540 ss.; BT, II, 607 ss.); C. 2.58(59).1-2 = B. 7.14.19-20 (Hb. I 305 ss.; BT, I, 376 ss.); C. 2.3.9-10 = B. 11.1.70-71 (Hb. I 649 ss.; BT, II, 644 ss.); C. 2.3.11 = B. 11.1.72 (Hb. I 651 s.; BT, II, 645); C. 2.3.12 = B. 11.1.73 (Hb. I 655; BT, II, 645 s.); C. 2.3.15 = B. 11.1.76 (Hb. I 657; BT, II, 648 s.); C. 2.3.26 = B. 11.1.87 (Hb. I 662; BS, I, 334); C. 2.3.27 = B. 11.1.88 (Hb. I 663; BS, I, 335); C. 2.4.1-2-3-4-5 = B. 11.2.18-19-20-21-22 (Hb. I 689 ss.; BT, II, 657 ss.); C. 2.4.8-9-10 = B. 11.2.25-26-27 (Hb. II 696 ss.; BT, II, 660); C. 2.4.12-13-14-15-16 = B. 11.2.29-30-31-32-33 (Hb. I 699 ss.; BT, II, 661 ss.); C. 2.4.21-22-23-24-25-26-27-30-33-34-35-37-38-39 = B. 11.2.38-39-40-41-42-43-44-47-50-51-52-54-55-56 (Hb. I 707 ss.; BT, II, 665 ss.); C. 2.11(12).4 = B. 21.3.4 (Hb. II 454; BT, III, 1038 s.); C. 2.11(12).8 = B. 21.3.7 (Hb. II 455; BT, III, 1039); C. 2.11(12).9 = B. 21.3.8 (Hb. II 455 s.; BT, III, 1039); C. 2.11(12).12 = B. 21.3.11 (Hb. II 456 s.; BT, III, 1040); C. 2.11(12).14 = B. 21.3.13 (Hb. II 457 s.; BT, III, 1041); C. 2.11(12).17 = B. 21.3.16 (Hb. II 459; BT, III, 1041 s.); C. 2.11(12).19 = B. 21.3.18 (Hb. II 461 s.; BT, III, 1042); C. 2.11(12).21 = B. 21.3.20 (Hb. II 462; BT, III, 1043); C. 2.18(19).1 = B. 17.2.1 (Hb. II 219; BT, III, 860); C. 2.18(19).2 = B. 17.2.2 (Hb. II 219 s.; BT, III, 860); C. 2.18(19).3 = B. 17.2.3 (Hb. II 220; BT, III, 861); C. 2.18(19).5 = B. 17.2.5 (Hb. II 220; BT, III, 861 s.); C. 2.18(19).7 = B. 17.2.7 (Hb. II 221; BT, III, 862); C. 2.18(19).8 = B. 17.2.8 (Hb. II 221; BT, III, 862); C. 2.18(19).9 = B. 17.2.9 (Hb. II 221; BT, III, 863); C. 2.18(19).10 = B. 17.2.10 (Hb. II 221; BT, III, 863); C. 2.18(19).11 = B. 17.2.11 (Hb. II 222; BT, III, 863); C. 2.18(19).12 = B. 17.2.12 (Hb. II 222; BT, III, 863); C. 2.18(19).13 = B. 17.2.13 (Hb. II 222; BT, III, 864); C. 2.18(19).14 = B. 17.2.14 (Hb. II 223; BT, III, 864); C. 2.18(19).15 = B. 17.2.15 (Hb. II 223; BT, III, 865); C. 2.18(19).16 = B. 17.2.16 (Hb. II 223; BT, III, 865); C. 2.18(19).17 = B. 17.2.17 (Hb. II 223; BT, III, 865 s.); C. 2.18(19).18 = B. 17.2.18 (Hb. II 224; BT, III, 866); C. 2.18(19).19 = B. 17.2.19 (Hb. II 224; BT, III, 866); C. 2.18(19).20 = B. 17.2.20 (Hb. II 224; BT, III, 866 s.); C. 2.18(19).21 = B. 17.2.21 (Hb. II 225; BT, III, 867 s.).

¹²¹ Già A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 137 e nt. 280, segnalava che nei Basilici il ricorso al *κατὰ πόδας* è escluso normalmente dalla presenza delle traduzioni letterali di Taleleo, che i compilatori preferivano.

¹²² Nel caso di C. 2.6.8 = B. 8.1.17 (Hb. I 339 s.; BS, I, 70) è lo stesso Taleleo a lamentarsi della eccessiva lunghezza del testo, che forse deve avere inciso, insieme alla circostanza che non si tratta di un rescritto, sulla sua scelta di non tradurlo personalmente e di servirsi del *κατὰ πόδας*, oggetto di apposito commento. Altri rinvii al *κατὰ πόδας*, ma mai con riferimento a rescritti e sempre a *leges generales*, di solito postdiocleziane in: C. 2.6.6 = B. 8.1.15 (Hb. I 338; BS, I, 68); C. 2.7.8 = B. 8.1.23 (Hb. I 344 = BS, I, 75); C. 2.8.4 (2.7.23) = B. 8.1.33 (Hb. I 350; BT, I, 411; BS, I, 82); C. 2.8.7 (2.7.26) = B. 8.1.34 (Hb. I 351 s.; BS, I, 83 ss.); C. 2.12(13).26 = B. 8.2.98 (Hb. I 416; BS, I, 163).

¹²³ Cfr. gli studiosi citati *supra*, nelle ntt. 13-15.

quale comincia a tradurre solo pochi rescritti letteralmente, offrendo degli altri testi unicamente brevi sunti: per la traduzione letterale sarebbe stato impiegato il *κατὰ πόδας* durante il secondo corso.¹²⁴

Ad ogni modo, è possibile rintracciare almeno cinque traduzioni letterali di rescritti ascrivibili a Taleleo.¹²⁵ Negli altri casi l'antecessore deve avere rinviato per la traduzione al manoscritto munito di *κατὰ πόδας* interlineare e letto nel secondo corso. Segnaliamo che ci sono pervenuti almeno quattro scoli che contengono commenti nei quali Taleleo rinvia espressamente al *κατὰ πόδας*¹²⁶ del rescritto, utilizzato per la traduzione letterale del testo nel secondo corso sul Codice.

Il fenomeno che abbiamo descritto relativamente al terzo libro del *Codex* si riscontra anche in relazione al quarto libro: cambiano solo i numeri, poiché ci è pervenuto un numero maggiore di traduzioni letterali di Taleleo.¹²⁷ Negli altri casi l'antecessore deve avere rinviato al secondo corso per la traduzione letterale dei rescritti; ad ogni modo si possono rintracciare

¹²⁴ N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 69.

¹²⁵ C. 3.29.3 = B. 41.4.4 (Hb. IV 156; BT, V, 1870); C. 3.31.4 = B. 42.1.62 (Hb. IV 239; BT, V, 1910); C. 3.36.5 = B. 42.3.61 (Hb. IV 282; BT, V, 1935); C. 3.41.2-3 = B. 60.5.45-46 (Hb. V 376 s.; BT, VIII, 2787 s.).

¹²⁶ Sempre che tali riferimenti siano genuini, vd. in senso critico i rilievi di N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 77. Ad ogni modo, si conservano all'interno degli scoli riferibili a Taleleo i seguenti rinvii al *κατὰ πόδας* relativamente alle costituzioni del terzo libro del Codice: C. 3.28.2 = B. 39.1.35 (Hb. IV 31; BS, VI, 2334) è un rescritto di Settimio Severo e nei Basilici è conservato uno scolio riferito a Taleleo nel quale si richiama il *κατὰ πόδας* della costituzione contenuto nel testo dei Basilici. Sebbene il richiamo non possa essere attribuito a Taleleo, è comunque indicativo del fatto che della costituzione non ricorreva una traduzione letterale dell'antecessore, che i compilatori dei Basilici avrebbero certo preferito al *κατὰ πόδας* di cui si sono serviti. Ancora all'età dei Severi risale il rescritto conservato in C. 3.31.2 = B. 42.1.60 (Hb. IV 238; BS, VI, 2570): nei Basilici resta traccia di uno scolio nel quale Taleleo richiama alcuni tratti del *κατὰ πόδας* della costituzione per commentarli. Simili osservazioni possono compiersi per C. 3.31.7 = B. 42.1.65 (Hb. IV 240; BS, VI, 2571). C. 3.36.18 = B. 42.3.74 (Hb. IV 286; BS, VII, 2629) è un rescritto di Diocleziano e Massimiano e nei Basilici sono conservati due scoli attribuiti a Taleleo nei quali l'antecessore rinvia al *κατὰ πόδας* della costituzione. Infine, C. 3.35.2 = B. 60.3.(58)59 (Hb. V 323; BS, VIII, 3166 s.) è un rescritto dell'imperatore Gordiano dell'anno 239 d.C., del quale è conservato il *κατὰ πόδας* in uno scolio attribuito a Taleleo, che se ne serve per commentare la costituzione. I casi aumentano se si attribuiscono a Taleleo alcuni scoli contenenti un riferimento al *κατὰ πόδας* e che Heimbach attribuisce a Teodoro, mentre nell'edizione di Scheltema et al. vengono staccati dagli scoli riferiti a Teodoro e restano adespoti: C. 3.37.1 = B. 12.2.32 (Hb. I 790; BS, II, 581); C. 3.37.2 = B. 12.2.33 (Hb. I 817; BS, II, 582); C. 3.37.4 = B. 12.2.35 (Hb. I 818; BS, II, 584); C. 3.37.5 = B. 12.2.36 (Hb. I 819; BS, II, 584); C. 3.38.2 = B. 12.3.2 (Hb. I 819; BS, II, 595).

¹²⁷ C. 4.23.2 = B. 13.1.25 (Hb. II 23; BT, II, 719); C. 4.35.2 = B. 14.1.64 (Hb. II 146; BT, II, 759); C. 4.19.8 = B. 22.1.42 (Hb. II 488; BS, IV, 1364); C. 4.2.5 = B. 23.1.49 (Hb. II 646; BT, III, 1104); C. 4.30.12 = B. 23.1.74 (Hb. II 662; BT, III, 1111); C. 4.32.5 = B. 23.3.54 (Hb. II 722; BT, III, 1130); C. 4.6.2 = B. 24.1.30 (Hb. III 11; BT, III, 1149); C. 4.6.4 = B. 24.1.32 (Hb. III 12; BT, III, 1150); C. 4.6.6 = B. 24.1.34 (Hb. III 13; BT, III, 1150); C. 4.6.7 = B. 24.1.35 (Hb. III 12; BT, III, 1150); C. 4.6.9 = B. 24.1.37 (Hb. III 14; BT, III, 1151); C. 4.7.1 = B. 24.2.10 (Hb. III 18; BT, III, 1153); C. 4.7.5 = B. 24.2.14 (Hb. III 19; BT, III, 1154); C. 4.10.3 = B. 24.3.7 (Hb. III 22; BT, III, 1156); C. 4.31.9 = B. 24.10.33 (Hb. III 49; BT, III, 1185), con l'avvertenza che si tratta di un testo brevissimo, per cui il miglior modo di commentarlo era semplicemente tradurlo.

non pochi riferimenti espressi (ammesso che siano genuini)¹²⁸ al *κατὰ πόδας* dei rescritti all'interno di scolii che contengono commenti di Taleleo.¹²⁹

L'ultimo libro nel quale è possibile ritrovare ancora un certo numero di traduzioni letterali di Taleleo, precisamente sette, è il quinto.¹³⁰ Naturalmente anche in questo libro è possibile riscontrare parecchie volte un espresso rinvio da parte dell'antecessore al *κατὰ πόδας* dei rescritti.¹³¹ Ma il fatto stesso di potere rinvenire traduzioni letterali di Taleleo a tre libri di distanza

¹²⁸ Vd. *supra*, nt. 126.

¹²⁹ Taleleo richiama, in un commento a C. 4.34.2 = B. 13.2.36 (Hb. II 60; BS, II, 668), il *κατὰ πόδας* di C. 4.34.3, un rescritto di Gordiano, non accolto nei Basilici. Similmente accade con riferimento a C. 4.34.4 = B. 13.2.37 (Hb. II 60; BS, II, 668). In uno scolio attribuito a Taleleo e relativo a C. 4.26.1 = B. 18.2.13, un rescritto del 196 d.C., è presente un riferimento al *κατὰ πόδας* della costituzione. Occorre segnalare, tuttavia, che lo scolio è lacunoso ed è riferito solo da Scheltema (BS, III, 1090). Ancora un rescritto di età severiana, non tradotto da Taleleo è C. 4.2.1 = B. 23.1.45 (Hb. II 643 = BS, IV, 1583). Possiamo dirlo poiché, proprio nello scolio proveniente dal commento di Taleleo si riconosce che il testo presente nei Basilici è il *κατὰ πόδας* della costituzione. Sebbene questo riferimento naturalmente non possa provenire da Taleleo, resta comunque un indizio del fatto che l'antecessore non ha tradotto il testo, altrimenti i compilatori dei Basilici avrebbero preferito la sua traduzione. Stesso discorso vale per C. 4.1.1 = B. 22.5.43 (Hb. II 565; BS, IV, 1468) e C. 4.1.4 = B. 22.5.46 (Hb. II 567; BS, IV, 1471). C. 4.32.15 = B. 23.3.63 (Hb. II 726; BS, IV, 1697) è un rescritto dell'imperatore Gordiano: nei Basilici si trova uno scolio che contiene un commento di Taleleo alla costituzione nel quale l'antecessore si serve anche del *κατὰ πόδας*. Similmente succede per C. 4.32.20 = B. 23.3.68 (Hb. II 727; BS, IV, 1699), questa volta un rescritto di Diocleziano e Massimiano. C. 4.5.2 = B. 24.1.19 (Hb. III 9; ma in BS, V, 1728 lo scolio contenente il *κατὰ πόδας* e il commento di Taleleo non ricorre) è un rescritto dell'imperatore Antonino Caracalla, del quale esiste un *κατὰ πόδας*, oggetto di commento in uno scolio adespota, ma forse riferibile a Taleleo sulla base dell'attribuzione a quest'ultimo antecessore dello scolio immediatamente precedente. Altri riferimenti al *κατὰ πόδας* da parte di Taleleo potrebbero aversi per le seguenti costituzioni, alle quali si riferiscono scolii, invero adespota per entrambi gli editori dei Basilici: C. 4.32.7 = B. 23.3.56 (Hb. II 723, BS, IV, 1694); C. 4.32.15 = B. 23.3.63 (Hb. II 726; BS, IV, 1697) ma nei quali compare un espresso riferimento a Taleleo; C. 4.32.17 = B. 23.3.65 (Hb. II 726; BS, IV, 1698); C. 4.32.21 = B. 23.3.69 (Hb. II 728; BS, IV, 1700); C. 4.32.23 = B. 23.3.71 (Hb. II 729; BS, IV, 1701).

¹³⁰ C. 5.3.3 = B. 28.3.3 (Hb. III 160; BT, IV, 1321 s.); C. 5.62.15 = B. 38.1.65 (Hb. III 703; BT, V, 1695); C. 5.49.2 = B. 38.2.8 (Hb. III 711; BT, V, 1701); C. 5.37.12 = B. 38.9.26 (Hb. III 757; BT, V, 1731); C. 5.55.1 = B. 38.16.1 (Hb. III 782 s.; BT, V, 1755); C. 5.71.11 = B. 38.9.52 (Hb. III 766 s.; BT, V, 1738); C. 5.72.4 = B. 38.9.63 (Hb. III 769; BT, V, 1740).

¹³¹ C. 5.2.1 = B. 28.1.20 (Hb. III 155; BS, V, 1802); C. 5.3.1 = B. 28.3.1 (Hb. III 159 s.; BS, V, 1808); C. 5.3.7 = B. 28.3.7 (Hb. III 162; BS, V, 1810); C. 5.3.12 = B. 28.3.12 (Hb. III 163; BS, V, 1811); C. 5.3.15 = B. 28.3.15 (Hb. III 165; lo scolio non compare in Scheltema); C. 5.4.16 = B. 28.4.33 (Hb. III 184; BS, V, 1836); C. 5.7.1 = B. 28.5.39 (Hb. III 214; BS, V, 1943); C. 5.8.1 = B. 28.5.40 (Hb. III 215; BS, V, 1864); C. 5.18.5 = B. 28.8.69 (Hb. III 293; BS, V, 1943); C. 5.12.12 = B. 29.1.99 (Hb. III 436; BS, V, 2093); C. 5.12.18 = B. 29.1.105 (Hb. III 438; BT, IV, 1470); C. 5.12.29 = B. 29.1.116 (Hb. III 444 s.; BS, V, 2101); C. 5.14.1 = B. 29.5.31 (Hb. III 480; BS, V, 2132); C. 5.15.2 = B. 29.5.42 (Hb. III 485 s.; BS, V, 2137); C. 5.19.1 = B. 28.9.1 (Hb. III 296; BT, V, 1946); C. 5.21.1 = B. 28.11.31 (Hb. III 311; BS, V, 1963); C. 5.11.6-7 = B. 29.1.86-87 (Hb. III 430 s.; BS, V, 2087 s.); C. 5.12.5 = B. 29.1.92 (Hb. III 433; BS, V, 2091); C. 5.23.1 = B. 29.7.19 (Hb. III 496; BS, V, 2151 s.); C. 5.36.3 = B. 38.1.49 (Hb. III 700; BS, VI, 2185); C. 5.37.5 = B. 38.9.19 (Hb. III 756; BS, VI, 2255); C. 5.37.11 = B. 38.9.25 (Hb. III 757; BS, VI, 2257); C. 5.37.18 = B. 38.9.23 (Hb. III 759; BS, VI, 2259); C. 5.46.2 = B. 38.8.22 (Hb. III 747; BS, VI, 2244); C. 5.51.1 = B. 38.3.26 (Hb. III 723; BS, VI, 2214); C. 5.51.2 = B. 38.3.27 (Hb. III 723; BS, VI, 2215); C. 5.51.3 = B. 38.3.28 (Hb. III 734; BS, VI, 2215); C. 5.51.7 = B. 38.3.32 (Hb. III 725; BS,

da quello nel quale l'antecessore ha deciso di cambiare metodo e di non dettare più proprie traduzioni dei rescritti, ci fa capire che tale scelta deve essere stata condizionata anche da ragioni contingenti: altrimenti sarebbe stata applicata in maniera uniforme e senza eccezioni.

Se si fosse trattato di una scelta liberamente adottata per ragioni di metodo, ci saremmo aspettati di trovare nei libri successivi al secondo solo brevi sunti delle costituzioni e commenti al *κατὰ πόδας* dei rescritti: ciò, tuttavia, non accade. Quando riscontriamo traduzioni letterali di Taleleo di costituzioni inserite in libri successivi al secondo, dobbiamo tenere presente che esse vennero dettate nel primo corso in sostituzione dei sunti delle costituzioni, ritenuti così importanti da Scheltema per la comprensione dei testi.

Solo dal sesto libro del Codice, se si prescinde da alcune occasionali traduzioni letterali –¹³² che Taleleo deve avere deciso di approntare considerando la traduzione il modo migliore di spiegare questi testi – il nostro antecessore non avrebbe più dettato ai suoi studenti nel primo corso traduzioni letterali ma solo brevi sunti dei rescritti.¹³³

L'antecessore avrebbe rinviato alla lettura del manoscritto del Codice munito di *κατὰ πόδας* interlineare nel secondo corso per la traduzione letterale dei testi.¹³⁴

VI, 2217); C. 5.51.9 = B. 38.3.34 (Hb. III 726; BS, VI, 2218); C. 5.52.2 = B. 38.14.2 (Hb. III 780; BS, VI, 2282); C. 5.53.2 = B. 38.15.2 (Hb. III 781, lo scolio non ricorre in Scheltema); C. 5.54.1 = B. 38.7.9 (Hb. III 738; BS, VI, 2234); C. 5.71.1 = B. 38.9.42 (Hb. III 764; BS, VI, 2264); C. 5.71.2 = B. 38.9.43 (Hb. III 765; BS, VI, 2264); C. 5.71.16 = B. 38.9.62 (Hb. III 768; BS, VI, 2267); C. 5.75.3 = B. 38.8.17 (Hb. III 745; BS, VI, 2242). Circa i dubbi sulla originalità di tali rinvii, vd. *supra*, nt. 126.

¹³² A partire dal libro sesto, abbiamo individuato solo quattro traduzioni letterali di rescritti attribuibili, con alto grado di probabilità, a Taleleo: C. 6.16.1 = B. 40.2.3 (Hb. IV 60; BS, VI, 2366); C. 6.17.1 = B. 40.5.17 (Hb. IV 83; BT, V, 1808); C. 6.55.8 = B. 45.2.22 (Hb. IV 510 s.; BT, VI, 2093) C. 9.32.1 = B. 60.29.7 (Hb. V 662; BT, VIII, 2931).

¹³³ Segnaliamo anche il fenomeno, che si può riscontrare a partire dal libro sesto del Codice, per cui le espressioni che Taleleo di solito utilizza per introdurre le traduzioni letterali dei rescritti: *ἡ διάταξις φησὶν* (*λέγει, νομοθετεῖ, κελεύει, ἀντιγράφει*) οὕτως; ὁ βασιλεὺς ἀντιγράφει (*ἀντέγραψε*) οὕτως, ora introducono semplici sunti dei testi: C. 6.2.8 = B. 60.6.25 (Hb. V 395; BT, VIII, 2795); C. 6.20.13 = B. 41.7.28 (Hb. IV 177; BT, V, 1886); C. 6.20.14 = B. 41.7.29 (Hb. IV 178; BT, V, 1886 s.); C. 7.32.4 = B. 50.2.55 (Hb. V 54; BT, VI, 2341).

¹³⁴ Con riferimento al sesto e al settimo libro, si riscontrano non pochi riferimenti espressi al *κατὰ πόδας* di rescritti da parte di Taleleo: C. 6.2.4 = B. 60.6.21 (Hb. V 394; BS, VIII, 3258); C. 6.2.5 = B. 60.6.22 (Hb. V 395; BS, VIII, 3258); C. 6.2.8 = B. 60.6.25 (Hb. V 396; BS, VIII, 3260); C. 6.2.9 = B. 60.6.26 (Hb. V 396; BS, VIII, 3260); C. 6.2.12 = B. 60.6.29 (Hb. V 397; BS, VIII, 3261); C. 6.9.4 = B. 40.1.20 (Hb. IV 57; BS, VI, 2361); C. 6.18.1 = B. 45.5.2 (Hb. IV 544; BS, VII, 2725); C. 6.35.4 = B. 35.17.29 (Hb. III 630; il testo non ricorre in Scheltema); C. 6.49.3 = B. 41.3.3 (Hb. IV 141; BS, VI, 2457); C. 6.50.2 = B. 41.1.96 (Hb. IV 129; BS, VI, 2443); C. 6.50.6 = B. 41.1.100 (Hb. IV 131; BS, VI, 2444); C. 6.49.3.2 = B. 41.3.2 (Hb. IV 141; BS, VI, 2457); C. 6.49.6.2 = B. 41.3.6 (Hb. IV 143; BS, VI, 2458); C. 6.55.5 = B. 45.2.19 (Hb. IV 510; BS, VII, 2689); C. 6.58.10 = B. 45.1.46 (Hb. IV 499; BS, VII, 2675); C. 6.60.2-4 = B. 45.4.2-4 (Hb. IV 528 s.; BT, VII, 2708 s.); C. 6.61.5 = B. 45.4.8 (Hb. IV 532; BS, VII, 2712 s.); C. 7.4.2 = B. 48.13.1 (Hb. IV 747; BS, VII, 2956); C. 7.8.5 = B. 48.15.5 (Hb. IV 760 s.; BS, VII, 2974); C. 7.10.1 = B. 48.16.1 (Hb. IV 762; BS, VII, 2976); C. 7.12.2 = B. 48.17.2 (Hb. IV 764; BS, VII, 2980); C. 7.14.5 = B. 48.10.11 (Hb. IV 738; BS, VII, 2944); C. 7.14.11 = B. 48.10.17 (Hb. IV 740; BS, VII, 2947); C. 7.16.5 = B. 48.20.5 (Hb. IV 771; BS, VII, 2990); C. 7.16.8 = B. 48.20.8 (Hb. IV 772; BS, VII, 2992); C. 7.16.9 = B. 48.20.9 (Hb. IV 772; BS, VII, 2992); C. 7.16.10 = B. 48.20.10 (Hb. IV 772; BS, VII, 2992 s.); C. 7.16.11 = B. 48.20.11 (Hb. IV 773; BS, VII, 2993); C. 7.16.12 = B. 48.20.12 (Hb. IV 773; BS, VII, 2994); C. 7.16.15 = B. 48.20.15 (Hb. IV 774; BS, VII, 2994 s.); C. 7.16.16 = B.

4.2. Dobbiamo adesso interpretare i dati fin qui raccolti.

A fronte di più di cento rescritti contenuti nel secondo libro del Codice e tradotti alla lettera da Taleleo, il numero dei testi tradotti di persona dall'antecessore nei libri successivi si abbassa bruscamente. In relazione al terzo libro, ci sono pervenute solo cinque traduzioni; quindici con riferimento al quarto libro e sette in relazione al quinto libro. Dopo il quinto libro, le traduzioni letterali di Taleleo scompaiono e nei libri sesto e settimo¹³⁵ è attestato un massiccio ricorso al *κατὰ πόδας* dei rescritti.

48.20.16 (Hb. IV 775; BS, VII, 2995); C. 7.16.19 = B. 48.20.19 (Hb. IV 776; BS, VII, 2997); C. 7.16.20 = B. 48.20.20 (Hb. IV 776; BS, VII, 2997); C. 7.16.21 = B. 48.20.21 (Hb. IV 776; BS, VII, 2997 s.); C. 7.16.22 = B. 48.20.22 (Hb. IV 777; BS, VII, 2998); C. 7.16.23 = B. 48.20.23 (Hb. IV 777; BS, VII, 2998 s.); C. 7.16.27 = B. 48.20.27 (Hb. IV 778; BS, VII, 3000); C. 7.16.28 = B. 48.20.28 (Hb. IV 778 s.; BS, VII, 3000 s.); C. 7.16.31 = B. 48.20.30 (Hb. IV 779; BS, VII, 3001); C. 7.16.36 = B. 48.20.35 (Hb. IV 780; BS, VII, 3002); C. 7.16.37 = B. 48.20.36 (Hb. IV 780; BS, VII, 3002); C. 7.16.38 = B. 48.20.37 (Hb. IV 781; BS, VII, 3003); C. 7.16.40 = B. 48.20.39 (Hb. IV 781; BS, VII, 3004); C. 7.16.41 = B. 48.20.40 (Hb. IV 781; BS, VII, 3004); C. 7.16.42 = B. 48.20.41 (Hb. IV 782; BS, VII, 3005); C. 7.18.2-3 = B. 48.9.3-4 (Hb. IV 734 s.; BS, VII, 2939); C. 7.19.1 = B. 48.22.1 (Hb. IV 784; BS, VII, 3009); C. 7.19.2 = B. 48.22.2 (Hb. IV 785; BS, VII, 3010); C. 7.19.3 = B. 48.22.3 (Hb. IV 785; BS, VII, 3010); C. 7.19.4 = B. 48.22.4 (Hb. IV 785; BS, VII, 3010 s.); C. 7.19.5 = B. 48.22.5 (Hb. IV 786; BS, VII, 3011); C. 7.19.6 = B. 48.22.6 (Hb. IV 786; BS, VII, 3011 s.); C. 7.20.1 = B. 48.23.1 (Hb. IV 788; BS, VII, 3014); C. 7.21.4 = B. 48.11.8 (Hb. IV 744; BS, VII, 2952); C. 7.21.7 = B. 48.11.11 (Hb. IV 745; BS, VII, 2953); C. 7.21.8 = B. 48.11.12 (Hb. IV 745; BS, VII, 2953); C. 7.22.1 = B. 48.24.1 (Hb. IV 789; BS, VII, 3016).

Il discorso cambia con riferimento ai libri successivi, perché le tracce del commento di Taleleo si fanno rare. Scartato l'ottavo libro, in quanto proveniente, con tutta probabilità, dall'Indice di Anatolio, di Isidoro o di un Anonimo [vd. la letteratura citata *supra*, nt. 84, cui *adde* D. SIMON, *Aus dem Codexuntersicht des Thalelaios. D.*, cit., 3, 000 e nt. 72] non ricorre che una sola traduzione letterale attribuibile a Taleleo di rescritti contenuti nel nono libro del Codice: si tratta di C. 9.32.1 = B. 60.29.7 (Hb. V 662; BT, VIII, 2931). Sempre nel nono libro, segnaliamo la presenza di alcuni di riferimenti di Taleleo al *κατὰ πόδας* di rescritti: C. 9.1.17-18 = B. 60.34.39-40 (Hb. V 695; BS, IX, 3657); C. 9.3.2 = B. 60.35.15 (Hb. V 701; BS, IX, 3665); C. 9.6.6 = B. 60.56.4 (Hb. V 897; BS, IX, 3926); C. 9.9.3 = B. 60.37.47 (Hb. V 743; BT, IX, 3721); C. 9.9.14 = B. 60.37.54 (Hb. V 746; lo scolio non ricorre in Scheltema); C. 9.9.28(29) = B. 60.37.67 (Hb. V 751; BS, IX, 3732); C. 9.9.31(32) = B. 60.37.69 (Hb. V 752; BS, IX, 3734); C. 9.11.1 = B. 60.37.73 (Hb. V 754; BS, IX, 3737); C. 9.15.1 = B. 60.59.2 (Hb. V 902; BS, IX, 3934); C. 9.16.(8)9 = B. 60.39.21 (Hb. V 770; BS, IX, 3756); C. 9.20.12 = B. 60.48.17 (Hb. V 830; BS, IX, 3846); C. 9.22.22 = B. 60.41.56 (Hb. V 798; BS, IX, 3796); C. 9.23.3-4-5 = B. 60.41.61-62-63 (Hb. V. 800 s.; BS, IX, 3800 s.); C. 9.33.2 = B. 60.17.32 (Hb. V 595; BS, IX, 3520); C. 9.41.4 = B. 60.50.25 (Hb. V 849; BS, IX, 3871); C. 9.44.1 = B. 60.65.1 (Hb. V 908; BS, IX, 3943); C. 9.49.1 = B. 60.52.12 (Hb. V 883; BS, IX, 3910). Quanto ai libri decimo e undicesimo, sono comprese nei Basilici pochissime costituzioni: non abbiamo riscontrato tracce, sia nel testo sia negli scolii, né di traduzioni letterali di Taleleo, né di richiami al *κατὰ πόδας* di rescritti. Infine, nessuna indicazione dell'opera di Taleleo è possibile rinvenire con riferimento al libro dodicesimo, sebbene nel Basilici siano presenti parecchie costituzioni provenienti da questo libro.

Proprio la povertà di riferimenti dell'opera di Taleleo all'interno dei libri del Codice successivi al settimo, ci pare legittimi la congettura che il corso di Taleleo sul Codice possa essersi fermato allo studio, almeno in maniera completa, del settimo libro. Del resto, neppure il Digesto era studiato per intero dagli studenti e, pertanto, non potrebbe stupire che il nostro antecessore, data la vastità della materia trattata nel Codice, non lo spiegasse per intero, nonostante in *const. Omnem*, 5 si disponga lo studio e l'approfondimento di tutte le costituzioni in esso contenute (*constitutum Codicem tam legere, quam subtiliter intellegere*).

¹³⁵ Questo cambiamento di metodo lascia presumere che esso venne seguito anche nei libri successivi, in relazione ai quali, purtroppo, le tracce del lavoro di Taleleo sono davvero molto scarse: *supra*, nt. precedente.

La presenza di traduzioni letterali di Taleleo di costituzioni contenute nel quinto libro del Codice, ci pare costituisca un argomento ulteriore da opporre alla ricostruzione di Scheltema.¹³⁶ Se fosse vero, infatti, quanto sostenuto dal maestro olandese, ossia che dopo il quarto libro non si trovano più riferimenti, nel commento di Taleleo, a traduzioni letterali (*κατὰ πόδας*) dei rescritti poiché Taleleo preferiva dettare nel primo corso solo brevi sunti delle costituzioni, non si spiegherebbe la presenza nel commentario del nostro antecessore di traduzioni letterali di costituzioni contenute ancora nel quinto libro del Codice, dettate durante il primo corso e volte a sostituire i detti sunti.

Tale dato, a nostro avviso, rappresenta un indizio del fatto che la scelta di non tradurre più i rescritti non è stata libera e meditata, ma deve essere stata occasionata da ragioni contingenti. Se si fosse trattato di una scelta di metodo riteniamo che a partire dal terzo libro non si sarebbero più dovute trovare traduzioni letterali di Taleleo, ma solo brevi sunti dei rescritti.

Forse è stata la mancanza di tempo che deve avere fatto comprendere all'antecessore l'impossibilità di tradurre in modo sistematico i testi dei rescritti durante il primo corso. Fin dal terzo libro del Codice, infatti, Taleleo, comincia a selezionare i testi da tradurre letteralmente, preferendo per gli altri dettare solo un breve sunto nel primo corso e rinviare alla lettura del manoscritto del Codice munito di *κατὰ πόδας* interlineare nel secondo, per la traduzione letterale dei rescritti. Ciò avrebbe permesso all'antecessore di guadagnare tempo nella redazione del proprio commentario, potendo egli valersi per la traduzione di un testo già pronto: il *κατὰ πόδας*.

5. Non è sfuggita alla dottrina la fretta che ha caratterizzato il lavoro di traduzione di Taleleo dei testi dei rescritti. Specialmente van der Wal ha sostenuto che Taleleo si sarebbe ispirato al *κατὰ πόδας* dei rescritti (o lo avrebbe addirittura copiato) all'atto di approntare le proprie traduzioni dei rescritti, per «raisons d'économie de temps».¹³⁷

Per comprendere quale fosse il tempo realmente a disposizione del nostro antecessore per la redazione del commentario alle costituzioni del Codice, occorre risolvere una questione pregiudiziale: ricostruire l'arco temporale di svolgimento degli anni accademici, all'indomani della *constitutio Omnem*.¹³⁸ Diciamo subito che la questione non si trova affrontata espressamente in letteratura. Infatti, di solito gli studiosi si limitano a discorrere di primo anno di corso, secondo anno di corso e così via, forse anche perché le fonti in nostro possesso non consentono di lumeggiare il problema.

In linea di principio possono avanzarsi due ipotesi. Secondo una prima possibile ricostruzione, possiamo credere che l'anno accademico cominciasse negli ultimi mesi di un anno solare, ottobre, o forse novembre, per proseguire nell'anno solare successivo, come accade oggi in Italia e in parecchi altri paesi europei, dove l'anno accademico comincia nel mese di ottobre

¹³⁶ H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 37 (= 84).

¹³⁷ N. VAN DER WAL, *La relation*, cit., 552.

¹³⁸ Sulla riforma degli studi di diritto varata da Giustiniano nel 533 d.C., vd. da ultime: A. M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico*, Soveria Mannelli 2011, 49 ss., su cui si vd. la recensione di P. PASQUINO, Rec. a A. M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole di diritto e la formazione giuridica nel tardoantico*, in TSDP 5, 2012; F. GALGANO, *Diritto greco-romano bizantino. Dodici lezioni*, Città del Vaticano 2011, 97 ss.

di ogni anno, o comunque dopo l'estate.¹³⁹ Secondo un'altra possibile ricostruzione, del pari sostenuta in dottrina, l'anno accademico coincideva con l'anno solare e cominciava nel mese di gennaio di ogni anno, per concludersi nel dicembre del medesimo anno.¹⁴⁰

Orbene, a nostro avviso possono essere rintracciati nelle fonti un paio di indizi, che depongono nel senso della coincidenza dell'anno accademico con l'anno solare e nel senso, quindi, dell'inizio dei corsi nel mese di gennaio.

Un primo argomento si desume dalla chiusa della *constitutio Omnem: const. Omnem*, 11: *Incipite igitur legum doctrinam eis Dei gubernatione tradere et viam aperire quam nos invenimus*.

L'esortazione ai maestri di diritto, destinatari della costituzione, a cominciare ad insegnare la dottrina delle leggi (*legum doctrina*) assume un significato pregnante se si ritiene imminente proprio l'inizio dei corsi. Considerato che la costituzione è stata pubblicata il sedici dicembre del 533 d.C., l'invito che leggiamo nella sua chiusa si armonizza meglio con l'inizio dei corsi nelle prime settimane del successivo gennaio del 534 d.C., piuttosto che negli ultimi mesi dello stesso anno solare.

D'altra parte, la *constitutio Omnem* non contiene alcun regime transitorio da applicare agli studenti in corso che, invece, ci saremmo aspettati ove essa fosse stata emanata nel mezzo dell'anno accademico.

Un secondo argomento ci pare possa desumersi dalla data delle costituzioni cosiddette introduttive delle varie parti della Compilazione. Mentre le costituzioni relative al *Novus Codex* sono state emesse in corso d'anno (la *const. Haec quae necessario* è del tredici febbraio del 528 d.C. e la *const. Summa rei publicae* del sette aprile del 529 d.C.), le costituzioni che hanno disposto la pubblicazione delle varie parti della compilazione, oggetto di studio ai sensi della *const. Omnem*, si datano proprio alla fine dell'anno solare.

Infatti, la *const. Tanta*, del sedici dicembre del 533 d.C., dispone al § 23 l'entrata in vigore di Istituzioni e Digesto il trenta dicembre di quell'anno. Similmente, accade con il *Codex repetitae praelectionis*: la *const. Cordi*, del sedici novembre del 534 d.C., dispone al § 4, l'entrata in vigore del Codice il ventinove dicembre dello stesso anno.

Queste date depongono a favore dell'avvio dei corsi universitari con l'inizio dell'anno solare: a partire dal gennaio del 534 d.C. gli studenti dei vari anni di corsi avrebbero cominciato l'anno, studiando direttamente i nuovi programmi. Con il primo gennaio del 535 d.C. sarebbe anche stato studiato, al quinto anno, il *Codex repetitae praelectionis* in sostituzione del *Novus Codex*.

¹³⁹ Di questo avviso è H. J. SCHELTEMA, *Subseciva IV. Die Institutionenparaphrase Theophili*, cit., 92 [= *Opera minora*, cit., 119], il quale discorre espressamente del corso tenuto nel 533/534 da Teofilo sulle Istituzioni. Tuttavia, ID., *L'enseignement*, cit., 6 (= 63), sostiene con riferimento a Stefano, che il corso a base del suo commentario sarebbe stato tenuto nel 542 d.C., o poco più tardi; mentre l'antecessore Giuliano avrebbe tenuto il corso nel 556/557 d.C. Di recente, si è espresso in questo senso anche J. H. A. LOKIN, *Bilingual problem in the teaching the Justinian Code*, relazione tenuta in occasione del Convegno Internazionale dal titolo: "Modelli di un multiculturalismo giuridico: il bilinguismo nel mondo antico. Diritto, prassi, insegnamento" - Siracusa, 17-18 maggio 2012.

¹⁴⁰ In questo senso, vd.: H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare und die Entstehung der Digesten*, I, Leipzig 1813, 47 [= Labeo 16, 1970, 213]; P. COLLINET, *Histoire de l'école de droit de Beyrouth*, II, Paris 1925, 240 e 254. Ci pare che anche L. LABORDE, *Les écoles de droit*, cit., 112, sia dell'avviso che i corsi coincidessero con gli anni solari, poiché sostiene che Teofilo avrebbe tenuto i corsi di primo e secondo anno rispettivamente nel 534 e 535 d.C.

Altrimenti, accogliendo l'idea secondo la quale gli anni accademici cominciavano dopo l'estate di ogni anno, dovremmo ammettere che al momento dell'entrata in vigore delle varie parti della compilazione, oggetto dei singoli anni di studio, si erano già svolti alcuni mesi di lezione secondo il vecchio programma e solo ad anno accademico cominciato, cioè a partire dal gennaio del 534 d.C., gli studenti avrebbero potuto seguire i nuovi programmi.¹⁴¹

Così dovremmo credere che nell'anno accademico 533/534 d.C. gli studenti avrebbero studiato i vecchi programmi fino a gennaio mentre, all'inizio del 534 d.C., con l'entrata in vigore di Istituzioni e Digesto avrebbero cominciato a studiare i nuovi programmi, ma in un tempo residuo che non ne avrebbe permesso la conclusione. Né ci pare credibile ipotizzare una sorta di salvacondotto che avrebbe permesso agli studenti già in corso alla data di entrata in vigore della riforma degli studi universitari varata da Giustiniano di seguire i vecchi programmi: costoro avrebbero, infatti, studiato testi non più in vigore, né dotati di efficacia normativa, che sarebbero stati inutili ai fini della loro professione.

5.1. A questo punto, per stabilire con sufficiente grado di approssimazione il tempo a disposizione di Taleleo per la redazione del commentario, occorre capire quando ebbe inizio l'insegnamento del secondo Codice di Giustiniano e quando Taleleo pubblicò il suo commentario al Codice.

Diciamo subito, che non ci sono fonti capaci di suffragare la tesi secondo la quale la *constitutio Omnem* avrebbe disposto solo l'avvio immediato del primo anno di corso. Infatti, così ragionando, sarebbe rimasta in sospenso la situazione di quegli studenti che nell'anno immediatamente precedente all'entrata in vigore della riforma avevano ultimato il quarto anno di corso e avrebbero dovuto completare il loro percorso di studi con lo studio delle costituzioni del Codice che, anche prima della riforma, aveva luogo nel quinto e ultimo anno di corso.¹⁴²

¹⁴¹ Sui contenuti dei corsi di studio, sia prima sia dopo la riforma, vd.: L. LABORDE, *Les écoles de droit*, cit., 66 ss., con specifico riferimento al quinto anno di corso che, secondo lo studioso, prima della riforma, sarebbe stato facoltativo; P. KRÜGER, *Geschichte der Quellen und Litteratur des Römischen Rechts*², München und Leipzig 1912, 394 ss.; H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare*, cit., 48 s. [= 213 s.]; B. KÜBLER, s.v. «Rechtsunterricht», in PWRE, *Zweite Reihe*, 2.1, Stuttgart 1914, 394 ss.; Id., *Geschichte des römischen Rechts. Ein Lehrbuch*, Leipzig 1925, 429 ss.; P. COLLINET, *Histoire*, cit., 234 ss., con riferimento al quinto anno, che secondo questo autore, prima della riforma, sarebbe stato facoltativo e svolto sotto forma di *recitationes privatae*; L. WENGER, *Die Quellen des römischen Rechts*, Wien 1953, 636; e, da ultimi, H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 7 ss. (= 64 ss.) e N. VAN DER WAL-J. H. A. LOKIN, *Delineatio*, cit., 20 ss. L'idea sostenuta da H. PETERS, *Die oströmischen Digestenkommentare*, cit., 50 nt. 138 e 63, in base alla quale lo studio delle costituzioni sarebbe avvenuto privatamente da parte dei discenti è stata criticata da H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 8 s. nt. 33 (= 65 nt. 33).

¹⁴² L'esistenza del quinto anno di corso anche prima della riforma del 533 d.C., già sostenuta in letteratura [vd. ad esempio P. DE FRANCISCI, *Storia del diritto romano*, III.1, Milano 1936, 232] può essere desunta da: *const. Imperatoriam*, 3: *et quod in priore tempore vix post quadriennium prioribus contigebat, ut tunc constitutiones imperatorias legerent* rell. e dalla *Vita Severi* di Zaccaria detto Scolastico [vd. H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 14 s. nt. 45 (= 69 nt. 45)]. Sulla questione, vd. ampiamente G. FALCONE, *Il metodo di compilazione*, cit., 237 e nt. 33, con puntuale indicazione di letteratura. Sul contenuto della *Vita Severi* di Zaccaria di Mitilene, detto Scolastico vd. i ragguagli, anche di natura bibliografica, presenti in A. M. GIOMARO, *Sulla presenza delle scuole*, cit., 20 s., cui adde G. GASPARRO, *Magia e demonologia nella polemica tra cristiani e pagani (V-VI sec.): la Vita di Severo di Zaccaria Scolastico*, in MHNH 6, 2006, 33 ss. Rinviando ancora al lavoro della Giomaro per ulteriori indicazioni bibliografiche relative al programma del quinto anno di corso, sia prima sia dopo la riforma, (146 ss.) e alla discussa natura facoltativa o obbligatoria del quinto

Costoro sarebbero stati costretti ad attendere ben cinque anni, per completare il loro percorso di studi: ciò è inverosimile.

Piuttosto, appare più probabile credere che, avendo mantenuto la riforma degli studi i cinque anni di corso, gli studenti, a partire dal 534 d.C., sarebbero passati al termine di ogni anno al corso dell'anno successivo: sarebbero cambiati unicamente i programmi. Così, entrato in vigore il ventinove dicembre del 534 d.C., nulla impedisce di credere che il secondo Codice cominciò ad essere insegnato, a partire dal gennaio del 535 d.C., agli studenti che, terminato il quarto anno, avrebbero frequentato il quinto e ultimo anno di corso.

Altra questione, è quella di stabilire se Taleleo abbia tenuto il corso sul Codice proprio nel 535 d.C. o in un anno successivo. Inoltre, a complicare le cose, le fonti a nostra disposizione non permettono di chiarire se un antecessore in un anno tenesse uno solo o più corsi. Sulla base della *Vita Severi* di Zaccaria di Mitilene detto Scolastico,¹⁴³ pare che in età pregiustiniana uno stesso professore tenesse più corsi, mentre per l'età giustiniana non ci sono notizie e sappiamo solo che un antecessore seguiva gli studenti per tutti gli anni del loro percorso di studi:¹⁴⁴ ciò, ad esempio, è chiaramente desumibile dalla Parafrasi di Teofilo, la quale fa prova anche per le altre parti della compilazione oggetto di studio a partire dal 534 d.C.¹⁴⁵

Tuttavia, il fatto che in età giustiniana un antecessore seguisse gli studenti lungo il percorso di studi, non permette di escludere che contemporaneamente tenesse anche altri corsi, piuttosto, la notizia relativa all'età pregiustiniana e fornita dalla *Vita Severi* di Zaccaria di Mitilene detto Scolastico, secondo la quale in uno stesso anno il maestro beritese Leonzio era seguito sia da *dupondii* sia da *edictales*,¹⁴⁶ potrebbe deporre in favore del fatto che anche

anno di corso, prima della riforma introdotta dalla *constitutio Omnem* (20 s. e nt. 19 e 145 ss.).

Se si aderisce alla tesi, fondatamente sostenuta e puntellata da riscontri testuali da G. FALCONE, '*Legum cunabula*' e '*antiquae fabulae*' (*const. Imperatoriam 3*), in *Studi in onore di Antonino Metro*, cur. C. RUSSO RUGGERI, II, Milano 2010, 289 s. e nt. 13, con letteratura, secondo la quale prima della riforma varata da Giustiniano con la *const. Omnem*, lo studio delle costituzioni imperiali nel quinto anno di corso era lasciato al libero apprendimento degli studenti, si potrebbe capire qualcosa in più circa l'origine del *κατὰ πόδας*. Se gli studenti dovevano apprendere da sé i testi delle costituzioni, che quindi non venivano insegnati, questo potrebbe bastare a farci dubitare della derivazione del *κατὰ πόδας* dal lavoro collettivo dei professori di Berito e Costantinopoli come ritenuto da: B. MORTREUIL, *Histoire*, cit., 400; A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 117 ss. e 123. Anzi, la derivazione di esso da mani poco esperte potrebbe spiegare, almeno in parte, i frequenti errori che si ritrovano al suo interno.

Né ci pare che rappresenti un ostacolo ad ammettere la tesi del libero apprendimento delle costituzioni imperiali durante il quinto anno di corso in età pregiustiniana, la probabile esistenza di un commentario di Taleleo al *Novus Codex* (vd. *infra*, nt. 148). Infatti, tale opera avrebbe ben potuto avere finalità scientifico-pratiche e non didattiche, né potrebbe deporre, quindi, in favore dell'insegnamento del diritto proveniente dalle costituzioni nel quinto anno di corso prima della *const. Omnem*.

¹⁴³ *Supra*, nt. 142.

¹⁴⁴ In merito rinviamo alle indicazioni di G. FALCONE, *Il metodo di compilazione*, cit., 393 ss., ntt. 406-408. In argomento vd. anche F. BRANDSMA, *Dorotheus*, cit., 30.

¹⁴⁵ Per tutti: G. FALCONE, *Il metodo di compilazione*, cit., 394 e nt. 407, con indicazione di fonti dalle quali è lecito desumere che sarebbe stato lo stesso Teofilo a spiegare, in anni successivi al primo e agli stessi studenti, altre parti della compilazione comprese nel programma di studi.

¹⁴⁶ Rinviamo sul punto a G. FALCONE, *Il metodo di compilazione*, cit., 394 nt. 407. Su Leonzio vd. A. BERGER, *One or two Leontii, legal scholars in Beirut? A Contribution to the History of Byzantine Legal Science*,

in età giustiniana un antecessore tenesse in uno stesso anno più corsi.

Tornando ai tempi di redazione del commentario di Taleleo, forse un indizio può desumersi dallo *sch.* 18* Τὴν ἐξ βενδίτο φησὶν a B. 11.1.72 = C. 2.3.11 (Hb. I 654; BS, I, 325.)¹⁴⁷ in cui si ammette che l'antecessore ha tenuto conto di una lezione della costituzione precedente a quella accolta nel *Codex repetitae praelectionis*: si tratta di una prova testuale capace di dimostrare come il commentario di Taleleo al Codice venne quanto meno iniziato prima del 534 d.C. e forse sul *Novus Codex*,¹⁴⁸ per essere adattato e definitivamente pubblicato pochi anni dopo l'emanazione del *Codex repetitae praelectionis*.

Essere più precisi non è semplice, perché non ci sono fonti o riferimenti espliciti negli scolii che contengono estratti dal commentario di Taleleo capaci di fare luce sulla questione. Possono aiutare i riferimenti alla legislazione novellare. Taleleo mostra di conoscere alcune novelle del 535 d.C., sebbene la maggior parte non venga citata;¹⁴⁹ l'ultima novella

in BIDR 55-56, 1951, 259 ss., e spec. 266.

¹⁴⁷ *Supra*, nt. 98.

¹⁴⁸ Abbiamo dedicato uno specifico contributo a questo argomento, destinato ad essere pubblicato sul prossimo numero dei *Subseciva groningana*: S. SCIORTINO, *Conjectures regarding Thalelaios' Commentary on the Novus Codex*.

Un altro indizio testuale circa l'originario riferimento del commentario di Taleleo al *Novus Codex* è segnalato da S. SOLAZZI, *L'Indice di Taleleo*, cit., 218 ss., il quale ritiene che il commento di Taleleo sarebbe stato originariamente confezionato sulle costituzioni accolte nel *Novus Codex*. Questa idea, per la prima volta, è stata sostenuta da E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Ueber die griechischen Bearbeitungen*, cit., 61 ss. [= *Kleine Schriften*, I, cit., 566 ss.]. L'accoglimento di questa tesi non impedisce di credere che Taleleo possa avere commentato anche costituzioni imperiali contenute nei codici Gregoriano, Ermogeniano e Teodosiano, sul punto vd.: S. RICCOBONO, *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine*, cit., 473 ss. [= *Scritti di diritto romano*, I, cit., 370 ss.]; G. ROTONDI, *Studi sulle fonti*, cit., 153 ss. [= *Scritti giuridici*, I, cit., 237 ss.]; A. BERGER, *Studies in the Basilica*, cit., 110 ss. Si pensi, a tal proposito, che l'indizio conosciuto dai più e spesso citato per dimostrare che il commento di Taleleo sarebbe stato redatto in origine sul *Novus Codex* è rappresentato dallo scolio Τῆς προλαβούσης a B. 8.1.28 = C. 2.7.16 (Hb. I 347; BS, I, 79), una costituzione degli imperatori Leone e Zenone del 474 d.C. Nella chiusa dello scolio attribuito a Taleleo si dice che la costituzione è stata emanata da più di cinquant'anni. Considerato un tempo massimo di cinquantanove anni dal 474 d.C., si ricava comunemente che Taleleo avrebbe scritto il testo contenuto nello scolio non più tardi del 533 d.C., quindi prima della pubblicazione del *Codex repetitae praelectionis*. Sul punto vd. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., 72 ss.; G. ROTONDI, *Studi sulle fonti*, cit., 154 s. [= *Scritti giuridici*, I, cit., 238 s.]; F. PRINGSHEIM, *Der Kauf mit fremdem Geld. Studien über die Bedeutung der Preiszahlung für den Eigentumserwerb nach griechischem und römischem Recht*, Leipzig 1916, 131 s.; B. KÜBLER, s.v. «Thalelaios», in PWRE, *Zweite Reihe. Neunter Halbband*, Stuttgart 1934, 1208 ss.; P. KRÜGER, *Geschichte*, cit., 411; L. WENGER, *Die Quellen*, cit., 689; H. H. SEILER, *Der Tatbestand der negotiorum gestio im römischen Recht*, Köln - Graz 1968, 131 nt. 4.

Tuttavia, già E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., 73, manifestava il dubbio che lo scolio si riferisse non a C. 2.7.16 = B. 8.1.28 ma alla successiva C. 2.7.17, una costituzione dell'anno 486 d.C. omessa nei Basilici. La correttezza del riferimento alla costituzione del 474 d.C., già sostenuta da P. KRÜGER, *Über wirkliche und scheinbare Überlieferung*, cit., 86 s., ci pare, ora definitivamente confermata dalla successiva edizione critica dei Basilici curata da Scheltema (BS, I, 79). Ma, nella sostanza, l'argomento non è sembrato a tutti persuasivo, infatti, non pochi studiosi hanno sostenuto che l'inciso faccia riferimento ad un periodo di tempo non di cinquantanove anni massimo, ma superiore a sessant'anni: E. ZACHARIÄ VON LINGENTHAL, *Von den griechischen Bearbeitungen*, cit., 43 [= *Kleine Schriften*, II, cit., 306]; P. KRÜGER, *Über wirkliche und scheinbare Überlieferung*, cit., 87; D. SIMON, *Aus dem Codexunterricht des Thalelaios*, D., cit., 283 nt. 33, con ulteriore indicazione di letteratura. Ciò dimostra quanto la materia sia ancora incerta.

¹⁴⁹ Taleleo non ebbe, forse, il tempo di prestare la dovuta attenzione alla legislazione novellare, atteso che

menzionata dall'antecessore risale all'anno 536 d.C.¹⁵⁰ Alla luce di questi dati, pare possibile sostenere che il commentario di Taleleo non sia stato pubblicato molto dopo questa data.

Considerata la nota circostanza che nel commentario di Taleleo al Codice si riscontrano parecchi riferimenti sia al Digesto, oggetto di apposito commento da parte di questo antecessore, come di recente dimostrato,¹⁵¹ sia alle Istituzioni,¹⁵² sembra fondata l'idea di Heimbach, secondo il quale Taleleo avrebbe prima tenuto i corsi sulle dette parti della compilazione e poi avrebbe pubblicato il commentario al Codice nel 538 d.C., in corrispondenza del quinto anno di corso.¹⁵³

A meno di non volere credere che Taleleo abbia tenuto contemporaneamente, ossia nello stesso anno, corsi relativi ad anni diversi: in questo caso potrebbe credersi che anche prima del 538 d.C. Taleleo ha tenuto il corso sul Codice, ma che la versione definitiva del commentario sia stata messa a punto solo nel 538 d.C., con gli opportuni rinvii alle parti della compilazione spiegate negli anni precedenti.

Ad ogni modo, il tempo per la redazione del commentario al secondo Codice dovette essere ridottissimo se si pensa che, negli anni accademici precedenti al quinto, l'antecessore era stato impegnato a tenere corsi caratterizzati da contenuti nuovi e a scrivere i commenti sulle relative parti della compilazione. Ci pare da confermare il punto di vista di chi ha ritenuto che gli antecessori redigettero i loro commentari alle varie parti della compilazione 'in contemporanea' o quasi rispetto alla loro pubblicazione.¹⁵⁴

Né, ci pare, che possa avere influito sui tempi di redazione del commentario di Taleleo al Codice la (per noi) probabile prima stesura di un commentario al *Novus Codex*.

ad esempio non cita le Novelle 4, 8 e 24 dell'anno 535 d.C. In argomento, vd. B. KÜBLER, s.v. «*Thalelaios*», cit., 1208 ss.

¹⁵⁰ La Novella più tarda che viene citata da Taleleo è una costituzione emessa dopo il Codice e comunemente identificata con Nov. 22 cap. 8 del 536 d.C. (BS, VII, 2996; Hb. IV 775). Sul punto cfr. E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., 13 nt. 31 e 73 nt. 20. Come ricordato da J. H. A. LOKIN, *Bilingual problem*, cit., Taleleo mostra di non conoscere neppure la celebre Novella 18, dell'anno 536, che certamente avrebbe citato, se solo l'avesse conosciuta.

¹⁵¹ Da parte di F. BRANDSMA, *Dorotheus*, cit., 32 ss., sulla base di uno scolio (BS, V, 2127) relativo a D. 23.4.29.1 (Scaev. 2 resp.). In passato avevano sostenuto tale tesi: E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., 47 ss.; L. LABORDE, *Les écoles de droit*, cit., 121 s.; N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 65, sebbene dubitativamente. Mentre l'avevano respinta: B. MORTREUIL, *Histoire*, cit., 285 s.; H. J. SCHELTEMA, *L'enseignement*, cit., 75 ss. (= 24 ss.) il quale non menziona Taleleo tra gli antecessori che redigettero un commentario al Digesto

¹⁵² I rinvii ai brani delle *Institutiones* compiuti da Taleleo nel commento al Codice sono indicati da G. FALCONE, *Legum cunabula*, cit., 290 nt. 16.

¹⁵³ E. HEIMBACH, *Prolegomena*, cit., 13 e 73, ritiene che Taleleo avrebbe pubblicato il suo commentario poco dopo il 536 d.C. Propendono per il 538 d.C.: E. ZACHARIA VON LINGENTHAL, *Von den griechischen Bearbeitungen*, cit., 46 [= *Kleine Schriften*, II, cit., 309]; A. BERGER, *Thalelaeus*, cit., 228. G. FERRARI DALLE SPADE, s.v. «*Diritto bizantino*», in NNNDI 5, Torino 1960, 793, propone il 535 d.C. quale data di pubblicazione del commentario di Taleleo al Codice.

¹⁵⁴ S. RICCOBONO, *Il valore delle collezioni giuridiche bizantine*, cit., 466 ss. [= *Scritti di diritto romano*, I, cit., 370 ss.] ritiene che Teofilo, Doroteo e Taleleo avrebbero completato i propri commentari in contemporanea rispetto alla pubblicazione della compilazione di Giustiniano, grazie al massiccio impiego di materiali pregiustiniani. Sul punto, vd. anche N. VAN DER WAL, *Les commentaires grecs*, cit., 65.

Infatti, non ci risulta che Taleleo in questa prima stesura abbia tradotto i rescritti latini. In particolare, ci restano solo tracce di traduzioni di Taleleo di *leges generales* post diocleziane.¹⁵⁵ Inoltre, se davvero Taleleo avesse già tradotto i rescritti già contenuti nel *Novus Codex*, non ci spiegheremmo come mai, a partire dal terzo libro, egli non si sia più servito di queste ipotetiche traduzioni. In ogni caso, si deve comunque tenere presente che si sarebbe trattato di traduzioni da adeguare alle rilevanti modifiche subite dai testi all'atto del loro inserimento nel *Codex repetitae praelectionis*.

In conclusione, il tempo a disposizione di Taleleo per la redazione del commentario¹⁵⁶ sulla vasta materia oggetto delle costituzioni imperiali era molto ridotto. Questa circostanza deve avere influito in maniera decisiva, a nostro avviso, sulla scelta di abbandonare, dopo il secondo libro, il progetto di tradurre in maniera tendenzialmente sistematica i *rescripta* e di affidarsi – per le traduzioni letterali dei testi, dei quali veniva fornito nel primo corso solo un breve sunto – al *κατὰ πόδα* già circolava negli ambienti accademici.

Mentre alcuni rescritti, contenuti nei libri terzo, quarto e quinto, sono stati tradotti letteralmente da Taleleo, a partire dal sesto libro, si registra unicamente l'impiego del *κατὰ πόδα*.

Se il mutamento di metodo consistente nella decisione di abbandonare il progetto di tradurre in modo tendenzialmente sistematico i rescritti del Codice viene ricondotto ad una scelta 'forzata' e condizionata da ragioni di tempo, si può forse comprendere come mai Taleleo abbia deciso di affidarsi ad uno strumento di ausilio linguistico spesso impreciso, tanto da costringerlo, nei casi che abbiamo segnalato, a fornire una migliore traduzione in greco, ovvero a tentare di chiarire certi passaggi delle costituzioni resi oscuri da un *κατὰ πόδα* poco fedele al testo latino, con conseguente pregiudizio sull'andamento della lezione. Ciò avrebbe permesso, però, di guadagnare tempo nella redazione del commento al Codice, perché Taleleo si sarebbe servito di traduzioni in greco dei rescritti in latino del Codice già esistenti.

¹⁵⁵ Sul punto rinviamo alle osservazioni svolte in S. SCIORTINO, *Conjectures regarding Thalelaios' Commentary on the Novus Codex*, cit. in nt. 148.

¹⁵⁶ Per la questione relativa alle modalità di redazione scritta e di pubblicazione del commentario di Taleleo al Codice si vd. quanto abbiamo avuto modo di osservare *supra*, nt. 12.

FRANCESCA TERRANOVA

Riflessioni su D. 50.16.130
(Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*)

ABSTRACT

The research focuses on analysis of a well-known fragment of Justinian's *Digesta*: 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*). Formerly, several scholars have raised many doubts regard to its authenticity. The author's basic idea is that there are not solid issues in favor of the hypothesis that the fragment is not genuine. On the contrary, both the examination of the terminology, used in the fragment, and the comparison between D. 50.16.130 and other sources (in particular: D. 38.16.1 pr.; 5.3.1 e 3; Tit. Ulp. 11.2-3; 11.14) might provide interesting evidences in support of its classical content.

PAROLE CHIAVE

Lex XII Tabularum; 'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'; successione *ab intestato* (o *ex lege*); successione *ex testamento*.

SOMMARIO: 1. Problemi che pone l'interpretazione del contenuto di D. 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*) e giustificazione di una specifica indagine. 2. Considerazioni di ordine sintattico e stilistico a favore della paternità ulpiana del frammento. 3. Riflessioni sul possibile valore del suo contenuto e ulteriori indizi a favore della sua classicità. 4. Prospettive di ricerca.

1. Già in un'altra sede¹ ci siamo incidentalmente occupati di un brano tratto dal secondo commentario di Ulpiano alla *Lex Iulia et Papia*² tramandato nei *Digesta Iustiniani*,

D. 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*): *Lege obvenire hereditatem non inproprie quis dixerit et eam, quae ex testamento defertur, quia lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur.*

Il contenuto del frammento ha da sempre destato interesse nella letteratura che, specie in materia di successioni, ha avuto modo di occuparsene.³ Vi si enuncia, seguendone il tenore testuale,

“Non impropriamente qualcuno potrebbe dire che perviene per legge anche quell'eredità che è deferita per testamento, poiché dalla Legge delle XII Tavole ‘sono confermate’ le eredità testamentarie”.

L'assunto in questione ha indotto alcuni studiosi⁴ a ipotizzare un'inconciliabilità del brano con i principi enucleati dai giuristi in età classica, nello specifico con quello che sancisce l'incompatibilità tra successione testamentaria e legittima, ancora oggi ricordato con l'adagio ‘*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*’.⁵

¹ *Ricerche sul testamentum per aes et libram*, I. *Il ruolo del familiae emptor (con particolare riguardo al formulario del testamento librato)*, Torino 2011, 390-391 nnt. 837-838.

² Notoriamente con tale designazione unitaria, riscontrabile ad esempio proprio nelle relative *inscripciones* dei frammenti del Digesto tratti dai commentari dei giuristi a tale complesso legislativo, ci si riferisce a due leggi di età augustea: la *Lex Iulia de maritandis ordinibus* del 18 a.C. e la *Lex Papia Poppaea nuptialis* del 9 d.C., dette anche, con riferimento al loro contenuto, *leges caducariae*. La circostanza che i giuristi le hanno studiate come se si trattasse di un *corpus* legislativo unitario, unitamente al fatto che le fonti, giuridiche e non, trattano degli effetti delle due leggi in modo alquanto sommario, ha reso difficile la ricostruzione della portata primitiva della *Lex Iulia*, la quale fu più tardi completata e ampliata nel suo contenuto dalla *Lex Papia* e da diversi senatoconsulti. In tal senso rinviamo, per tutti, a G. HUMBERT, *Caducariae leges*, in DS 1.2, Paris 1887, rist. Graz 1969, 776 s., nonché alla letteratura fondamentale sul tema citata da A. GUARINO, *Diritto privato romano*¹², Napoli 2001, 566, nella nota corrispondente al § 41.7.

³ Rinviamo in proposito alla letteratura citata alle nnt. 8, 10, 12, 40, 41.

⁴ V. nnt. 8 e 11. Ulteriore letteratura è citata alla nt. 10.

⁵ Sul principio ‘*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*’, tra le principali fonti che ne fanno menzione, rinviamo a I. 2.14.5; D. 5.2.24 pr. (Ulp. 48 *ad Sab.*); D. 50.17.7 (Pomp. 3 *ad Sab.*); Cic., *De inv.* 2.63. Nella letteratura più recente, si è occupata in maniera specifica di tale principio G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*, in TSDP 5, 2012, *passim*, con fonti ivi citate e ampiamente discusse (spec. 21 ss.) e con letteratura, di volta in volta, citata nelle note alla quale rinviamo (v. spec., per la trattazione del principio nei principali corsi di diritto ereditario romano, nt. 32). Tra le trattazioni monografiche più recenti v. M.P. SIMEÓN, *Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Muovendo da tale presupposto, le conclusioni alle quali si è, per lo più, pervenuti in letteratura sono state forse fin troppo drastiche: propendere per la non genuinità⁶ del contenuto del frammento. Fattore, in particolare, di tale scelta interpretativa è stato, come è ben noto, Solazzi. Questo studioso infatti, in diversi suoi scritti, ha ribadito la probabile attribuzione del brano a un maestro di scuola⁷ di età bizantina, adducendo svariati argomenti, prevalentemente di ordine stilistico, a sostegno del presunto rimaneggiamento.⁸

In queste pagine è nostra intenzione tornare a interrogarci sui problemi interpretativi che pone D. 50.16.130 per due ordini di ragioni.

La prima ha a che fare con lo spazio dedicato dagli studiosi al suo esame. Per quanto ci risulta manca una trattazione unitaria dei problemi che solleva l'esegesi della fonte, ragione che, già da sola, giustifica l'opportunità di affrontarne lo studio in una veste autonoma. Si può constatare, infatti, che a D. 50.16.130 si fa per lo più riferimento nell'ambito delle principali trattazioni sul diritto successorio, tuttavia marginalmente, spesso in connessione con i problemi di interpretazione posti da D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q.M.*)⁹ e da XII tab.

El principio de incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada en el Derecho romano, Madrid-Barcelona 2001, *passim* (su cui v. anche la lettura di F. LAMBERTI, in *Labeo* 49, 2003, 243-244). Per la letteratura più antica rinviamo, tra i tanti, senza alcuna pretesa di completezza, a E. CUQ, *Les institutions juridiques des Romains*, I. *L'ancien droit*, Paris 1891, 526 nt. 1, con ulteriori richiami bibliografici; P. BONFANTE, *L'origine dell' "Hereditas" e dei "Legata" nel diritto successorio romano. A proposito della regola "Nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest"*, che citiamo da *Scritti giuridici vari*, I. *Famiglia e successione*, Torino 1926, 101 ss., il quale muove dallo studio di tale regola per dimostrare la sua teoria sull'originario carattere sovrano dell'*hereditas*; nonché alla bibliografia citata da B. SCHMIDLIN, *Sinn, Funktion und Herkunft der Testamentsregeln: nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest - hereditas adimi non potest*, in *BIDR* 78, 1975, 71 nt. 1.

⁶ Nel testo abbiamo adoperato indistintamente i sostantivi 'genuinità' e 'autenticità', come se fossero veri e propri sinonimi di 'classicità', poiché questi termini fanno notoriamente parte del linguaggio dello storico del diritto quando si interroga sul contenuto dei testi, specie di quelli raccolti nelle opere della compilazione giustiniana. Siamo, tuttavia, consapevoli che sono categorie dotate di un certo grado di 'ambiguità' nella misura in cui si assolutizza il loro significato. Sul punto rinviamo alle acute considerazioni svolte da M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo dalla critica interpolazionistica alle attuali metodologie*, che citiamo da M. MIGLIETTA, G. SANTUCCI (a cura di), *Problemi e prospettive della critica testuale*, Trento 2011, spec. 230 ss.

⁷ Solazzi utilizza, nello specifico, il termine «scolastico»: v. i lavori dello studioso *infra* riportati alla nt. 8.

⁸ *Studi sulla tutela*, (in *Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza della R. Università di Modena* 9, 1925 =) *Scritti di diritto romano*, III (1925-1937), Napoli 1960, 92, da cui citiamo (dell'A. si vedano anche *Diritto ereditario romano*, Napoli 1932, 41 nt. 2, 209 nt. 2, 211 s.; *Glosse a Gaio*, che citiamo da *Scritti di diritto romano*, VI, Napoli 1972, 179 s.). Nel prosieguo dell'indagine ci soffermeremo a valutare anche la proposta di emendazione del testo suggerita da Segrè, il quale, muovendo anch'egli dal presupposto che il testo non fosse genuino e volendone ricostruire il presunto contenuto classico, suggerisce un'emendazione dei termini '*non improprie*' in '*non proprie*' (v. *infra*, § 2).

⁹ Nella storiografia romanistica (si veda a titolo esemplificativo quella da noi citata alla nt. 10) D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q. Mucium*) e D. 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*) vengono spesso messi a confronto e interpretati anche alla luce di altre fonti, sulle quali si è andata, gradatamente, formando una letteratura davvero imponente. Ci riferiamo specialmente a Gai 2.224 e Nov. 22.2, testi questi ultimi che notoriamente tramandano una delle versioni nelle quali è pervenuto il dettato di XII tab. 5.3, quella, per così dire, più stringata. In proposito, ci sia consentito rinviare alle nostre *Ricerche sul testamentum*, I, cit., spec. 238 ss., con letteratura ivi citata (in particolare alla nt. 505).

5.3, specie sotto il profilo del valore da attribuire al verbo *lego* (*Uti legassit* rell.),¹⁰ raramente affrontando il problema in ordine alla classicità del frammento.¹¹ A quest'ultimo si sono, invece, interessati quanti, ad esempio – sulla scorta di alcune riflessioni di Solazzi – si sono interrogati sulla possibile relazione tra D. 50.16.130 e Tit. Ulp. 11.14.¹² Il brano è, infine, preso in considerazione anche da coloro che si sono occupati di ricostruire il contenuto della *Lex Iulia de maritandis ordinibus* e della *Lex Papia Poppaea nuptialis*, sebbene, ancora una

¹⁰ Rinviando, principalmente e senza alcuna pretesa di completezza, a E. GANS, *Das Erbrecht in weltgeschichtlicher Entwicklung*, II. *Das Römische Erbrecht in seiner Stellung zu vor- und nachrömischem*, Berlin 1825, 88 s., 88 e ivi nt. 100; C. FADDA, *Dell'origine dei legati*, in *Studi giuridici e storici per l'VIII centenario dell'Università di Bologna*, Roma 1888, 202 s.; U. COLI, *Lo sviluppo delle varie forme di legato nel diritto romano*, Roma 1920, 50 (nonché *Il testamento nella Legge delle XII Tavole*, in *Iura* 7, 1956, 55 nt. 110 = *Scritti di diritto romano*, II, Milano 1973, 643 nt. 110); S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 92 (*Diritto ereditario*, cit., 41 nt. 2, 209 nt. 2, 211 s.; *Glosse a Gaio*, cit., 179 s.); M.F. LEPRI, *Saggi sulla terminologia e sulla nozione del patrimonio in diritto romano*, I. – *Appunti sulla formulazione di alcune disposizioni delle XII Tavole secondo Cicerone*, Firenze 1942, 44 ss.; B. BIONDI, *Successione testamentaria e donazioni*², Milano 1955, 40 (*cui adde Istituti fondamentali di diritto ereditario romano*, I, Milano 1946, 114 s., ma già un cenno al frammento, in connessione al problema di cosa debba intendersi per 'acquisto *lege*' in Tit. Ulp. 19.17, può scorgersi in *Appunti intorno alla donatio mortis causa*, estr. da *AUPE* 2, 1914, 24 s., e ivi nt. 1); G. GROSSO, *I legati nel diritto romano*², Torino 1962, 8 (seguito da M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'. Problemi di origine*, Torino 1996, 40 nt. 12); P. VOCCI, *Diritto ereditario romano*, I², *Introduzione. Parte generale*, Milano 1967, 11, 437; P. BONFANTE, *Corso di diritto romano*, VI. *Le successioni, parte generale* (a cura di G. BONFANTE, G. CRIFÒ, ristampa corretta della I edizione), Milano 1974, 210. Più di recente prende in esame D. 50.16.130, nell'ambito di un saggio dedicato all'evoluzione storica del principio che sancisce l'incompatibilità tra le due cause di delazione dell'eredità, G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus*, cit., 94 s. e ivi nt. 140 con bibliografia. Un cenno alla fonte può rinvenirsi, infine, in un recente saggio di Avenarius (*Die tabulae ceraeve des klassischen Manzipationstestaments als Archaismus*, in *Iura* 60, 2012, 201 ss., spec. 220 s.) nell'ambito di un'indagine incentrata sulla relazione, che si evince dalle fonti, tra 'testamentum' e 'lex'.

¹¹ Si interrogano sulla classicità del frammento, tra gli autori citati alla nt. 10, fondamentalmente Solazzi e Lepri: il primo pronunziandosi contro, la seconda a favore. Tra gli studiosi che si sono occupati del passo nell'ambito dei loro studi dedicati al diritto successorio, e in particolare alla ricostruzione della portata di XII tab. 5.3, vi è stato chi pure si è posto il problema della autenticità del frammento, ma più per sottolineare che, alla stregua di quanto può affermarsi per D. 50.16.120, «anche ammettendone la genuinità, il passo non fa prova per le origini», in quanto frutto dell'*interpretatio* giurisprudenziale successiva all'emanazione delle XII Tavole (così, ad esempio, G. GROSSO, *I legati*², cit., 8; in senso conforme M. D'ORTA, *Saggio sulla 'heredis institutio'*, cit., 40 nt. 12). Difatti, è la porzione di testo '*lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*' ad avere destato maggior interesse in tale letteratura. Volendo sintetizzare il dibattito che su di essa si è via via formato, ci si è interrogati fondamentalmente su quale fosse all'interno del testo decemvirale il versetto che trattava della successione testamentaria; sul possibile contenuto dello stesso e, precipuamente, del *legare* decemvirale nonché – ragionando sul possibile valore del verbo *confirmo* – sulla novità o meno della sua portata; infine su quale fosse il dettato originario del precetto rispetto alla interpretazione giurisprudenziale dello stesso, stratificatasi nel tempo, tanto da divenire pressoché inscindibile dalla sua primigenia formulazione.

¹² In proposito, v., ad esempio, A. GUZMÁN, *Dos estudios en torno a la historia de la tutela romana*, Pamplona 1976, 120 ss. Cenni alle connessioni tra D. 50.16.130 e alcuni passaggi dei *Tituli ex corpore Ulpiani* – in particolare Tit. Ulp. 11.14 e 19.17 – possono rinvenirsi, inoltre, nei lavori dedicati a tale opera postclassica. Nella sola letteratura più recente v. M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpanische liber singularis regularum. Entstehung, Eigenart und Überlieferung einer hochklassischen Juristenschrift*, Göttingen 2005, 377 (recensito da W. KAISER, in *ZSS* 127, 2010, 560 ss.); dell'A. v. anche ora *Die tabulae ceraeve des klassischen Manzipationstestaments*, cit., spec. 220 s.

volta, in via meramente residuale e da una diversa angolazione volta a ricercarne la possibile collocazione palinogenetica.¹³

La seconda ragione coinvolge le prospettive che un attento riesame del frammento potrebbe, a parer nostro, offrire anche per l'indagine su altri istituti. La ricerca in questione presenta, infatti, interessanti implicazioni per quanto concerne lo studio sia della dicotomia – per usare una terminologia gaiana – delle *hereditates* che ‘*vel ex testamento vel ab intestato ... pertinent*’ sia dei *genera tutelarum* e dei numerosi problemi che ruotano intorno alla loro classificazione.¹⁴

2. Sofferamoci, per prima cosa, a ragionare sul modo in cui il testo è verbalmente congegnato. È il caso di notare che non vi sono guasti o frasi sconnesse all'interno del periodo tali da indurre con fondatezza a presumere un suo rimaneggiamento.

In particolare, la collocazione delle parole ‘*hereditatem ... et eam*’, lungi dal risultare sospetta,¹⁵ può facilmente spiegarsi ipotizzando che i termini ‘*Lege obvenire hereditatem*’ fossero presenti nel dettato della *Lex Iulia et Papia* e che da essi prendesse le mosse il giurista per avviare un discorso in ordine al loro significato.¹⁶ Ciò giustificherebbe, quindi, la loro collocazione in principio del periodo.

Non ci sembra, inoltre, che costituisca un indizio decisivo della non autenticità del brano l'impiego di *confirmo*,¹⁷ dato che il verbo si incontra spesso in contesti riguardanti il testo

¹³ Rinviamo sul punto alla letteratura citata alle ntt. 40 e 41.

¹⁴ V., in proposito, *infra*, § 4.

¹⁵ Ritiene che la collocazione delle parole ‘*hereditatem ... et eam*’ sia anomala segnatamente S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 92 (e anche *Diritto ereditario*, cit., 212 nt. 1). Va ricordato che per lo studioso costituisce indizio di un glossema anche l'uso dei termini ‘*non improprie quis dixerit*’. Tuttavia è bene, da un lato, segnalare che non sembrerebbe estraneo alla terminologia e allo stile ulpiano l'uso di siffatto costrutto, come contribuirebbe a dimostrare l'impiego in D. 38.16.1 pr. (Ulp. 12 *ad Sab.*) delle parole ‘*non improprie dicitur*’, sulle quali torneremo tra breve. Dall'altro, è il caso altresì di rimarcare che a cadere sotto il sospetto della critica interpolazionistica non è stato direttamente l'impiego di tale espressione, bensì di un certo tipo di costrutti ai quali si è ritenuto di poterla assimilare, tra i quali ad esempio quelli di forma grecizzante espressi per lo più in forma dubitativa, come ‘*fortassis quis dicit*’, ‘*fortassis quis possit dicere*’, ‘*illud fortasse quaesiturus sit aliquis*’, ‘*fortassis quis dixerit*’, ‘*fortassis quis recte dixerit*’, ‘*fortisan ad dubitet quis*’, ‘*dicit aliquis*’, ‘*dixerit aliquis*’, ‘*sed aliquis dicit*’ etc. (sul punto v., per tutti, E. ALBERTARIO, *Glossemi e interpolazioni pregiustiniane*, che citiamo da *Studi di diritto romano*, V. *Storia metodologica esegesi*, Milano 1937, spec. 385 ss.).

¹⁶ Sul punto v., ad esempio, B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 115, per il quale il frammento «si doveva riferire ad una disposizione della legge, la quale parlava di *hereditas ex lege*».

¹⁷ Il verbo *confirmo* è, secondo Solazzi, parola «più sospetta» delle altre (v. *Studi sulla tutela*, cit., 92, a proposito di Tit. Ulp. 11.14, ove pure il verbo ricorre; in senso conforme v. anche F. SCHULZ, *Die Epitome Ulpiani des Codex Vaticanus Reginae 1128*, Bonn 1926, 36 nt. 14). Tale impiego, non solo in D. 50.16.130 ma anche in altre fonti (segnatamente: Tit. Ulp. 1.9, 11.14, D. 26.2.20.1, FV. 50, da noi riportate nel testo), è per l'A. «anomalo» in tutti quei casi in cui non si riferisce ad atti e fatti «che senza una speciale disposizione legislativa sarebbero contrarii al diritto comune» (*Studi sulla tutela*, cit., 90; in proposito v. anche R. GUARNERI CITATI, *Indice delle parole frasi e costrutti ritenuti indizio di interpolazione nei testi giuridici romani*, cit., 20, col. II, v. *confirmare*). È il caso di ricordare che ad una simile conclusione lo studioso perviene anche riguardo alla presenza dei termini ‘*atque confirmare*’ in Gai 2.104 (‘*...nuncupare*

decemvirale, come chiaramente può ricavarsi dalla lettura di

Tit. Ulp. 1.9: *Ut testamento manu missi liberi sunt, lex duodecim tabularum facit, quae c o n f i r m a t * * **;

Tit. Ulp. 11.14: *Testamento quoque nominatim tutores dati c o n f i r m a n t u r eadem lege duodecim tabularum his uerbis VTI LEGASSIT SVPER [FAMILIA] PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA IVS ESTO: qui tutores datiui appellantur;*

D. 26.2.20.1 (Paul. 38 *ad ed.*): *Tutor incertus dari non potest. Testamento quemlibet possumus tutorem dare, siue is praetor siue consul sit, quia lex duodecim tabularum id c o n f i r m a t ;*

FV. 50 (Paul. 1 *man.*): *...et mancipationem et in iure cessionem lex XII tabularum c o n f i r m a t r e l l .*

Né appare insuperabile l'obiezione che i giuristi classici erano soliti servirsi di altre espressioni per esprimere l'idea che determinati istituti, talora in virtù dell'interpretazione giurisprudenziale, venissero ricondotti al dettato di alcuni versetti decemvirali in materia,¹⁸ come si vincerebbe per limitarci solo a qualche esempio da

Gai 2.224: *Sed olim quidem licebat totum patrimonium legatis atque libertatibus erogare nec quicquam heredi relinquere praeterquam inane nomen heredis; idque lex XII tabularum permittere uidebatur, qua cauetur, ut quod quisque de re sua testatus esset, id ratum haberetur, his uerbis VTI LEGASSIT SVAE REI, ITA IVS ESTO;*

D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q. Mucium*): *Verbis legis duodecim tabularum his 'uti legassit suae rei, ita ius esto' latissima potestas tributa videtur et heredis instituendi et legata et libertates dandi, tutelas quoque constituendi. sed id interpretatione coangustatum est vel legum vel auctoritate iura constituentium;*

D. 26.2.1 *pr.* (Gai. 12 *ad ed prov.*): *Lege duodecim tabularum permissum est parentibus liberis suis sive feminini sive masculini sexus, si modo in potestate sint, tutores testamento dare;*

est enim palam nominare, et sane quae testator specialiter in tabulis testamenti scripserit, ea uidetur generali sermone nominare atque confirmare): cfr. S. SOLAZZI, *Glosse a Gaio*, cit., 363 s., in quanto, da una parte, 'atque' andrebbe considerata una «parola sospetta» (p. 364), dall'altra, sarebbe «dubbio che chi ha scritto *confirmare* alludesse all'uso della *confirmatio generalis*» (p. 364 nt. 289). Quest'ultimo riferimento è a P. CIAPESSONI, *Sul Senatoconsulto Neroniano*, in *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*, III, Milano 1930, 681 nt. 111, che più drasticamente ritiene che l'intera porzione di testo compresa tra 'et sane' e 'confirmare' è «glossa probabile». Va appena segnalato che il verbo *confirmo* presenta diverse sfumature di significato nelle fonti giuridiche di età classica e postclassica nelle quali esso ricorre: per citarne solo alcune, 'convalido', 'approvo', 'ribadisco' (cfr. S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 90; v. del resto anche *Th. Ling. Lat.* IV, v. *confirmo*, coll. 219-225).

¹⁸ Cfr. S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 90 ss.

Tit. Ulp. 19.17: *Lege nobis adquiritur uelut caducum uel ereptorium ex lege Papia Poppaea, item legatum ex lege duodecim tabularum, siue mancipi res sint siue nec mancipi.*

I costrutti '*lex XII tabularum permittere uidebatur*', '*Verbis legis duodecim tabularum ... latissima potestas tributa uidetur*', '*Lege duodecim tabularum permissum est*' possono considerarsi pressoché corrispondenti alle espressioni '*lex XII tabularum confirmare*' o '*lege XII tabularum confirmari*' e senz'altro atti ad esprimere con parole diverse il medesimo concetto.¹⁹

Da tali brani emerge il convincimento della giurisprudenza di età classica che determinati istituti (alcune disposizioni testamentarie a titolo particolare,²⁰ le *hereditates ex testamento* complessivamente considerate,²¹ il *mancipium* e l'*in iure cessio*)²² trovassero fondamento nel testo decemvirale. Com'è noto, i versetti decemvirali ai quali, più o meno esplicitamente, ci si richiama sono quelli comunemente collocati dagli editori in XII tab. 5.3 e XII tab. 6.1.²³ Ora, è verosimile ipotizzare che con l'impiego delle suddette espressioni i giuristi non intendessero necessariamente che si dovesse alla Legge delle XII Tavole la primigenia introduzione di tali istituti, bensì, per alcuni di essi (probabilmente, alcune disposizioni testamentarie a titolo particolare),²⁴ che il loro fondamento potesse essere ricondotto, per opera dell'*interpretatio* stessa, al tenore di certe disposizioni decemvirali, per altri (ad esempio, *mancipium* e *in iure cessio*), che la loro origine preesistesse alla legislazione decemvirale.²⁵

¹⁹ L'opinione non è affatto nuova in letteratura. Si veda, per tutti, B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5,3 (Uti legassit..., ita ius esto)*, in AUPA 45.1, 1998, spec. 47 (= *Scritti giuridici*, III, a cura di G. FALCONE, Torino 2006, spec. 519), per il quale «il cenno al *confirmare* di Tit. Ulp. 1,9 e 11,14 ... sembra perfettamente corrispondente al cenno intorno al *tribuere* una *latissima potestas* che si trova in D. 50,16,120 (e lo stesso va detto, pur se manca il *confirmare*, per la locuzione *ex lege XII tabularum* nel cit. Tit. Ulp. 19,17 per i legati)». Sul verbo *confirmito* ci sia permesso rinviare alle nostre *Ricerche sul testamentum*, I, cit., 393 nt. 842, 409 nt. 868.

²⁰ Per limitarci a qualche esempio v. Tit. Ulp. 1.9, 11.14, 19.17, Gai 2.224, D. 26.2.1 pr. (Gai. 12 *ad ed. prov.*), 26.2.20.1 (Paul. 38 *ad ed.*), 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q.M.*).

²¹ In tal senso, precipuamente, Gai 2.224, D. 50.16.120 (Pomp. 5 *ad Q.M.*), 50.16.130 (Ulp. 2 *ad leg. Iul. et Pap.*). V. anche D. 5.3.1 e 3 (Gai. 6 *ad ed. prov.*) nonché D. 38.6.1 pr. (Ulp. 44 *ad ed.*).

²² Viene in rilievo sul punto FV. 50.

²³ Delle fonti poc'anzi riportate nel testo, il richiamo a XII tab. 5.3 è esplicito in Tit. Ulp. 11.14, Gai 2.224 e D. 50.16.120. Segnaliamo inoltre che, nella letteratura più antica sul tema, il riferimento in D. 50.16.130 alla circostanza che '*lege duodecim tabularum testamentariae hereditates confirmantur*' era messo in connessione con il contenuto del versetto decemvirale collocato comunemente dagli editori in XII tab. 5.3: così, ad esempio, A. AUGUSTINUS, *De legibus, et senatusconsultis liber. Cum notis Fulvii Ursini. Adjunctis Legum antiquarum & Senatusconsultorum fragmentis*, in *Opera omnia*, I, *quo de legibus et senatusconsultis tum de nominibus propriis tum pandekton Florentini libri cum notationibus continentur*, Lucae 1765, *Leges XII. Tabularum*, cap. XXI, 106, col. I.

²⁴ È appena il caso di ricordare che gli studiosi non sono affatto concordi nell'individuare quali delle disposizioni testamentarie a titolo particolare menzionate nelle fonti poc'anzi citate (v. nt. 20) siano state introdotte per interpretazione giurisprudenziale di XII Tab. 5.3 (e forse anche di XII Tab. 6.1), la quale *interpretatio* – come poc'anzi accennato (v. nt. 11) – è pressoché inscindibile dal suo dettato originario.

²⁵ Non è mancato chi in letteratura ha supposto la sussistenza di una correlazione tra il verbo *confirmito*, ricorrente nelle fonti poc'anzi riportate nel testo, e la chiusa '*ita ius esto*' dei versetti decemvirali comunemente collocati in XII Tab. 5.3 e XII Tab. 6.1. Così si esprime M. WŁASSAK, *Der Gerichtsmagistrat im gesetzlichen Spruchverfahren*, in ZSS 25, 1904, 109 e ivi nt. 2, il quale, a proposito di FV. 50, discute in

Quanto poi alla proposta di emendazione dei termini ‘*non inproprie*’ in ‘*non proprie*’,²⁶ essa ci sembra sconsigliabile per più di una ragione. Il testo, seguendo tale proposta di emendazione, andrebbe così tradotto:

“Per il fatto che dalla Legge delle XII Tavole ‘sono confermate’ le eredità testamentarie, non propriamente (quindi: impropriamente)²⁷ qualcuno potrebbe dire che anche quell’eredità che è deferita per testamento perviene per legge”.²⁸

È evidente che così verrebbe stravolto completamente il senso della frase, circostanza che richiederebbe la presenza di gravi indizi a sostegno di un rimaneggiamento della fonte. Tuttavia la proposta in esame pare unicamente suffragata dal preconconcetto che il frammento si ponga in contrasto con il principio ‘*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*’,²⁹ argomento che, da solo, non sembra possa giustificare un intervento sul testo di tal portata. Piuttosto, alla luce delle considerazioni che ci apprestiamo a svolgere, può ritenersi, a nostro avviso, verosimile che l’impiego dei termini ‘*non inproprie*’ vada attribuito proprio ad Ulpiano, e non a un epitomatore di età successiva o ai compilatori giustinianeî.

Intanto, in linea generale, può osservarsi che anche in altri brani del Digesto Ulpiano si serve di una negazione seguita da un avverbio con valenza a sua volta negativa la cui combina-

termini di «*gesetzliche confirmatio* – vermutlich in der Form eines *ita ius esto*». In proposito rinviando anche a R. SANTORO, *Potere ed azione nell’antico diritto romano*, in AUPA 30, 1967, 388 ss., il quale bene evidenzia che «Per quanto ampi, in relazione all’originario significato, possano essere i limiti» dell’*interpretatio* giurisprudenziale dei versetti decemvirali di XII tab. 5.3 e XII tab. 6.1, «è costante, in tutte le testimonianze, il rilievo di un intervento di quelle norme in funzione confermativa degli atti di autonomia privata in esse riconosciuti», come, per l’appunto, si evincerebbe – nell’ordine in cui sono citati dall’A. – dalla lettura di Gai 2.224, D. 50.16.130, Tit. Ulp. 11.14, 1.9, D. 26.2.20.1, FV. 50 (p. 388).

²⁶ Sulla quale v. G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari nei testi della giurisprudenza classica e del tempo di Diocleziano*, in AA. VV., *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno dell’insegnamento*, III, Milano 1930, 523 (= *Scritti vari di diritto romano*, con prefazione di G. GROSSO, Torino 1952, 279) nt. 76, sebbene lo studioso si sia occupato di D. 50.16.130 in via del tutto marginale, soffermandosi principalmente sul possibile valore del termine *lege* nel sintagma ‘*lege-confirmantur*’. Conforme A. GUZMÁN, *Dos estudios*, cit., 120 s. (sul cui lavoro v. le recc. di A. D’ORS, in AHDE 47, 1977, 868 s.; P. ZANNINI, in *Iura* 28, 1977, 211 ss.; R. VIGNERON, in ZSS 95, 1978, 469 ss.). L’osservazione di Segré è ricordata anche da S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., 212 nt. 1, che ne ricava un ulteriore «argomento contro la paternità di Ulpiano» del frammento in questione.

²⁷ Si noti inoltre che in altri frammenti tratti da opere ulpianee tramandate nel Digesto (v. i testi *infra* citati alla nt. 58) in luogo dei supposti termini ‘*non proprie*’ si rinviene piuttosto l’impiego dell’avverbio ‘*abusivè*’ (in alcuni casi utilizzato in contrapposizione all’avverbio *proprie*).

²⁸ Tenta di giustificare la presenza in un simile contesto dei termini ‘*non proprie*’ (in luogo di ‘*non inproprie*’), traendo spunto dalla proposta di emendazione avanzata da Segré, A. GUZMÁN, *Dos estudios*, cit., 120: «Segré, se pregunta si Ulpiano no habría escrito originalmente allí *non proprie*, en vez de *non inproprie*, y ello resulta probabilísimo. La *lex Iulia et Papia* se habría referido únicamente a la sucesión testamentaria, y, por tanto, excluía (no sabemos si expresamente o no) a la legítima; alguna tendencia habría querido burlar la ley, estableciendo que la sucesión testamentaria podía considerarse legítima, porque era confirmada por la *lex XII Tab.*; la jurisprudencia habría reaccionando en contra de esta tendencia, y en tal línea se sitúa Ulpiano escribiendo que impropriamente (*non proprie*) podía decirse que aquella es una especie de ésta».

²⁹ Che si tratti di un preconconcetto si è tentato di dimostrarlo *infra*, § 3.

zione forma litòte: ad esempio, *non inconsulte* (11 *ad ed.*, D. 4.4.11.4), *non indigne* (2 *de off. cons.*, 40.2.20.2), *non infavorabiliter* (1 *disp.*, 50.2.2.6), *non inhoneste* (59 *ad ed.*, 50.16.46.1), *non insuptiliter* (4 *ad ed.*, 2.14.7.6; 1 *ad Sab.*, 28.5.1.5).³⁰

Inoltre, nello specifico, la ricorrenza della combinazione ‘*non improprie*’ non solo è riscontrabile in fonti di età classica,³¹ ma è anche unicamente attestata – dato che ci sembra particolarmente significativo – in un altro testo giuridico,³² tramandato anch’esso in un frammento ulpiano conservatoci nei *Digesta Iustiniani*, ossia

D. 38.16.1 pr. (Ulp. 12 *ad Sab.*): *Intestati proprorie appellantur, qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt. sed et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non in improprorie³³ dicitur decessisse. plane qui testari non potuit, proprorie non est intestatus, puta impubes furiosus vel cui bonis interdictum est: sed hos quoque pro intestatis accipere debemus: eum quoque, qui ab hostibus captus est, quoniam per legem Corneliam successio his defertur, quibus deferretur, si in civitate decessisset: nam et eius hereditas fuisse creditur.*³⁴

Nel frammento ricorrono i termini ‘*proprorie*’ (‘*Intestati proprorie appellantur*’), ‘*non improprie*’ (‘*intestatus non improprie dicitur*’) e ‘*proprorie non*’ (‘*proprorie non est intestatus*’). Dall’impiego da parte del giurista di una differente terminologia – e in particolare dall’uso di ‘*proprorie*’ e ‘*non improprie*’ – si è tratto spunto in letteratura per ipotizzare che nel testo in questione la combinazione ‘*non improprie*’ assumerebbe una sfumatura di senso, per così dire, intermedia rispetto a quella data da ‘*proprorie*’ e da questo avverbio in connessione alla negazione *non* (‘*proprorie non*’).³⁵

³⁰ Così T. HONORÉ, *Ulpian. Pioneer of Human Rights*², Oxford 2002, 71 s. (sul cui lavoro rinviamo alle rec. di R.-W. MATHISEN in JRS 94, 2004, 279 s.; G. CRIFÒ in ZSS 122, 2005, 280 ss.): «There is a group of negative adverbs: (*non*) *difficile, gravate, idonee, mediocriter, passim, plene, principaliter, secure, specialiter* and *turpiter*. Some of these are used, by way of meiosis, with a double negative: (*non*) *improprie, inconsulte, indigne, infavorabiliter, inhoneste, insuptiliter*».

³¹ Segnatamente si rinvencono le parole ‘*non improprie*’ in Plin., *Nat. Hist.* 9.35(54).108 (MAYHOFF, II, 193.11); in Plin., *Nat. Hist.* 8.10(10).29 (MAYHOFF, II, 87.4-5) ricorrono i termini ‘*haud improprie*’. Si veda anche, in proposito, Serv., *In Verg. Aen.* 6.58.6 (THILO-HAGEN, II, 15.6), dove si legge ‘*non dixit improprie*’. In tal senso v. Th. Ling. Lat., VII.1, v. *improprie*, col. 698, ll. 5, 7, 9-10.

³² In tal senso v. VIR, III, v. *improprie*, 443, col. I.

³³ Si noti che in in D. 50.16.130 ricorre ‘*non improprie*’, in luogo di ‘*non improprie*’, presente invece in D. 38.16.1 pr. Solo il secondo, chiaramente, è scritto nella sua grafia classica, mentre il primo se ne discosta. Quest’ultima circostanza, tuttavia, si riscontra anche in altri manoscritti di opere classiche che tramandano l’avverbio (v., ad esempio, le fonti riferite alla nt. 31).

³⁴ Su cosa intendano le fonti per ‘*intestatus*’ si rinvia anche, tra quelle giuridiche, specialmente a D. 50.16.64 (Paul. 72 *ad ed.*); I. 3.1 pr. (nonché, in corrispondenza, PT. 3.1 pr.); Coll. 16.3.1-2 (*FIRA*², II); D. 28.2.9.2 (Paul. 1 *ad Sab.*); 38.6.1.8 (Ulp. 44 *ad ed.*); 38.6.3 (Ulp. 8 *ad Sab.*); 38.15.1.1 (Modest. 6 *pand.*); C. 6.20.17 (Leo, a. 472), nonché, tra le fonti letterarie, a Non., *De comp. doctr.* (LINDSAY, II, 507), v. *Intestatus* e Quint., *Declam.*, 308. Singolare è stata considerata in letteratura la definizione di *intestatus* rinvenibile in D. 26.4.6 (Paul. 38 *ad ed.*), che si discosta da quanto si legge nelle fonti giuridiche più sopra qui citate.

³⁵ Così N. BELLONI, *Supputationum Iuris libri quatuor*, Basileae 1544, lib. III, cap. VII, 42: «cum inter proprium & improprium, sive non proprium, sit dare medium, scilicet non improprium...». V. analogo-

Non si tratterebbe, del resto, seguendo il suddetto orientamento, di un caso isolato nella lingua latina. Ve ne sono altri che possono addursi come esempi di tale gradazione di senso espressa da tre diversi termini, dei quali il primo e l'ultimo rappresentano i due valori contrari, mentre quello di mezzo esprime il significato intermedio. Si pensi, a titolo esemplificativo, ai verbi *nolle*, *non nolle* e *velle* o ancora *displicere*, *non displicere* e *placere*.³⁶

Sebbene tale ipotesi non ci lasci del tutto persuasi,³⁷ può notarsi in effetti che, in siffatti casi, la presenza di una sorta di doppia negazione (la prima esplicita, la seconda contenuta nell'accezione negativa del verbo: *non nolle*, *non displicere*) attribuisce, in un certo senso, una valenza attenuata al contenuto positivo dei suddetti termini (due negazioni notoriamente affermano), rispetto ai verbi *velle* e *placere*. Lo stesso può dirsi, a nostro avviso, per il senso espresso dalla combinazione data dalle parole *non improprie* in rapporto a quello espresso dall'avverbio *proprie*. Ed è probabilmente tale diversa gradazione semantica che il giurista intendeva esprimere attraverso l'impiego di una differente terminologia.³⁸

Anche volendo prescindere da tali considerazioni sulla differente sfumatura di senso susistente tra l'avverbio '*proprie*' e i termini '*non improprie*', in ogni caso, tale raffronto con D.

mente, tra i tanti, A. GENTILIS, *Ad Titulum D. de Verborum significatione commentarius*, in *Opera omnia in plures tomos distribuita*, II, Neapoli 1770, 340: «Est quid medium inter proprium, & improprium; proprium male reliqui faciunt; nec porro proprie lege obvenit, quia non simpliciter, & immediate a lege, sed & a testatore; nec item improprie a lege, sed immo non improprie, quia lex confirmat...»; C. RITTERSHUTIUS, *Expositio methodica novellarum imp. Justiniani, editio novissima*, Florentiae 1839, *pars septima: De successione legitima sive de hereditatibus quae ab intestato deferuntur, proemium*, I. *Hereditas alia testamentaria, alia legitima*, col. 474; H. DONELLUS, *Commentariorum de jure civili*, in *Opera omnia*, II, cum notis O. HILLIGERUS, Florentiae 1841, lib. IX: *De hereditatibus, quae ab intestato deferuntur: De personis, quibus, et per quas res acquirantur: Tum de jure rerum privatarum*, cap. I, col. 1171 nt. 3, con altra bibliografia, cui rinviamo. Si legga anche in proposito D.A. ALCIATUS, *Paradoxorum ad Pratum, libri Sex*, Lugduni 1537, 65: «non improprie ... id est minus proprie».

³⁶ Tra gli autori citati alla nt. 35, v., per tutti, N. BELLONI, *Supputationum Iuris libri quatuor*, Basileae 1544, lib. III, cap. VII, 42: «Similiter datur medium inter nolle & velle, id est non nolle ... Et inter placere & displicere, datur non displicere rell.».

³⁷ Rinviamo in proposito, nella letteratura più antica, alle considerazioni svolte sia da Cujacius, riguardo alla equivalenza semantica tra i termini '*non nolle*' e '*velle*' (J. CUJACIUS, *Observationum et emendationum libri XIII*, Coloniae Agrippinae 1624, 812-814, lib. XV, cap. III, *De regulis quibusdam iuris*) sia da Gilkens quanto alla corrispondenza di significato tra l'avverbio '*proprie*' e la combinazione espressa dai termini '*non improprie*' (P. GILKENIUS, *Commentaria in praecipuos universi Codicis titulos*, Francofurti 1606, 708, ad lib. III cod., tit. de rei vend. l. certum 22, cap. I, per il quale «colligitur verba proprie, & non improprie pro eodem accipienda»). Si noti che in Sch. 1 ad B. XLV.1.14 (che citiamo dall'edizione curata da H.J. Scheltema e D. Holwerda, ser. b, vol. VII), in luogo dell'avverbio '*proprie*' e della litote '*non improprie*' (adoperati in D. 38.16.1 pr.), ricorre due volte un unico termine, l'avverbio '*κυρίως*': Εκείνος καλεῖται κύριως ἀδιάθετος ὁ δυνάμενος ποιῆσαι διαθήκην καὶ μὴ διαθέμενος. Εἰ δὲ καὶ ἐποίησέ τις διαθήκην καὶ μὴ ἠδίτευθη ἢ κληρονομία ἢ ρούπτα ἢ ἕπιτος γέρονεν ἢ διαθήκη, καὶ οὗτος κύριως ἀδιάθετος λέγεται τεθηκέναι κτλ. (rinviamo anche a B. XLV.1.14). Nel passo dei Basilici corrispondente a D. 50.16.130 non compaiono, invece, termini atti a tradurre la combinazione '*non improprie*' ivi presente (v. B. II.2.125, curr. H.J. Scheltema, N. van der Wal, ser. a, vol. I: *Νόμιμος λέγεται κληρονομία καὶ ἡ ἐκ διαθήκης*).

³⁸ In tal senso, ad esempio, A. AUGUSTINUS, *De legibus et senatusconsultis liber cum notis Fulvii Ursini*, Lugduni 1592, 205 (*XII Tabulae*): «...Ulpianus lib. XII. ad Sabinum inter proprie, non improprie, & proprie non est, differentiam constituisse videtur».

38.16.1 pr. consente di dimostrare che l'impiego della combinazione 'non improprie', lungi dall'essere indizio di un possibile rimaneggiamento di D. 50.16.130, depone a favore della paternità ulpiana di quest'ultimo testo, dato che i suddetti termini possono considerarsi quantomeno sicuramente non estranei alla terminologia impiegata dal giurista.³⁹

Ci preme subito anticipare inoltre che, come si vedrà tra breve, l'utilizzo dei termini 'non improprie' consente di smentire l'ipotesi che il contenuto del frammento si ponga in contraddizione con il principio che sancisce l'incompatibilità tra le due cause di delazione dell'eredità.

3. Passando ai problemi interpretativi del contenuto del frammento, è il caso di ricordare che questi sono aggravati dalla circostanza che quasi nulla può dirsi in merito alla collocazione palinogenetica di D. 50.16.130, la quale è piuttosto discussa in letteratura.⁴⁰ Quest'ultima non è dunque in grado di orientarci nella ricostruzione del contesto espositivo dal quale il frammento è tratto.⁴¹ Inoltre, anche per chi propende per la genuinità del suo contenuto, è dubbio

³⁹ Inoltre, tra i due frammenti del Digesto più sopra citati possono rinvenirsi anche altri elementi che consentono di ipotizzare la sussistenza tra di essi di una vicinanza stilistica: il ricorrere, ad esempio, dei costrutti 'et is, qui testamentum fecit' (D. 38.16.1 pr.) e 'et eam, quae ex testamento defertur' (D. 50.16.130); l'impiego in entrambi del congiuntivo (imperfetto in D. 38.16.1 pr., perfetto in D. 50.16.130) del verbo *dico*: *non improprie dicitur* (D. 38.16.1 pr.); *non improprie quis dixerit* (D. 50.16.130). Ci sembra interessante notare, incidentalmente, che anche in altri testi, tramandati nei *Digesta Iustiniani* e attribuiti ad Ulpiano, nei quali ricorrono l'avverbio *proprie* e il sintagma *non proprie* (o anche, *nec ... proprie*) si rinviene, altresì, con sorprendente frequenza l'impiego del verbo *dico*. A titolo esemplificativo, v. D. 1.8.9.3; 1.9.7.1; 7.1.70.5; 13.6.1.1; 13.6.3.1; 13.7.9.2; 23.2.12.1-2; 29.3.2.1; 29.5.1.15; 36.1.17.1; 38.8.1.5; 39.2.4.8; 40.1.4.1; 42.4.7.12; 43.11.1.1; 43.26.6.1; 47.7.3.3; 47.8.4.3; 47.10.15.12; 47.15.1.1; 50.16.67 pr.; 50.16.71 pr.; 50.17.102 pr. In altri luoghi, al posto di *dico*, è presente *appello*. Così, ad esempio, in D. 3.3.1.1; 14.3.5.5; 37.1.3.1; 50.1.1.1.

⁴⁰ Dalla ricostruzione proposta da Lenel (*Palinogenesia Iuris Civilis*, II, Lipsiae 1889, rist. Roma 2000, col. 941, Ulp. 1987) può evincersi che il secondo libro del commentario alla *Lex Iulia et Papia* di Ulpiano, al cui interno si colloca il frammento, riguarderebbe la materia *De concubinis*. Lo studioso non fornisce, però, altre informazioni utili ai fini della comprensione del testo che faceva da contorno al frammento (in tal senso si esprime B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 115). Dalla proposta interpretativa suggerita da Lenel differisce, poi, quella di Astolfi, per il quale tale secondo libro tratterebbe, piuttosto, *De poena caelibatus* (v. R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*⁴, cit., 389, ove alla nt. 13 sottolinea che «Pertinet lex Iulia et Papia ad hereditatem tantum quae ex testamento venit»). Diversa è, poi, la questione riguardante la collocazione del frammento all'interno del titolo 16 del libro 50 dei *Digesta Iustiniani* (*De verborum significatione*), su cui rinviamo, nella sola letteratura più recente, a M. MARRONE, *Osservazioni su D. 50.16*, in *Il Linguaggio dei Giuristi Romani. Atti del convegno internazionale di studi, Lecce, 5-6 dicembre 1994*, cur. O. BIANCO e S. TAFARO, Galatina 2000, 37 ss., (per quanto concerne D. 50.16.130) 50, ove lo studioso ipotizza che il frammento in questione insieme ad altri riguardanti la materia ereditaria (ossia D. 50.16.119, 120, 178.1, 208) vennero inseriti nei due ultimi titoli del Digesto dai compilatori, i quali «verificarono che certi dati storici e certi concetti fondamentali relativi alla materia ereditaria nel Digesto (e nelle Istituzioni) mancavano o non vi risaltavano in modo incisivo» e adduce tale dato a conferma di una sorta di funzione «anche sussidiaria» del titolo 16 (spec. p. 49; in proposito v. anche dell'A., *Nuove osservazioni su D. 50.16 «De verborum significatione»*, in SCDR 7, 1995, 169 ss., 170 s.; nonché, più in generale, specie sul valore da attribuire al termine *significatio*, *Le significationes di D. 50.16 «De verborum significatione»*, in SDHI 60, 1994, 583 ss.).

⁴¹ Quanto alla ricostruzione del contesto espositivo di D. 50.16.130, ci si è chiesti in letteratura se da tale testo si possa trarre qualche argomento a favore o contro l'ipotesi che la *Lex Iulia et Papia* si riferisse alla sola successione

se nel testo Ulpiano esponesse una sua opinione o l'orientamento di altri giuristi.⁴² Dall'uso dei termini '*quis dixerit*' e '*non improprie*' si arguisce che anche ammesso che si trattasse di un orientamento altrui può fondatamente ritenersi che il giurista vi aderisse.

Ad averci guidato nell'indagine è stato quindi il confronto con altre fonti, tratte dai *Digesta Iustiniani* e dai *Tituli ex corpore Ulpiani*, che presentano ragguardevoli connessioni con la fonte oggetto della nostra indagine, tali da fornire interessanti spunti di riflessione sul suo possibile significato. Prima ancora di procedere nel senso indicato, ci sembra tuttavia opportuno svolgere qualche considerazione di fondo sulla portata dell'asserzione contenuta in D. 50.16.130.

Si potrebbe essere indotti a pensare, ragionando sul contenuto del frammento, che in esso venga affrontata una questione che non ha alcuna attinenza col principio di incompatibilità tra le due cause di delazione dell'eredità, questione che, per certi versi – ma con le dovute precisazioni che ci accingiamo a svolgere – può considerarsi, ancora oggi, attuale e tale dunque da suggerire spunti di riflessione anche per il giurista contemporaneo.⁴³

«Non impropriamente qualcuno potrebbe dire che perviene per legge anche quell'eredità che è deferita per testamento...» potrebbe sottacere, in effetti, una considerazione di fondo: ossia l'idea che, in ultima istanza, sia la legge la 'fonte' primigenia, alla quale fare risalire la regolamentazione della successione basata sulla volontà del privato espressa nel testamento.⁴⁴

Nel diritto odierno, specie in quei sistemi giuridici continentali che ancora oggi risentono dell'esperienza codicistica, la quale storicamente li ha contraddistinti, una tale considerazione può, del resto, fondatamente estendersi a qualsiasi istituto «in cui entri in gioco l'autonomia del singolo, la quale in tanto è efficace e produttiva di effetti giuridici in quanto la legge riconosca a essa tale effetto; qualunque fatto giuridico è tale solo se ed in quanto la legge lo ammetta».⁴⁵

testamentaria. Sul punto v., in particolare, P. VOCI, *Diritto ereditario romano*, P, cit., 437, che, muovendo dal contenuto di D. 50.16.130, avanza l'ipotesi che la *Lex Iulia et Papia* escludesse esplicitamente con una clausola la successione *ab intestato*, per cui l'osservazione espressa in D. 50.16.130 sarebbe «correttiva». Che la legge si riferisca alla sola successione testamentaria, a prescindere dalla presenza di una clausola che escludesse quella *ab intestato*, sembrerebbe ammettere anche R. ASTOLFI, *La lex Iulia et Papia*, cit., 12 s. (seguito da A. GUZMÁN, *Dos estudios*, cit., 120 s.), sulla base della considerazione che tale legge trattava anche della *capacitas* dei *caelibes*, e che i «testi giuridici che riferiscono la norma della *lex Iulia* sulla *capacitas* dei *caelibes* sono tutti scritti in materia di successione testamentaria».

⁴² A tal proposito, rinviamo alle osservazioni svolte da M. TALAMANCA, *La ricostruzione del testo*, cit., 231. Opportunamente lo studioso sottolinea la difficoltà nella quale ci si imbatte quando i testi giuridici che si esaminano sono molto sintetici, per cui non si può essere sicuri che l'orientamento ivi espresso corrisponda a quello del giurista al quale risale il passo, dato che, nel riportare il testo, poteva benissimo accadere che, anche involontariamente, i compilatori giustinianeî attribuissero un'opinione di un altro giurista all'autore dell'opera dal quale il frammento è tratto, che questi si limitava soltanto a riferire.

⁴³ Si soffermano su tale aspetto, in particolare, M.F. LEPRI, *Saggi*, I, cit., 44 nt. 2; B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 115.

⁴⁴ Sul punto, sebbene in senso chiaramente critico, S. SOLAZZI, *Diritto ereditario romano*, cit., 211: «... ogni vocazione ereditaria sarebbe legale, perchè la volontà del testatore in tanto è efficace in quanto la legge la riconosce. E poichè questo è vero per tutti i fatti e gli atti umani, ogni distinzione fra essi annegherebbe nel generale riflesso che tutta la vita giuridica è garantita dalla legge».

⁴⁵ Così B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 115.

Conferma, peraltro, la rilevanza di tale questione nel nostro ordinamento un particolare orientamento dottrinale, formulato sulla base di un'interpretazione dell'art. 457 c.c.,⁴⁶ divergente da quella tradizionale. Comunemente infatti, sulla scorta di quanto si legge nel suddetto articolo, si afferma la sussistenza della distinzione tra vocazione testamentaria e legale (a seconda se il titolo è costituito, per l'appunto, dal testamento o dalla legge). Tuttavia, una parte della letteratura, avversando tale impostazione, sottolinea l'insussistenza della suddetta distinzione e asserisce, piuttosto, che la vocazione sarebbe sempre legale «cosicché in caso di successione testamentaria la funzione del testamento sarebbe quella non già di determinare esso stesso l'effetto successorio, ma di indirizzare la legge nella direzione voluta».⁴⁷

Malgrado ciò, non è questa di certo, a nostro avviso, la logica sottesa a D. 50.16.130. Per il suo accoglimento, essa presupporrebbe, peraltro, un ordinamento in cui la legge sia considerata la fonte preponderante del diritto e, ancora più a monte, implicherebbe una nozione di 'fonte di diritto' concettualmente posta, in relazione al *ius* dal quale scaturisce, «in un rapporto ... univocamente diagnosticabile come di causalità genetica».⁴⁸ Ebbene, tale moderna concezione di fonte del diritto, come da più parti si è messo in luce, non può farsi risalire all'esperienza giuridica romana, pur non essendo a essa ignota la metafora di 'fonte del diritto' a tale concetto sottesa.⁴⁹

Tali riflessioni, pur non offrendo direttamente alcuna soluzione riguardo al problema dell'interpretazione del contenuto di D. 50.16.130, non appaiono tuttavia prive di utilità. A ben vedere, infatti, esse rivelano quanto sia metodologicamente opportuno impostare la suddetta questione, in modo da sganciarla dall'orbita nella quale la letteratura l'ha fatta finora gravitare, ossia intorno al principio di incompatibilità tra le due cause di delazione dell'eredità, che verrebbe contraddetto dal contenuto di D. 50.16.130.

Si può, infatti, ragionevolmente ipotizzare che nel frammento suddetto il testo delle XII Tavole venga invocato a fondamento delle due successioni, *ex testamento* e *ab intestato*, probabilmente, alla stessa stregua in cui in un celebre passo dei libri *Ab urbe condita* (3.34.16)

⁴⁶ «L'eredità si devolve per legge o per testamento. Non si fa luogo alla successione legittima se non quando manca, in tutto o in parte, quella testamentaria. Le disposizioni testamentarie non possono pregiudicare i diritti che la legge riserva ai legittimari».

⁴⁷ In tal senso, v. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*¹³, Napoli 2007, 443, con ulteriore bibliografia ivi citata a sostegno dell'orientamento in questione, alla quale rinviamo. Segnaliamo, inoltre, la sussistenza di un ulteriore indirizzo dottrinale, posto nella moderna letteratura civilistica, secondo il quale bisognerebbe distinguere delazione e vocazione all'eredità. La «distinzione tra i due profili parte dalla constatazione che la delazione (in senso oggettivo) si fonda sempre sulla legge, in quanto è l'ordinamento a prevedere che – alla morte del soggetto – si apra la successione ereditaria, mentre la vocazione (in senso soggettivo) può dipendere anche dalla volontà del *de cuius*, che, nell'esercizio dell'autonomia privata, designa i chiamati alla successione all'eredità, avendosi così la vocazione testamentaria, mancando la quale subentra quella *ex lege*». Così M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 675 s. Tale distinzione, tuttavia, non sussiste nell'esperienza giuridica romana, in cui il fenomeno successorio veniva considerato nella sua interezza.

⁴⁸ Mutuiamo i termini da G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, Palermo 1987, 102.

⁴⁹ Rinviamo, per tutti, al già citato lavoro di G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, *passim*, spec. 97 ss., 99 nt. 233, e alla bibliografia ivi riportata e discussa. La studiosa mette in luce come, in effetti, solo in un frammento, tramandato nei *Digesta Iustiniani*, ossia il noto D. 1.1.7 pr. (Pap. 2 *def.*), si ha «il primo manifestarsi della concezione comunemente sottesa alla locuzione di 'fonti del diritto'» (p. 98, nonché 109).

Livio «designa le XII Tavole come *fons omnis publici privatique iuris*, intendendo con ciò evidentemente significare che alla legislazione decemvirale fa capo in senso storico tutto il diritto sia pubblico che privato». ⁵⁰

In un certo senso, dunque, la riflessione espressa in D. 50.16.130 sottolineerebbe la comune risalenza storica della primigenia regolamentazione delle due *vocationes ad hereditatem* sia, cioè, in presenza di un testamento valido ed efficace sia in sua assenza. ⁵¹ Tale interpretazione troverebbe, a tacer d'altro, riscontro in

D. 5.3.1 e 3 (Gai. 6 *ad ed. prov.*): [1.] *Hereditas ad nos pertinet aut vetere iure aut novo. vetere e lege duodecim tabularum vel ex testamento, quod iure factum est (... [3.] veluti si eam personam, quae in nostra potestate sit, institutam iusserimus adire hereditatem: sed et si Titio, qui Seio heres extitit, nos heredes facti sumus, sicut Titii hereditatem nostram esse intendere possumus, ita et Seii) vel ab intestato (forte quod sui heredes defuncto sumus, vel adgnati vel quod manumisimus defunctum, quodve parens noster manumiserit). novo iure fiunt heredes omnes qui ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur*, ⁵²

⁵⁰ Cfr. G. ARICÒ ANSELMO, *Partes iuris*, cit., 99 nt. 233. A tal proposito si legga anche il celebre D. 1.2.2.6 (Pomp. *libr. sing. ench.*): *...lege duodecim tabularum ex his fluere coepit ius civile* rell., in cui Pomponio si richiama «con queste parole alla narrazione del precedente § 5, dove l'origine del *ius civile* – dal giurista, come si sa, identificato con l'*interpretatio prudentium* – veniva connessa all'emanazione delle XII tavole nel senso che, divenute necessariamente oggetto di *interpretatio*, queste determinarono, appunto, il sorgere del *ius civile*, ne costituirono l'occasione di venire in essere».

⁵¹ In senso analogo v. recentemente G. COPPOLA, *Nascita e declino dell'adagio nemo pro parte testatus*, cit., 95, per la quale in D. 50.16.130 entrambe le due cause di delazione trovano «il loro fondamento nella legge decemvirale, alla quale si deve da un lato la conferma della chiamata testamentaria (*si intestato moritur*) e dall'altro la chiamata dei *sui*, di tutti i *sui*, in posizione di parità tra di loro, retaggio dell'antico *consortium*, con l'aggiunta, in mancanza di essi, della possibilità offerta all'*adgnatus proximus* ed ai *gentiles di familiam habere*». Secondo alcuni studiosi, inoltre, il riferimento alla *Lex XII Tabularum* si porrebbe rispetto agli istituti che 'conferma' come «la causa remota della vocazione o in genere dell'effetto giuridico» degli stessi. Mutuiamo i termini da S. SOLAZZI, *Diritto ereditario*, cit., 211, che riferisce in proposito, senza tuttavia dividerlo, un orientamento espresso da M. WŁASSAK, *Vindikation und Vindikationslegat*, in ZSS 31, 1910, 292 ss., formulato in merito a Tit. Ulp. 19.17, seguendo il quale che l'acquisto del legato trovi fondamento nella legge delle XII Tavole (*'Lege nobis acquiritur ... legatum ex lege duodecim tabularum'*) indicherebbe che *lex* è intesa in quel luogo, per l'appunto, come «die Herkunft des Rechtssatzes, der die zweite und entferntere Grundlage des Erwerbes bildet» (p. 292). Ritiene parimenti che *lege* alluda a una «causa remota», ad esempio, anche G. SEGRÉ, *Obligatio, obligare, obligari*, cit., 523 nt. 76. Diverso ancora è, ad esempio, l'orientamento espresso da B. BIONDI, *Appunti*, cit., 24 s., per il quale in Tit. Ulp. 19.17 «l'acquisto del legato avviene ... *lege*, vale a dire l'acquisto non è effetto nè di un rapporto giuridico coll'alienante, nè della attività del giudice». Secondo Solazzi (*Diritto ereditario*, cit., 211 nt. 3), invece, qualora si accogliessero tali interpretazioni di Tit. Ulp. 19.17 (e D. 50.16.130), «*lex* e *legitimus* acquisterebbero un significato che non è il romano, perché alluderebbero al diritto obbiettivo in genere anziché alla legge comiziale». Una eco di tale orientamento può forse ravvisarsi anche in U. COLI, *Il testamento*, cit., 55 nt. 110 = *Scritti*, II, cit., 643 nt. 110, là dove afferma che in Tit. Ulp. 19.17 e D. 50.16.130 si fanno risalire «gli effetti del testamento direttamente alla legge decemvirale, non rendendosi più conto della forza di *lex* del testamento».

⁵² Notoriamente i due frammenti, tratti dal sesto libro dei commentari di Gaio all'editto provinciale, sono interrotti nel Digesto di Giustiniano da un passo ulpiano: D. 5.3.2 (Ulp. 15 *ad ed.*). Abbiamo preferito, pertanto, riferirli secondo la *Palingenesia Iuris Civilis* curata da Lenel (I, Lipsiae 1889, col. 200, Gaius

ove si attesta esplicitamente che il *vetus ius* riguardante le *hereditates* complessivamente considerate (sia, dunque, *ex testamento* sia *ab intestato*) troverebbe fondamento nella Legge delle Dodici Tavole,⁵³ nonché, per fare un altro esempio, in

D. 38.6.1 pr. (Ulp. 44 *ad ed.*): *Posteaquam praetor locutus est de bonorum possessione eius qui testatus est, transitum fecit ad intestatos, eum ordinem secutus, quem et lex duodecim tabularum secuta est* rell.⁵⁴

Ma vi è di più. A nostro modo di vedere, non solo non è opportuno affermare che in tale frammento Ulpiano negasse il principio ‘*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*’, ma anzi l’intera costruzione del periodo, e in particolare l’utilizzo del sintagma ‘*non inproprie*’, sul quale poc’anzi ci siamo già soffermati, induce a sostenere proprio il contrario: che il giurista presupponesse la sussistenza del suddetto principio. Opportunamente, infatti, è stato in tal senso rilevato che «il fatto stesso che Ulpiano nel citato fr. 130 dice che *non inproprie* sotto la denominazione di *hereditas ex lege* bisogna comprendere la eredità testamentaria dimostra che *hereditas ex lege* importa di per sé eredità intestata». ⁵⁵ In sostanza, appare ragionevole per il modo stesso in cui il testo è congegnato ritenere implicito che la delazione ‘in forza della legge’ prevedesse propriamente il ricorso ad essa solo in via residuale, ossia ‘in mancanza di un testamento valido ed efficace’ (*ab intestato*).⁵⁶

Che quanto fin qui espresso da parte nostra non sia infondato, è del resto indirettamente confermato dal ragionamento sotteso a D. 38.16.1 pr., pocanzi riportato, ove Ulpiano si sofferma sul valore tecnico del termine ‘*intestatus*’ e sulle tipologie di casi che per il diritto possono ricomprendersi in tale nozione. Infatti, in tale frammento il giurista specifica, seguendo il tenore letterale del tratto nel quale si rinviengono i termini ‘*non inproprie*’, che

139). Di D. 5.3.1 e 3 ci siamo già occupati in una precedente sede: *Ricerche sul testamentum*, I, cit., spec. 394 ss., con bibliografia ivi citata alla nt. 856, alla quale rinviamo.

⁵³ In letteratura ha messo, in particolare, in connessione D. 5.3.1 e 3 con D. 50.16.130, B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, I, cit., 114 s., il quale rileva che, come si evincerebbe dalle due fonti in questione, «*hereditas legitima* ed *heres legitimus* sono l’eredità e l’erede secondo il *ius civile*, non importa se si tratta di successione intestata o testamentaria» (p. 115).

⁵⁴ In questa stessa ottica si collocano del resto anche tutte quelle fonti, poc’anzi riportate al § 2, che danno notizia del convincimento, espresso dalla giurisprudenza classica, che è stato il testo decemvirale, in uno evidentemente con l’*interpretatio* successiva, ad aver conferito vigore ad alcune disposizioni testamentarie.

⁵⁵ Così B. BIONDI, *Istituti fondamentali*, cit., 115.

⁵⁶ La spiegazione storica del carattere residuale della delazione *ex lege* si rinviene nella formulazione dell’*incipit* del noto versetto decemvirale che regolava tale successione: ‘*Si intestato moritur* rell.’. In tal senso rinviamo, per tutti, a M. TALAMANCA, *Istituzioni*, cit., 676, per il quale, sotto il profilo logico, «già nel sistema delle XII Tavole, le norme sulla successione legittima vengono espressamente formulate per il caso in cui non sussista la vocazione testamentaria ... Dal punto di vista, quindi, del rapporto fra le norme, le disposizioni decemvirali sono norme dispositive, o suppletive, perché hanno efficacia soltanto quando manchi un – valido – testamento». Di un certo interesse, alla luce anche della formulazione dell’esordio di XII tab. 5.4, ci sembra quanto è stato sottolineato, di recente, da Simeón (*Nemo pro parte testatus*, cit., spec. 39 ss.), ossia «que el tenor literal de la norma de las XII Tablas que reza *si intestato moritur...* fuera crucial en la opción de los pontífices en favor de la incompatibilidad entre la sucesión testamentaria y la intestada» (pp. 49 s., con altra letteratura ivi citata alla nt. 84 alla quale rinviamo).

‘...anche quello che ha fatto testamento, se la sua eredità non è adita o il testamento è revocato e invalidato o è divenuto inefficace, non impropriamente potrebbe dirsi che è morto senza aver fatto testamento rell.’⁵⁷

Vengono dunque esposti dei casi che, a rigor di logica, implicano che vi sia un soggetto ‘*qui testamentum fecit*’. Tuttavia, il giurista precisa che non è improprio, nelle circostanze appena ricordate (‘*si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum*’), e benché un testamento vi sia, che il *de cuius* sia considerato come se fosse morto *intestatus* (‘*intestatus non improprie dicitur decessisse*’). La qual cosa si spiega agevolmente se si pensa che, in effetti, non basta che vi sia un testamento per dare luogo alla delazione in forza dello stesso, ma è necessario che quello sia valido, efficace e compiuto in conformità ai ‘*sollemnia iuris*’ per esso previsti (secondo la terminologia adottata dalla giurisprudenza di età classica: ‘*iure factum*’, o anche ‘*iure perfectum*’), principio che è ribadito in un cospicuo numero di fonti.⁵⁸

Non ci risulta che in letteratura si sia mai posta, e a ragione, la questione di una presunta contraddizione tra quanto esposto in D. 38.16.1 pr. e il principio di incompatibilità tra le due cause di delazione dell’eredità, come invece è stato ipotizzato per D. 50.16.130. Forse tutto ciò si deve alla minore fortuna che ha avuto quest’ultimo testo, che a differenza del primo è pervenuto estrapolato dal suo contesto. Ma se per D. 38.16.1 pr. non si pone minimamente il problema di una presunta divergenza rispetto al suddetto principio, perché ritenere che tale questione debba interessare, invece, D. 50.16.130? Non potrebbe ipotizzarsi che – alla stregua di quanto avviene per il significato della parola ‘*Intestati*’ (non meramente riducibile nella sua portata giuridica, *sic et simpliciter*, a ‘*qui, cum possent testamentum facere, testati non sunt*’) – anche per il sintagma ‘*Lege obvenire hereditatem*’ Ulpiano formulasse delle considerazioni che non riguardassero soltanto la sua accezione ‘propria’?

Sebbene in via meramente congetturale, il confronto con D. 38.16.1 pr. – che, è bene ricordare, è l’unica attestazione giuridica dei termini ‘*non improprie*’ insieme a D. 50.16.130⁵⁹ – consente, quanto meno, di supporre che l’articolazione del pensiero del giurista all’interno del frammento in esame fosse ben più elaborata. In altre parole, secondo noi, non può esclu-

⁵⁷ D. 38.16.1 pr. (Ulp. 12 *ad Sab.*): *...et is, qui testamentum fecit, si eius hereditas adita non est vel ruptum vel irritum est testamentum, intestatus non improprie dicitur decessisse rell.*

⁵⁸ Numerosissime sono le fonti nelle quali si rinviene l’espressione ‘*testamentum, quod iure factum est*’ o in cui con diversa terminologia (con l’impiego, ad esempio, delle espressioni ‘*inutiliter iure civili testari*’, ‘*utiliter/inutiliter testari*’, ‘*inutiliter fieri testamentum*’, ‘*testamentum valere*’) si esprime un’idea analoga. Tra i brani tratti dal manuale istituzionale gaiano rinviamo, principalmente, a 2.114-115, 2.118-123, 2.134 (v. anche I. 2.13.2), 2.144 (v. anche Epit. Gai. 2.3.4), 2.145-149a, 2.151, 3.36. Particolarmente significativo ai fini della nostra indagine è poi un frammento tratto dai libri *ad edictum* di Ulpiano, ossia D. 29.3.2.1 (Ulp. 50 *ad ed.*), che si collega al contenuto di D. 38.16.1 pr. (Ulp. 12 *ad Sab.*) e al problema della valenza tecnica del termine ‘*intestatus*’ e nel quale può ravvisarsi l’impiego di due avverbi di senso contrario, ‘*proprie*’ e ‘*abusivè*’: *Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt vel iniusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.* Che l’avverbio ‘*abusivè*’ sia utilizzato in evidente contrapposizione con l’avverbio ‘*proprie*’ si evince anche da altre fonti giuridiche: rinviamo ad esempio a D. 32.69.1 (Marc. *lib. sing. resp.*); 50.16.1 (Ulp. 2 *ad ed.*). Esso ricorre inoltre in altri brani ulpianei: 77 *ad ed.*, D. 47.10.15.40; 10 *ad ed.*, 50.16.15.

⁵⁹ V. *supra*, § 2, e ivi nt. 32.

dersi del tutto che poco prima, nell'ambito della trattazione dalla quale D. 50.16.130 è stato estrapolato, Ulpiano riferisse l'orientamento giurisprudenziale tradizionale secondo il quale, in senso proprio, per '*Lege obvenire hereditatem*' si intendeva la sola delazione *ab intestato* (*ex lege XII Tabularum*).

L'ipotesi appena avanzata troverebbe riscontro sul piano logico e contenutistico nella vicinanza semantica tra la terminologia impiegata in D. 50.16.130 e quella ricorrente in Tit. Ulp. 11.14, o meglio nell'intero contesto espositivo nel quale tale passo è collocato (Tit. Ulp. 11, *De tutelis*).

È noto che quest'ultima fonte riferisce una classificazione dei tutori che si distanzia, in molteplici punti, da quella pervenuta nel manoscritto Veronese delle Istituzioni di Gaio (1.144-188).⁶⁰ Secondo la trattazione svolta nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, infatti, i tutori *testamentarii* rientrano fra quelli *legitimi*. La logica di tale classificazione si avvicina a quella espressa in D. 50.16.130, in quanto il loro riconoscimento deriva dalla *lex XII Tabularum*. A loro volta, i tutori, per così dire, *ex lege XII Tabularum* costituirebbero una *species* del *genus* '*legitimi tutores*', presupponendo una nozione ampia del termine *legitimus*.⁶¹ A tal proposito, si leggano almeno, nei paragrafi iniziali della trattazione,

Tit. Ulp. 11.2-3: 2. *Tutores aut legitimi sunt, aut senatus consultis constituti, aut moribus introducti*. 3. *Legitimi tutores sunt [qui] ex lege aliqua descendunt; per eminentiam⁶² autem legi-*

⁶⁰ È appena il caso di ricordare che la trattazione dell'istituto della tutela in Gai 1.144 ss. pone notevoli problemi circa l'individuazione dei *genera* e delle *species* della *tutela* ivi trattate e le connessioni con i precedenti schemi elaborati dai giuristi già da età repubblicana, ai quali Gaio accenna nel prosieguo della trattazione (1.188). Per un primo orientamento sulla dibattuta questione, costituisce un valido punto di riferimento sul tema M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species' nelle sistematiche dei giuristi romani*, in *Quaderno n. 221, Accademia Nazionale dei Lincei, Colloquio italo-francese. La filosofia greca e il diritto romano* (Roma, 14-17 Aprile 1973), II, Roma 1977, 229 ss., con numerosi richiami bibliografici ai quali rinviamo (v. spec. nt. 650).

⁶¹ Nell'esposizione seguita nel titolo 11 dell'operetta postclassica si tratta, in sostanza, dei *tutores legitimi*, secondo per l'appunto un'ampia accezione attribuita a quest'ultimo termine, ai §§ 3-20; di quelli *senatus consultis constituti* ai §§ 20-23; infine, di quelli *moribus introducti* al § 24.

⁶² Tale sintagma in effetti, non trovando riscontro in altre fonti, è stato considerato di fattura postclassica (così, ad esempio, S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 89 e ivi nt. 23; S. RICCOBONO, *Dies e condicio nella costituzione delle servitù su fondi italici e su fondi provinciali* (Fr. 4 D. VIII, 1), in RHD 3, 1922, 336 e ivi nt. 5; nella letteratura più recente, sulla questione v. anche M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., 300 nt. 19, con ulteriore bibliografia). Si oppone a tale orientamento A. BERGER, *La citazione della legge delle XII Tavole in Dig. XXVI 4, 1 pr.*, in BIDR 43, 1935, spec. 198 ss., che contesta l'idea che «l'estensione del concetto *tutores legitimi* sui tutori introdotti *ex lege aliqua* sia di origine postclassica» (p. 198). L'A. sottolinea infatti che, anche ipotizzando che il testo sia di origine postclassica, bisognerebbe comunque ammettere che «il glossatore postclassico o l'epitomatore avesse già qualche dubbio sull'esclusività dell'origine delle tutele legittime dalle XII Tav. Come sarebbero però arrivati i postclassici a trovare o almeno a voler ricercare una nuova fonte legale per il concetto *tutela legitima*, se secondo il diritto classico le *tutela legitima* e *tutela ex lege XII tab.* fossero una semplice tautologia?». Riccobono (p. 336 nt. 5), muovendo dalla constatazione che «nelle Collezioni postclassiche e nelle epitomi non sono riprodotte parole greche», ritiene inoltre «molto probabile che l'epitomatore abbia tradotto in questo luogo la frase *κατ'ἐξοχήν*, usata in proposito dai giuristi». Si noti, comunque, che il resto del frammento è di sicura paternità ulpiana come attesta l'assonanza terminologica con D. 26.4.3 pr. (Ulp. 38 *ad Sab.*): *Tutela legitima, quae patronis defertur e lege duodecim tabularum, non quidem specialiter vel nominatim delata est, sed per consequentias hereditatum,*

timi dicuntur qui ex lege duodecim tabularum introducuntur, seu propalam, quales sunt agnati, seu per consequentiam, quales sunt patroni,

nonché, nel suo prosieguito,

Tit. Ulp. 11.14: *Testamento quoque nominatim tutores dati confirmantur eadem lege duodecim tabularum his uerbis VTI LEGASSIT SVPER [FAMILIA] PECVNIA TVTELAVE SVAE REI, ITA IVS ESTO: qui tutores dati ui appellantur.*

Ora, è merito di Solazzi aver posto in evidenza che, in effetti, la classificazione dei tutori presentata nei *Tituli ex corpore Ulpiani* sembrerebbe fondarsi sul ragionamento espresso in D. 50.16.130,⁶³ sebbene lo studioso contesti la classicità anche di Tit. Ulp. 11, sulla scorta, ancora una volta, dell'idea che «l'unione in uno stesso gruppo (*legitimi*) di tutori (chiamati dal testamento o dalla legge decemvirale) i quali si escludevano a vicenda, rinnega invano quella *naturalis pugna* che i Romani scorgevano tra le due vocazioni».⁶⁴

Malgrado il ragionamento condotto da Solazzi per dimostrare che Tit. Ulp. 11 (*De tutelis*) non contenga argomentazioni attribuibili a un giurista di età classica sia ammirevole per il rigore scientifico con il quale è condotto e per i numerosi spunti di indagine che offre, esso ci sembra viziato quantomeno da un pregiudizio di fondo, che una parte della letteratura, specie di recente, tende a rimettere in discussione: ossia che «il libro, che va sotto il nome di Ulpiani *liber singularis regularum*, contiene aggiunte e rifacimenti, che meritano di esser chiamati interpolazioni, perché deliberatamente alterano il pensiero classico».⁶⁵

quae ex ipsa lege patronis datae sunt. In tal senso, rinviamo tra i tanti a S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 89; più di recente, F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*». *Storia di un testo*, Napoli 1997, 91 (dell'A. anche *Una ricognizione sui Tituli ex corpore Ulpiani*, in *Atti dell'Accademia romanistica costantiniana. XIV Convegno internazionale in memoria di Guglielmo Nocera*, Napoli 2003, 415); M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., 300 s.

⁶³ Cfr. S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 92. V. anche, sul punto, A. GUZMÁN, *Dos estudios*, cit., 120 ss.

⁶⁴ Così S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 83. In proposito v. anche quanto rilevato da O. LENEL, „*Iudicium*”, in *ZSS* 47, 1927, spec. 31 s. Sono propensi a ritenere che la classificazione dei tipi di tutori rinvenibile nei *Tituli ex corpore Ulpiani* sia artificiale o, comunque, risalente a età postclassica, anche H. GOUDY, *Trichotomy in Roman Law*, Oxford 1910, 47 nt. 2; F. SCHULZ, *Die epitome Ulpiani*, cit., 35 nt. 2. Altra letteratura è citata in M. TALAMANCA, *Lo schema 'genus-species'*, cit., 241 nt. 682, che si esprime in maniera dubitativa sulla questione. Si vedano, sul punto, anche gli Autori citati da E. VOLTERRA, *Indice delle glosse, delle interpolazioni e delle principali ricostruzioni segnalate dalla critica nelle fonti pregiustinianee occidentali*, estr. da *Riv. St. del Dir. It.* 8, 1935, 396 s.

⁶⁵ Cfr. S. SOLAZZI, *Studi sulla tutela*, cit., 92 (nonché dell'A. anche *Interpolazioni in Ulp. 12*, che citiamo da *Scritti di diritto romano*, II, 1913-1924, Napoli 1957, 537 ss.). Nella letteratura più recente, rinviamo per un diverso orientamento (che, da una parte, asserisce l'autonomia e l'originalità dei *Tituli ex corpore Ulpiani* rispetto al manuale istituzionale gaiano, dall'altra, pur trattandosi di un'opera postclassica, ipotizza che il suo contenuto sia classico), sebbene con diversità di posizioni tra loro, a F. MERCOGLIANO, «*Tituli ex corpore Ulpiani*», cit., *passim* (sul lavoro rinviamo alle recc. citate in *Id.*, *Una ricognizione*, cit., 407 nt. 3; dell'A. v. anche *Un'ipotesi sulla formazione dei «Tituli ex corpore Ulpiani»*, in *Index* 18, 1990, 185 ss.; *Le «regulae iuris» del «Liber singularis» ulpiano*, in *Index* 26, 1998, 353 ss. = *Règle et pratique du droit dans les réalités juridiques de l'antiquité*, SIHDA. *Atti della 51ª Sessione*

4. Tirando le fila del discorso fin qui condotto, ci sembra che il raffronto tra D. 50.16.130 e Tit. Ulp. 11.2 ss., in uno con le altre considerazioni più sopra svolte, consenta di escludere in via definitiva che nel primo testo si neghi il principio *'nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest'*.

La fonte lascia, tuttavia, aperti alcuni problemi che meritano di essere affrontati in una sede autonoma, primo fra tutti quello concernente il valore tecnico delle locuzioni *legitimus heres* e *legitima hereditas* in rapporto con le espressioni, forse più risalenti, *heres* ed *hereditas ab intestato*. L'equivalenza semantica tra i sintagmi *ab intestato* ed *ex lege* è, a ben vedere, un punto fermo solo per il giurista contemporaneo. Ma qual'era la portata semantica delle suddette espressioni nell'esperienza giuridica romana? Quale fu la loro evoluzione? Quali sono in proposito le notizie provenienti dalle fonti di età repubblicana e classica (giuridiche e non) pervenuteci? Limitandoci per il momento ai testi in questa sede esaminati, è evidente che, da un lato, essi non presentano un valore univoco del termine *legitimus*, dall'altro, non sembrerebbero *sic et simpliciter* considerare le espressioni più sopra riferite (*legitimus heres* e *heres ab intestato*) alla stregua di sinonimi. Se è vero, infatti, che *'non impropriamente qualcuno potrebbe dire che perviene per legge anche quell'eredità che è deferita per testamento'* (D. 50.16.130), lo stesso non può pacificamente affermarsi – né in senso proprio né non improprio – per quelle eredità che provengono *ex senatus consultis aut ex constitutionibus* (D. 5.3.3), pur rientrando in linea di principio queste ultime in fattispecie che presuppongono la mancanza di un testamento, e per le quali si succedeva dunque *ab intestato*.⁶⁶

(Crotone-Messina, 16-20 Settembre 1997), cur. I. PIRO, Soveria Mannelli 1999, 433 ss.) e M. AVENARIUS, *Der pseudo-ulpianische liber singularis regularum*, cit., *passim*, spec. 76 ss. (dell'A. v. anche *Il «liber singularis regularum» pseudo-ulpiano: sua specificità come opera giuridica altoclassica in comparazione con le «Institutiones» di Gaio*, in *Index* 34, 2006, 455 ss.). Non è inoltre, a nostro avviso, priva di rilievo ai fini della soluzione del problema circa il contenuto classico dell'operetta (o, quanto meno, ai fini della sua utilità relativamente alla ricostruzione del diritto di età classica) la circostanza che nei *Tituli ex corpore Ulpiani* piuttosto numerosi siano i luoghi nei quali viene richiamato il testo delle XII Tavole (1.9; 2.4; 10.1; 11.3; 11.14; 12.1; 12.2; 19.17; 26.1; 26.1a; 26.7; 26.8; 27.5; 29.1; 29.6). Opportunamente si è in proposito rilevato (B. ALBANESE, *Osservazioni su XII Tab. 5,3*, cit., 46 = *Scritti giuridici*, III, spec. 518) che si tratterebbe, in effetti, di un numero di richiami al testo decemvirale «sorprendentemente alto, in relazione all'esiguità dell'operetta». L'insigne studioso adduce tale indizio, insieme ad altri, a conferma della «sicura classicità di tutte le attestazioni che si trovano in Tit. Ulp. in ordine a *verba* giuridicamente rilevanti». A tal proposito rinviamo alla bibliografia da noi citata in *Ricerche sul testamentum*, I, cit., 261 nt. 554. Infine, ci sembra ragionevole quanto asserito da Talamanca (*Lo schema 'genus-species'*, cit., 241 nt. 682), per il quale, qualora si accettasse l'interpretazione di Tit. Ulp. 11 (*De tutelis*) suggerita da Solazzi, bisognerebbe spiegare le ragioni che avrebbero indotto «professori e scoliasti dell'epoca postclassica ... all'opera per configurare una classificazione la quale poggia su un momento caratteristico del sistema normativo del periodo tardo-repubblicano e degli inizi del Principato, e cioè la diversità nella natura delle fonti che costituiscono l'ordinamento».

⁶⁶ È noto, ad esempio, che Solazzi (cfr. *Diritto ereditario*, cit., 204 ss.) ha sostenuto che le fonti che si avvalgono dei sintagmi *legitima successio*, *legitima hereditas*, *legitimus successor*, *legitimus heres* in contrapposizione a *testamentaria successio*, *testamentaria hereditas*, *testamentarius successor* e *testamentarius heres* non rispecchiano il pensiero classico per il quale «non poteva dirsi *legitimus* qualunque *heres* che succedesse in mancanza di testamento», in quanto tale attributo poteva attagliarsi solo al *suus heres*, all'*adgnatus proximus* e al patrono, per così dire, *ex lege XII Tabularum* (p. 205). Per cui, seguendo tale orientamento, tutti coloro

Infine, quanto alla stretta connessione sussistente tra D. 50.16.130 e Tit. Ulp. 11.2 ss., le riflessioni fin qui condotte riguardo al possibile ragionamento che accomuna i due testi e i problemi interpretativi posti dall'impiego del termine *legitimus* nelle fonti rivelano, a nostro avviso, ancora più ampi orizzonti di ricerca in materia di *tutela*, per quanto concerne, più in particolare, le possibili connessioni tra la classificazione dei tutori presente nei *Tituli ex corpore Ulpiani* (11.2 ss.) e la trattazione gaiana di tale istituto (1.144 ss.). Per limitarci ad una delle tante implicazioni connesse a tale ricerca, basti rilevare che i profili di indagine appena indicati potrebbero illuminare di nuova luce l'ipotesi per la quale la classificazione dei tutori riferita nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, anziché seguire l'impostazione scelta da Gaio nel suo manuale (la quale a sua volta ricalcherebbe, secondo molti studiosi, quella muciana), fosse improntata o in qualche modo derivata da quella proposta da Servio Sulpicio Rufo (secondo, dunque, uno schema tripartito) o da Marco Antistio Labeone (che suggeriva una differenziazione in due soli *genera*)⁶⁷ e offrire agli studiosi l'opportunità di considerare da nuove angolature il problema della possibile logica sottesa a tali diverse classificazioni.

che ad esempio «*ex senatus consultis aut ex constitutionibus ad hereditatem vocantur*» (D. 5.3.3) sono *heredes ab intestato* ma non, propriamente, parlando, *heredes legitimi*» (p. 205; a tale conclusione lo studioso perviene anche a proposito dell'esegesi di Tit. Ulp. 11.2 ss.).

⁶⁷ Arg. ex Gai 1.188: *Ex his apparet, quot sint species tutelarum. si uero quaeramus, in quot genera hae species diducantur, longa erit disputatio; nam de ea re ualde ueteres dubitauerunt, nosque diligentius hunc tractatum executi sumus et in edicti interpretatione et in his libris quos ex Q. Mucio fecimus. hoc tantisper sufficit admonuisse, quod quidam quinque genera esse dixerunt, ut Q. Mucius; alii tria, ut Ser. Sulpicius; alii duo, ut Labeo; alii tot genera esse crediderunt, quot etiam species essent.*

ARMANDO TORRENT

Turbulencias financieras en época de Cómodo:
la quiebra de la banca de Calisto

ABSTRACT

The default of Calistus was one clamorous event in the economic history of the reign of Commodus. My thesis is that these default was no “dolosa” but “culposa”, due to a imprevisión of risks of loans, and the akward economic situation of the roman economy in the years 180 and followings a. C.

PAROLE CHIAVE

Reing of Commodus; default of Caslistus; Imprudent or total prevision of risks.

Desde el 2007 con el estallido de la burbuja inmobiliaria se abrió un período de turbulencias financieras que ha llevado a la recesión especialmente a los países mediterráneos, de la que estamos saliendo (al menos España) con grandes dificultades. Este *crack* llevó a la quiebra a muchos Bancos (en España especialmente a las Cajas de Ahorro), por la mala gestión de sus activos concediendo créditos a tipos bajísimos de interés (pero esto se debió entre otras causas a una laxa política monetaria de los Bancos centrales con tipos de interés decrecientes¹ en la práctica inferiores a la inflación), un inmenso descuido en el cálculo del riesgo (excesiva concentración de riesgos en el mercado inmobiliario) que llevó a no provisionar los eventuales y previsibles créditos fallidos. La primera señal preocupante del *crack* financiero fue la quiebra de Lehman Brothers en USA en el 2007, uno de los mayores bancos de inversión del mundo, producida por el hundimiento de los bonos hipotecarios sobre las llamadas hipotecas-basura, y que hizo quebrar concesión a tipos de interés bajísimos descuidando extraordinariamente el cálculo del riesgo (la calidad de los prestatarios), y tampoco la cobertura de eventuales créditos fallidos.

A mi modo de ver, y *servata distantia*, ocurrió una tormenta financiera similar en la Roma del emperador Cómodo (finales del s. II d. C.) con la quiebra del banquero cristiano Calisto ocurrida entre el 188 y 190 d. C. Cómodo (180-192) fue asesinado el 31 de diciembre del 192, sucediéndole Pertinax que sólo duró tres meses en el trono, a su vez asesinado por los pretorianos que ofrecieron la púrpura imperial al senador Didio Juliano que les había prometido mayor donativo² que otros pretendientes. Pertinax³, cercano a la clase senatoria e inspirado en los ideales de la monarquía antonina, pretendió resanar las finanzas del Imperio y relanzar la productividad de la economía⁴ liberando a los propietarios agrarios⁵ del pago de los intereses atrasados sobre los préstamos de los últimos nueve años, lo que es índice de la morosidad en tiempos de Cómodo, fenómeno que de alguna manera enlaza con la quiebra de Calisto ocurrida a finales de su reinado debido a no poder recobrar ni el capital ni los intereses debidos por quienes habían recibido créditos de su banca. En aquel clima financiero lo más acertado que puede decirse del reinado de Cómodo⁶ es que fue una época inflacionaria, de devaluaciones monetarias, de pérdida de confianza en el valor del dinero y consiguiente recesión económica.

¹ En realidad todo esto venía de más atrás: de las políticas económicas ultraliberales del Presidente Reagan en USA y de la Sra. Thatcher en el Reino Unido.

² Dion Cass. 74.11; Herod. 2.6.

³ Cfr. J.A. GARCIA BLANCO, *El emperador Publio Helvio Pertinax y la transformación política del Imperio*, Málaga 1999.

⁴ L DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici nel mondo tardo antico. Alle radici di una nuova storia*, Roma 2007, 45.

⁵ Vid. sobre la política agraria de estos años, R. SORACI, "Voluntas-domini" e gli inquilini-coloni sotto *Commodo e Pertinace*, en *Quaderni Catanesi* 8, 1986, 317 ss.; A. MARCONE, *Storia dell'agricoltura romana. Dal mondo arcaico all'età imperiale*, Roma 1997, rist. 2005, 168 s.

⁶ F. HEICHELHEIM, *Zur Währungskrise des römischen Imperium im 3. Jahrhundert*, en *Klio* 26, 1933, 102-105; T. PEKÁRI, *Studien zur römischen Währungs- und Finanzgeschichte*, en *Historia* 8, 1959, 444-454; R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers chez les Pères de l'Eglise*, en *Ancient Society* 4, 1973, 254; J. DE CHURRUCA, *La quiebra de la banca del cristiano Calisto (ca. 185-190)*, en *SCDR* 3, 1991, 77, recogido en ID. *Cristianismo y mundo romano*, con presentación de R. MENTXAKA, Bilbao 1998, 552. En adelante cito según la publicación de 1991.

En este contexto, y como un hito más en la historia económica de Roma, afronto la insolvencia (¿dolosa? ¿culpota? ¿fortuita?)⁷ del banquero Calisto que Hipólito en la *Refutatio omnium haeresium* presenta como quiebra fraudulenta⁸ o dolosa (en mi opinión culpota, pues de la información de Hip. no se deduce que Calisto utilizara el dinero de sus depositantes para enriquecerse personalmente, o que tuviera el propósito deliberado de engañar a sus clientes) frustrando la confianza de quienes le habían confiado su dinero esperando obtener alta rentabilidad que al no recuperar nada perdieron todos sus ahorros, aunque entiendo que más que por dolo de Calisto se debió a que éste no pudo o no supo calcular el riesgo de los créditos concedidos con el dinero de sus clientes, no teniendo su banca capital propio para en caso de créditos fallidos poder devolver su capital a los depositantes, ni reservas para provisionar la eventual morosidad de los prestatarios.

Le pasó a Calisto lo mismo que ha ocurrido en España, y poco antes en los Estados Unidos a partir del 2007 que por la mala gestión de los directivos llevó a la quiebra a muchos bancos en USA y Cajas de Ahorro en España, que sólo han podido sobrevivir gracias a las ingentes cantidades de dinero público aportadas por el Estado que las ha obligado a fusionarse y adoptar la forma bancaria superando su centenaria estructura de fundaciones de interés público con capital privado (el dinero de los impositores). También fallaron en USA la Reserva Federal (FED) encargada de la supervisión bancaria y la Comisión del Mercado de Valores (SEC) que debieron advertir – y no lo hicieron – la excesiva concentración de riesgos en la supervisión de las cuentas de las compañías bancarias y aseguradoras cotizadas

⁷ La respuesta a estas calificaciones de la quiebra depende del grado de responsabilidad imputada a la actividad bancaria en la concesión de crédito. Desde luego la actuación de Calisto totalmente alejada del cálculo del riesgo, de ocurrir en nuestros días *prima facie* sería calificada como *negligentia maxima* (que en Roma *dolo aequiparatur*); probablemente ésta sería la calificación de los auditores al examinar sus cuentas, pero en Roma no había supervisión bancaria (notablemente endurecida en nuestros días después del crack del 2007, e incluso desde la quiebra de Enron en 1999), y solo podía enfocarse desde la defraudación a la *fides* que los depositantes esperaban de su banquero.

⁸ Convencido de la íntima relación entre economía y derecho, vengo realizando desde 1967 diversos trabajos enmarcados en el ámbito jurídico-económico entre los que destacaría en el ámbito exclusivamente romanístico, A. TORRENT, *Inflación y proceso en la legislación municipal*, en RIDA 19, 1972, 449 ss.; *Pretium certum, determinación del precio per relationem*, en BIDR 98-99, 1999, 83 ss.; *Crimen annonae y mantenimiento del orden público económico*, en S. BELLO-J.L. ZAMORA (coords.), *El derecho comercial, de Roma al derecho actual*, II, Las Palmas de Gran Canaria 2007, 1005 ss.; *Usurae supra legitimum modum. Del edicto de Lucullo a los Severos*, en *Studi Nicosia*, VIII, Milano 2007, 255 ss.; *Moneda, crédito y derecho penal monetario en Roma (siglos IV a. C. – IV d. C.)*, en SDHI 72, 2007, 111 ss.; *Lex Irnitana: cognitio de los magistrados locales en interdictos y limitación a su competencia por cuantía*, en TSDP 2, 2008, 1 ss.; *Economía per il diritto*, en RIDROM 3, 2009, 9 ss.; *Actividad bancaria e inflación en época diocleciana-constantiniana*, en *Iura* 57, 2007-2008, 49 ss.; *Instrumenta emptionalia: C. 4,21,17*, en RIDA 57, 2010, 467 ss.; *Financiación externa de los municipios: lex Irnitana cap. 80*, en RDR X, 2010, 1 ss.; *Cognitores en la lex Irnitana caps. 63-65*, en *Iura* 50, 2011, 15 ss.; *La cura annonae en lex Irnitana cap. 75. Un intento de explicación en clave económica del control de los mercados*, en *Index* 40, 2012, 640 ss.; *Alimenta ingenuorum ingenuarumque. Un caso de aplicación de la economía al derecho en Plin. Ep. 7,18*, de próxima publicación en *Index* 42, 2014; *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial clásico: la conventio cum aurifice (Gayo 3,147) y la base económica para su calificación contractual*, de próxima publicación en IAH 6, 2014. Referido a la situación jurídico-económica de los tiempos actuales, vid. A. TORRENT, *¿Justicia sin Estado? ¿Es el Estado un mal innecesario?*, en *Procesos de mercado IV*, 2007, 257 ss.

en Bolsa, y en mi país el Banco de España y la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV); en definitiva una grave negligencia por parte de los organismos reguladores que no las supervisaron (ni en USA ni en España, ni en general en Europa) de modo eficiente, en España debido – entre otros motivos pero que no excusan la negligencia –⁹ a la configuración jurídica de las Cajas de Ahorro que las diferenciaba de los bancos propiamente dichos. Tampoco había en Roma control del Estado sobre la intermediación en el mercado de dinero, y en esto consiste la actividad bancaria de todos los tiempos: actuar de bancos de depósito y de crédito, además de proporcionar servicio de caja y hacer pagos por orden de los clientes.

Desgraciadamente en Roma sólo tenemos documentado un único caso de quiebra bancaria, la de Calisto, y además por una única fuente: la narración de Hipólito, un apologeta cristiano de la época de Calisto o inmediatamente sucesiva a caballo entre los s. II y III d.C., que carece totalmente de precisión jurídica y económica. También se apuntan episodios de esta índole en algunos pocos textos de juristas clásicos¹⁰ que informan lo que sucedía cuando un *argentarius* caía en quiebra (*foro cedere*), permitiendo distinguir diferentes situaciones de acreedores de los banqueros (intermediarios en el mercado de dinero) a quienes los particulares habían confiado la custodia y gestión de sus capitales), e incluso puede hablarse de unos acreedores privilegiados y otros que podemos llamar comunes al concurrir con otros acreedores de la banca fallida dentro de un problema de mayor magnitud como es la prelación en el pago de créditos y deudas. En este sentido la narración de Hip. presenta muchos puntos interrogativos muy bien planteados por Andreau¹¹: ¿Hay que tomar por cierta su calificación de quiebra dolosa? ¿Hay que entender que Calisto fue negligente al prestar dinero a quienes no ofrecían garantías suficientes? ¿Estaba la banca de Calisto suficientemente capitalizada para responder en casos de mora o impago total de sus clientes? ¿Hay que poner esta quiebra en relación con los acontecimientos de la época de Cómodo? Según Andreau es imposible responder a estas preguntas; por el contrario yo creo que a la altura de los conocimientos históricos y económicos de nuestra época es posible responder a todas, aunque reconozco que la respuesta jurídicamente más discutible es la calificación de la quiebra que Hip. – seguido por Andreau – entiende dolosa.

Las dos décadas finales del s. II d.C. tienen unos perfiles económicos muy sombríos que coinciden con el reinado de Cómodo (180-192) hijo del gran emperador-filósofo Marco Aurelio. Cómodo fue el último emperador de la dinastía antonina y sancionado después de su muerte con *damnatio memoriae*¹². Emperador autoritario había procurado granjearse el favor de las capas desfavorecidas provocando al mismo tiempo la desafección de la clase senatoria

⁹ Que sin embargo en sede de revisión de los estados financieros de las empresas bancarias había sido advertida por las firmas de auditoría que desde el 2006 (y todavía presentaban cuentas florecientes) informaban de la excesiva concentración de riesgos, sobre todo en el sector inmobiliario.

¹⁰ D. 16.3.7.2-3 (Ulp. 30 *ad ed.*); D. 42.5.24 (Ulp. 63 *ad ed.*); D. 16.3.8 (Pap. 9 *quaest.*); sobre los cuales A. PERNICE, *Parerga*, en ZRG 19, 1898, 119, añade otros dos textos de bancarrota: D. 5.3.18 pr. (Ulp. 15 *ad ed.*) y D. 26.7.50 (Hermog. 2 *iuris epit.*).

¹¹ J. ANDREAU, *La vie financière dans le monde romain: les métiers des manieurs d'argent (IV^e. siècle av. J.C. – III^e. siècle ap. J.C.)*, Roma 1987, 631 s.

¹² Condena dictada por el Senado el 31 de diciembre del 192 una vez asesinado Cómodo. La *damnatio memoriae* hizo que sus constituciones fueran omitidas en gran parte por los posteriores siendo casi desconocida su actividad legislativa. G. GUALANDI, *Legislazione imperiale e giurisprudenza*, I, Milano 1963, 155 s., ha constatado que sólo se registran siete constituciones de este emperador.

y una creciente inestabilidad social, de modo que en general los dos decenios finales del s. II significaron una época de graves turbulencias políticas y financieras¹³. En este contexto la quiebra de Calisto, como todas las crisis financieras de esta índole¹⁴, trajo consigo gran desconfianza en el sistema bancario (yo diría que más que en el sistema en sí mismo, en la eficiencia del sistema, pues en cualquier sociedad con un cierto grado de desarrollo comercial es necesaria la intermediación en el mercado de dinero creando un mercado de crédito que siempre funciona como motor de la economía). Andreau¹⁵ sitúa en el s. II d.C. el inicio de la decadencia del sistema bancario que se acentuaría en el III hasta desaparecer prácticamente la actividad bancaria con la anarquía militar de los años 235 al 284, tesis que no comparto¹⁶ aunque es indudable una cierta decadencia de estos negocios que se acentúa en época de Cómodo con devaluación de la moneda, desintegración económica, inflación, desplazamiento desde Roma a las provincias de las transacciones financieras, etc.

En medio de todos estos factores que apuntaban la lenta agonía del Imperio, la quiebra de Calisto¹⁷ puso un hito más en la crisis de solvencia de los *argentarii*, y en su caso concreto echando por tierra la seguridad de los depósitos fraudulentamente gestionados por aquel banquero al decir de Hip., que le acusa de proceder tortuosamente pasando de ser un oscuro esclavo cristiano de escasa honorabilidad a la dignidad de obispo de Roma (217-222), más tarde santificado como mártir por la Iglesia. La industria bancaria era conocida en Roma desde tiempos republicanos importando muchos elementos de la experiencia griega en la materia de la que se hace eco evidente el derecho justinianeo con gran influencia helenística¹⁸ en nuestro campo de estudio.

A finales del s. II d.C. tenemos noticias del ejercicio del negocio de banca por Calisto, esclavo del cristiano Carpóforo que era una persona de intachable reputación, liberto de la casa imperial quizá liberto de Marco Aurelio (había tomado el nombre de *Marcus Aurelius Carpophorus*) según una inscripción sepulcral¹⁹. Calisto daba la apariencia de actuar por cuenta de Carpóforo o al menos los clientes confiaban su dinero a Calisto debido a su cercanía a Carpóforo, (podría decirse acaso creyendo que operaba bajo la inspiración o di-

¹³ S. MAZZARINO, *La fin du Monde Antique*, trad. francesa, Paris 1973, 156 s., habla de la quiebra de Calisto como una de los síntomas de la crisis financiera que marcó la época de Cómodo.

¹⁴ Recordemos la quiebra de Lehman Brothers en el 2007 y algunas otras sucesivas (Goldmann Sachs, Bank of America) que se salvaron gracias a la inyección masiva de miles de millones de dólares por parte de la Reserva Federal USA. Lehman Bros. hasta entonces potentísimo banco de inversión se vió descapitalizado por la mala gestión de su cartera crediticia y por ello imposibilitado para devolver el dinero a sus inversores originando el mayor descalabro económico en USA desde la Gran Depresión de 1929.

¹⁵ J. ANDREAU, *Declino e morte dei mestieri bancari nel Mediterraneo occidentale (s. II-IV d. C.)*, en A. GIARDINA (cur.), *Società romana e Impero tardoantico. I. Istituzioni, ceti, economia*, Bari 1980, 601 ss.

¹⁶ A. TORRENT, *Actividad banc.*, cit., 58 ss.

¹⁷ Su quiebra es un hecho de relevancia económica que sigue siendo estudiado por los ekonokistas actuales; cfr. J. HUERTA DE SOTO, *Dinero, crédito bancario y ciclos económicos*², Madrid 2002, 47 s.

¹⁸ Vid. M. SAN NICOLÒ, *Il problema degli influssi greco-orientali sul diritto bizantino*, en *Atti Verona*, 1, Milano 1934, 257 ss.

¹⁹ Recogida en CIL VI 13040: *M. Aurelius Aug. libertus Carpophorus*. H. GÜLZOW, *Christentum und Sklaverei in der ersten drei Jahrhunderten*, Bonn 1960, 152 nt. 3, y J. ANDREAU, *Vie financière*, cit., 631 nt. 107, parecen dar por cierta esta identificación.

rectrices de su amo) actuando Calisto como gestor de un negocio de banca²⁰ en una *mensa*²¹ recibiendo depósitos de sus clientes, mayormente cristianos, a los que defraudó dilapidando según Hip., para mí invirtiendo negligentemente el dinero confiado hasta el punto de arruinarse no pudiendo devolver ni el capital ni los intereses debidos a sus acreedores. Algo similar ha ocurrido recientemente con los inversores de participaciones preferentes de las Cajas de Ahorro españolas²² que por la pésima gestión de sus directivos llevaron a la ruina a miles de modestos ahorradores a los que no se ofreció información suficiente y veraz sobre los riesgos, desde luego ignorantes de las complejas prácticas bancarias actuales, y arruinando a sus depositantes que yo les llamaría con terminología actual, inversores. Sustancialmente por tanto Calisto se dedicaba a una intensa actividad de *negotiatio*²³ consistente en una actividad económica organizada y conducida profesionalmente con fin de lucro²⁴, o como llamamos actualmente, Calisto estaba al frente de una empresa mercantil de intermediación en el mercado de dinero, que en esto consiste la típica actividad bancaria.

Respecto a las fuentes de conocimiento sobre la azarosa actividad de Calisto solamente contamos con un único manuscrito escrito en griego y copiado en el s. XIV, atribuido en primer lugar a Orígenes y posteriormente a Hipólito²⁵, notable polemista con buena preparación teológica y autor de diversas obras²⁶ que deben insertarse en la vigorosa literatura cristiana antiherética. La obra que nos interesa en estos momentos, *Refutatio omnium haeresium* (en griego *Κατὰ πασῶν αἱρέσεων*) fue escrita en 10 libros; el libro I se encontró en 1701, y los libros 4 al 10 en 1844 en un convento del monte Athos, texto editado por Wendland²⁷ en 1916 al que me

²⁰ Vid. sobre las actividades financieras en Roma F. LAUM, *Banken*, en *RE Suppl.* 4, 73 ss.; R. BOGAERT, *Banques et banquiers dans les cités grecques*, Leiden 1968, 307 ss.; J. ANDREAU, *Vie financière*, cit.; ID., *Banking and business in the Roman World*, Cambridge 1999; A. BÜRGE, *Fiktion und Wirklichkeit: soziale und rechtliche Strukturen des römischen Bankwesens*, en *ZSS* 104, 1987, 488 ss.

²¹ Vid. A. PETRUCCI, "Mensam exercere". *Studi sull'impresa finanziaria romana (II sec. a.C.–metà del III sec. d.C.)*, Napoli 1991, 19 ss. Sobre la organización de las empresas bancarias en Roma, ID., *L'organizzazione delle imprese bancarie alla luce della giurisprudenza romana del Principato*, en E. LO CASCIO (cur.), *Credito e moneta nel mondo romano*, Bari 2000, 99 ss.

²² Dirigidas por políticos ineptos y sindicalistas ignorantes e inexpertos, todos culpables de administración desleal a la empresa que malversando el dinero de sus clientes se enriquecieron con sueldos astronómicos y se autoconcedieron indemnizaciones millonarias para el caso de su cese. Su pésima gestión concediendo innumerables créditos a partidos políticos y empresas afines sin estudios de su solvencia ni avales, llevó a la ruina a las Cajas que han tenido que ser rescatadas con dinero público que obviamente no se emplea para financiar familias y empresas sino para sanear su balance recapitalizándolas, de modo que un grave obstáculo para la recuperación económica reside precisamente en la falta de crédito. También debo decir que a día de hoy (escribo el 15 de junio del 2013) casi mil de estos directivos están encausados ante los tribunales por mala gestión, cohecho, tráfico de influencias y enriquecimiento personal injustificado.

²³ Sobre el concepto de *negotiatio* vid. F. GALLO, *Negotiatio e mutamenti giuridici nel mondo romano, en Imprenditorialità e diritto* (M. MARRONE, cur.), Palermo 1992, 133 ss.; P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Diritto commerciale romano*³, Torino 2010, 57 ss.

²⁴ En este sentido, A. PETRUCCI, *L'organizzazione*, cit., 99.

²⁵ Su biografía es bastante incierta; parece que murió como mártir en el 235; cfr. J. QUASTEN, *Patrology* 2, Utrecht 1953, 163 ss.; B. ALTANER-A. STEINER, *Patrologie*², Fribourg 1978, 164 ss.

²⁶ *Crónica; Sobre el Anticristo, Comentario a Daniel, Tradición Apostólica*.

²⁷ P. WENDLAND, *Hippolitus Werke 3. Refutatio omnium haeresium*, Leipzig 1916, dentro de la colección

atengo. Se duda si esta obra procediera directamente de Hip. o más bien fuera un compendio de su doctrina reunido por sus discípulos²⁸ con posterioridad al 235, con lo cual entraríamos en el período de la Anarquía Militar del s. III. Otro episodio que influye en la narración de Hip. es la creciente difusión de herejías que conturbaban a los creyentes – por así decir ortodoxos – de la fe cristiana. Incluso algún autor moderno ha considerado que la *Ref.* no se debería tanto a Hip. cuanto a un autor anónimo²⁹, sin duda con buen conocimiento de las herejías que empezaban a pulular especialmente en Oriente y de los acontecimientos ocurridos en la ciudad de Roma a finales del s. II. En cualquier caso el autor de la *Ref.* se muestra feroz adversario de Calisto y parece escrita después de su muerte, no mucho después dado que parece haber sido redactada durante el reinado de Alejandro Severo (222-235), consistiendo fundamentalmente en una obra de ardor polémico contra los herejes³⁰. Pero esta postdatación choca con lo dicho por Hip. de las medidas de retorsión del ya papa Calisto contra el autor de la *Ref.*³¹ que parece estar refiriéndose a una situación presente. En todo caso y dando por zanjada su atribución a Hip., la *Ref.*, como dice Churruca³², ofrece diversa información sobre las actividades financieras de los cristianos a finales del s. II: entre otras particularidades narra la primera intervención documentada de un *praefectus urbi* en un proceso relacionado con la banca, describe las consecuencias de la bancarrota de Calisto, la condena de varios cristianos (entre ellos Calisto) a pena inferior a la de muerte con posterior indulto de los condenados, y otros episodios curiosos como la intervención de la cristiana Marcia, concubina del emperador Cómodo.

En realidad en la *Ref.* encontramos una mezcla de temas religiosos y profanos que han permitido estudiar este texto desde muy diversos ángulos: la naturaleza divina de Cristo frente a herejías que sostenían su naturaleza humana; la actividad económica tal como empezaba a ser enfocada por la religión cristiana que en la Apologética del s. II d.C. se mostraba claramente contraria a las ganancias obtenidas de actividades puramente especulativas y por

Der Griechischen Christlichen Schriftsteller (en adelante GCS).

²⁸ Vid. G. KRETSCHMAR, *Hippolyt.* en i. K. GALLING (hrg.), *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*³, 3, Tübingen 1957-62, 362.

²⁹ Cfr. A. AMORE, *La personalità dello scrittore Ippolito*, en *Antonianum* 36, 1961, 5 ss.; J.M. HANSENS, *La liturgia d'Hippolyte*, Roma 1959, 288 ss.

³⁰ Señala J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 65, que Hip. tras una exposición sumaria de la filosofía y creencias griegas que a su juicio eran fuente de los errores de los herejes, refuta treinta y tres sistemas heréticos, entre ellos el modalismo de Noeto y sus discípulos, herejía que según Hip. (*Ref.* 9.1-11) fue favorecida por Calisto. Seguiré el argumentario de Churruca sobre todo en la primera parte de mi escrito (vida y hechos de Calisto) antes de entrar en la calificación de las fallidas operaciones de crédito emprendidas por Calisto. Debo hacer constar mi total adhesión a cuanto dice C. CASCIONE, *Vie del Cristianesimo nell'Impero romano*, en *Index* 38, 2010, 533: «Churruca fornito di una preparazione specifica assai più ampia del consueto per le sue conoscenze filologiche, teologiche e filosofiche, oltre che giuridiche, da decenni ha contribuito con saggi numerosi e importanti a una percezione maggiormente precisa della storia del primo Cristianesimo e delle sue implicazioni con l'ordine istituzionale romano pubblico e privato».

³¹ En *Ref.* 9.11.13 dice Hip. que Calisto fue un hombre mendaz que se había adueñado con malas artes de la sede episcopal, engañando a Zeferino, papa indocto pero sencillo, con dádivas y otras artimañas procurando avivar la discordia entre hermanos <cristianos>.

³² J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 61.

supuesto contraria a los préstamos usurarios³³. También ha servido la *Ref.* para estudiar las primeras penitenciales de la Iglesia (Caspar³⁴); la situación social de los esclavos en los primeros tiempos del cristianismo (Gülzow³⁵); el dinero y las finanzas en la consideración de la Patrística (Bogaert³⁶), la vida y procelosas hazañas de Calisto como banquero (Churruca³⁷).

En esta sede estudiaré desde un punto de vista económico la gestación, las posibles causas de la quiebra de Calisto (con cierta similitud con la gestación y causas de la catástrofe económica bancaria posterior al 2007 que nos tiene a los ciudadanos de la Unión Europea sumidos en una dura recesión), su calificación jurídica, el enorme daño patrimonial causado a los que confiaron en él, y por ende el ataque que supuso a la reputación de la actividad bancaria. No hay que olvidar que la banca en todos los tiempos es ante todo un negocio de confianza: los ahorradores e inversores confían en que los banqueros conocen bien el negocio y ejercitan una correcta administración de los recursos ajenos con la esperanza de obtener rendimientos satisfactorios de las cantidades confiadas, y por supuesto su devolución cuando las reclame el cliente o a la extinción del contrato, que para el caso de Roma a finales del s. II d.C. se discute si se instrumentaba como mutuo o como depósito (irregular), tema que plantea problemas importantes y graves dudas en el análisis de la jurisprudencia romana³⁸ sobre el depósito, con la consiguiente repercusión en la actividad bancaria, que desde Roma hasta nuestros días se sigue moviendo jurídicamente sobre dos ejes: ¿préstamos al banco con la correlativa exigencia de intereses? ¿depósitos de dinero con la obligación fundamental de custodia por el banquero?

No creo que debamos obsesionarnos con encuadrar estas prácticas bancarias en rígidos moldes conceptuales o por decirlo con otras palabras, en categorías dogmáticas tendencialmente inmutables o en rígidas previsiones legislativas que por la rapidez e inmediatez que exige el tráfico económico quedarían superadas por la realidad al poco tiempo de promulgarse. Desde luego que el negocio bancario presenta gran interés para el romanista y para el estudioso de la historia económica de Roma, pero hay que ser conscientes de las grandes dificultades debidas a la escasez de fuentes sobre la praxis bancaria en Roma, al menos hasta la época justiniana, estando más pendiente la jurisprudencia romana de época clásica del comercio agrario que de las prácticas bancarias. Otro dato seguro es la influencia griega³⁹ en la práctica bancaria debido al intenso mercantilismo del comercio griego, que exportó a Roma muchas de sus prácticas. Como en todas partes el banquero en Roma fue un instrumento clave para el desarrollo económico; la intensa práctica de negocios bancarios queda documentada en el epistolario y *orationes forenses* de Cicerón, y la floreciente actividad económica a finales de la República y en el primer Principado tiene un testimonio muy importante en el Archivo de los Sulpicios, por citar dos fuentes de los s. I a.C. y d.C., como también sabemos de la presencia de potentes *societates argentarii*. La actividad económica y bancaria debió ser intensa en los dos primeros siglos del

³³ Vid. A. TORRENT, *Usurae supra legitimum modum*, cit., 256 ss.

³⁴ E. CASPAR, *Geschichte des Papstums* 1, Tübingen 1930, 25 ss.

³⁵ H. GÜLZOW, *Christentum und Sklaverei*, cit., 143 ss.

³⁶ R. BOGAERT, *Chargeurs et banquiers*, cit., 252 ss.

³⁷ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 61 ss.

³⁸ Vid. con lit. y fuentes A. VALMAÑA, *El depósito irregular en la jurisprudencia romana*, Madrid 1996, 11 ss.

³⁹ A. TORRENT, *Actividad bancaria*, cit., 59.

Principado para empezar un período de decadencia que se inicia con Cómodo y se recrudece en el s. III llegando hasta Justiniano⁴⁰ cuya legislación manifiesta una intensa actividad bancaria que trata de regular con reglas específicas, no siendo suficientes las reglas generales observadas hasta el momento⁴¹.

Para comprender bien la quiebra de Calisto conviene hacer algunas puntualizaciones sobre su biografía tal como se relata en *Ref.* 9.12 (GCS 26.246-248). De *La Ref.* contamos con una traducción parcial al español por Montesinos⁴², y completa y muy minuciosa del texto citado, y también de *Ref.* 9.11.1.4 relativo a los caminos tortuosos que utilizó Calisto para alcanzar la sede episcopal de Roma, por Churruca⁴³. Asombra en primer lugar en la *Ref.* la gran cantidad de datos sobre las andanzas de Calisto desde su época de esclavo de Carpóforo. No debía ser raro poner un esclavo al frente de una empresa comercial; por el contrario esta praxis parece frecuente desde los últimos tiempos republicanos⁴⁴. También es muy prolija la *Ref.* en el fraude de Calisto a la confianza depositada en su actividad, tanto por su amo Carpóforo, típico nombre griego de esclavo⁴⁵ y acaso de origen helenístico⁴⁶, como por el resto de sus clientes. El liberto imperial Carpóforo dedicado a los negocios gozaba de buena reputación en la comunidad cristiana, pero cometió el error – o la ingenuidad – de confiar su propio dinero⁴⁷ a Calisto, que le había prometido⁴⁸ obtener beneficios ejerciendo el negocio bancario (*Ref.* 9.12.1: *ἐκ πραγματείας τραπεζικῆς*⁴⁹), y este tipo de actividad económica

⁴⁰ R. BOGAERT, *Banques et banquiers*, cit., 251 s. Sobre la banca justiniana, vid. con lit. y fuentes, A. DIAZ BAUTISTA, *Estudios sobre la banca bizantina. Negocios bancarios en la legislación de Justiniano*, Murcia 1987, 29 ss.

⁴¹ A. DIAZ BAUTISTA, *Banca bizantina*, cit., 7 s.

⁴² J. MONTESINOS, *Los Gnósticos*, 2, Madrid 1983, que sólo tradujo los libros 5 ss.

⁴³ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 62 ss.

⁴⁴ Vid. A. DI PORTO *Impresa collettiva e schiavo manager in Roma antica (II sec. a.C.-II sec. d.C.)*, Milano 1984, 63 ss.; ID., *Filius, servus e libertus, strumenti dell'imprenditore romano*, en *Imprenditorialità e diritto nell'esperienza storica*, Palermo 1992, 231 ss. Cfr. A. BÜRGE, *Lo schiavo (in)dependente e il suo patrimonio*, en A. CORBINO-M. HUMBERT-G. NEGRI (cur.), *Homo, Caput, persona. La costruzione giuridica dell'identità nell'esperienza romana*, Pavia 2010, 360 ss.; ID., *Skaven als Gesamtgläubiger. Überlegungen zur Quittung SB 14,11624*, en *Festschrift Knüttel*, Heidelberg 2009, 110 ss. Desde un punto de vista muy particular, cfr. F. DEL SORBO, *"Iussum domini" e la autonomia negoziale dei "servi". La prassi giuridica campana*, en *Index* 39, 2011, 389 ss.

⁴⁵ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 69.

⁴⁶ Cfr. M.L. CROOK, *The nationality of slaves during the early Roman Empire*, en *JRS* 14, 1924, 103 ss.

⁴⁷ A pesar de las prevenciones de Hermas contra los cristianos que acaparaban dinero y riquezas, no era extraño que algún cristiano se dedicara a negocios bancarios como señalaba el propio Hermas (*Sim.* 8,8,1-2) poco antes del 150 d. C. De todas maneras Hermas no es una fuente muy fiable tanto por su contenido altamente autobiográfico como porque tampoco tenía seguros conocimientos teológicos, aunque estaba familiarizado con la literatura apocalíptica de la época; vid. J. DE CHURRUCA, *La conciencia social de los cristianos en los dos primeros siglos*, en *Estudios de Deusto* 41, 1992, 359 = *Cristianismo y mundo rom.*, cit., 136.

⁴⁸ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 62, propone una traducción alternativa de esa secuencia traduciendo "habiéndole ordenado <Carpóforo>".

⁴⁹ Esta actividad económica por sí misma implica un enfoque capitalista, e incluso podría decirse, de economía especulativa. El negocio bancario fundamental ha sido siempre captar dinero de los clientes para prestarlo a interés, lucrándose el banquero entre lo que ofrece por los depósitos a sus clientes y lo que cobra a los terceros por la disponibilidad crediticia. Así ha funcionado el crédito desde que el mundo es mundo.

es lo que encarga precisamente Carpóforo a Calisto⁵⁰, actividad al parecer plenamente aceptada por las comunidades cristianas de finales del s. II. ChurrUCA⁵¹ señala que con el paso del tiempo se había ido debilitando entre los cristianos la sensación del inminente fin del mundo, prestando mayor interés a las realidades mundanas y perdiendo terreno la exaltación de la pobreza⁵² tal como aparecía en algunos pasajes del Antiguo Testamento, en los evangelios sinópticos y en otros escritos luego recogidos en el Nuevo Testamento.

Con el dinero confiado por Carpóforo y otros, Calisto emprendió su actividad financiera en la Piscina Pública, aceptando también depósitos de viudas y huérfanos cristianos (es probable que también algunos judíos fueran clientes de Calisto) fiados en la reputación de Carpóforo, que no lo dice el texto pero da a entender que tenían la creencia que éste vigilaría la actuación de Calisto o que estaba detrás de Calisto, lo que permite hablar (tampoco lo dice el texto) de responsabilidad *in eligendo* o *in vigilando* de Carpóforo, o por decirlo en tono más compasivo, de la ingenuidad de Carpóforo confiando a Calisto negociar con su dinero y el de los demás.

Malgastado aquel dinero por Calisto o – como yo entiendo – invertido negligentemente sin calcular los riesgos, algunos clientes comunicaron a Carpóforo la actuación de Calisto defraudando la confianza entre cliente y banquero: no hay nada más aniquilador para la reputación de un banquero en el Mundo Antiguo (y en nuestros días), que no poder devolver los depósitos de sus clientes ni dar intereses por los capitales ajenos cuando han sido prometidos. Temeroso Calisto de la cólera de Carpóforo, abandona Roma⁵³ dirigiéndose al mar (Ostia) para huir de su amo y sube a un barco que se preparaba para zarpar, pero hasta allí le persigue Carpóforo. Llegados a este punto hay una rocambolesca descripción de lo sucedido apuntando Hip. un intento de suicidio de Calisto arrojándose al mar, pero es capturado por Carpóforo que lo lleva a Roma encerrándolo en una celda de castigo. Otros cristianos apiados de Calisto acuden a Carpóforo intercediendo por su libertad, acaso confiados otra vez en Calisto que les informaba tener dinero (créditos contra otras personas) de forma que una

En realidad no sabemos exactamente en qué sectores económicos invirtió Calisto los depósitos recibidos, Hip. sólo dice que los malgastó y no pudo devolverlos a sus depositantes. Tampoco se puede decir que Roma fuera una sociedad capitalista, al menos en el sentido marxista: cfr. A. TORRENT, *Derecho público romano y sistema de fuentes*, 13 ed., Madrid, 2008, 41, y en mi opinión tiene muchos puntos débiles la interpretación económica marxista; cfr. K. MARX, *Die Formen der kapitalischen vorbergehen*, en *Grundris der Kritik der politischen Ökonomie*, Berlin 1843; y ochenta años más tarde y con bastantes correcciones al marxismo, F.H. KNIGHT, *Capitalist, Production, Times and the Rate of Return*, London 1933.

⁵⁰ Los términos con que se expresa Hip. son muy claros: Calisto emprendió un negocio de banca: *Ref.* 9.12.1: *τράπεζαν ἐπεχείρησεν*.

⁵¹ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 70.

⁵² La pobreza había sido un eje del cristianismo primitivo; vid. F. MUSSNER, *Der Jakobsbrief*, Freiburg 1964, 76-84; E. Bammel, *πτωχός*, en G. KITTEL-G. FRIEDRICH (hrg.), *Theologisches Wörterbuch zum Neuen Testament*, 6, Stuttgart 1973, 902-912; E. KECK, en *Theologische Realencyclopädie*, 4, Berlin-New York, 1977, 76-80. El negocio bancario fue un tema que atrajo la atención en las preocupaciones de la Patrística cristiana; cfr. R. BOGAERT, *Changeurs et banquiers*, cit., 249 ss.

⁵³ Era frecuente en Roma la fuga de esclavos del poder (*mancipium*) de sus domini; vid. H. BELLEN, *Studien zur Sklavenflucht im römischen Kaiserreich*, Wiesbaden 1971, 1 ss. Para J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 80, la conducta del esclavo Calisto está en abierta contradicción con la actitud de sumisión recomendada a los esclavos cristianos en la parénesis del cristianismo primitivo, y sobre todo, con la sublimación de esa sumisión a nivel sobrenatural que aparece en las cartas deuteropaulinas.

vez recuperado podría proceder a devolver los depósitos. Carpóforo que daba por perdido su dinero lamentando que los otros cristianos habían acudido a Calisto dada su relación con él, libera (Hip. que no era jurista, no informa si lo libera exclusivamente de la celda de castigo, o si también lo manumite (ya veremos que su manumisión fue consecuencia del posterior indulto de Cómodo). Sus deudores no le pagaron, tampoco ahora pudo Calisto devolver el dinero a sus depositantes e intenta otra vez el suicidio acudiendo un sábado a provocar a los judíos en la sinagoga (probablemente había judíos entre sus depositantes y con mayor probabilidad entre sus demandantes de crédito, y por tanto deudores de Calisto), que le golpean y llevan ante Seyo Fusciano⁵⁴, *praefectus urbi*⁵⁵, probablemente acusando a Calisto de perturbación del orden público y no por engaños y abusos de un *argentarius* sobre sus clientes (a pesar de la intervención de Carpóforo en el proceso acusando de estafador a Calisto: *Ref.* 9.12.9), o como diríamos hoy, por malas prácticas bancarias, y Fusciano le condena a ser azotado y deportado a las minas de Cerdeña.

Aquel proceso penal tuvo que ser del tipo *extra ordinem*⁵⁶ que ampliaba considerablemente la *notio-cognitio iudicis* para enjuiciar los hechos susceptibles de condena penal⁵⁷, dado que no cabía en esta ocasión un delito tipificado expresamente que fue la gran novedad que habían aportado a los juicios penales las *quaestiones perpetuae*⁵⁸, y tampoco podemos decir que este proceso se configuraba al estilo de los *iudicia publica* puesto que no actuaba el *populus* como gran jurado ante el que se presentaba la acusación, sino únicamente intervenía la autoridad jurisdiccional que conocía el hecho penal y dictaba la correspondiente sentencia. En todo caso estos intentos míos de encuadrar en relieves dogmáticos el proceso contra Calisto corresponden a lo que se sabe del estado del derecho de la época, porque el relato de Hip. no es un dechado de precisión jurídica sino un feroz alegato contra Calisto al que atribuye pocos escrúpulos morales, tendencias heréticas modalistas⁵⁹, y fomento de la corrupción, este último alegato probablemente derivado de sus atrevidas medidas siendo obispo de Roma como el permiso

⁵⁴ *Praefectus urbi* entre los años 188-190; vid. G. VITUCCI, *Ricerche sulla praefectura urbi in età imperiale*, Roma 1956, 118.

⁵⁵ Sobre esta magistratura vid. con fuentes y lit. X. PÉREZ LOPEZ, *Il "praefectus urbi" repubblicano e la sua proiezione nella tarda Repubblica e nel Principato*, en RDR 13, 2013, 1 ss.

⁵⁶ G.I. LUZZATTO, *Il problema d'origine del processo extra ordinem*, I, Bologna 1965, 47, da por dato firme que el origen de este proceso no puede ser buscado en el *ordo iudiciorum privatorum*, aunque admite que la fase instructoria realizada por el magistrado puede tener en el *ordo* algunos precedentes conceptuales, pero no los precedentes inmediatos de la *cognitio*, pronunciándose por las intervenciones procesales de Augusto en materias no vehiculables por el *ordo* como el origen inmediato de la *cognitio*. Voy a dejar de lado este problema que es relativamente marginal al tema principal, pero sí quiero dejar constancia que en provincias (y hay autores que piensan en el origen provincial de la *cognitio*), creo que nunca se siguió el mecanismo formulario en sus cabales términos; vid. A. TORRENT, *Lex rivi Hiberiensis: del procedimiento formulario a la cognitio extra ordinem*, en *Index* 41, 2013, 440 ss.

⁵⁷ Vid. U. BRASIELLO, *La repressione penale nel diritto romano*, Napoli 1937, 35 ss.; E. LEVY, *Gesetz und Richter im Kaiserlichen Strafrecht*, en BIDR 45, 1938, 80 ss.

⁵⁸ Cfr. A. TORRENT, *Derecho penal romano, I. Epocas monárquica y republicana*, en A. CALZADA-F. CAMACHO (coords.), *El derecho penal: de Roma al derecho actual*, Madrid 2005, 40.

⁵⁹ Cfr. A. HAMEL, *Kirche bei Hippolyt von Rom*, Gütersloh 1951, 125 ss.; K. BEYSCHLAG, *Hippolyt und Kalliste*, en *Theologische Zeitschrift* 20, 1964, 115 ss.

de matrimonios desiguales contra la prohibición de Augusto más tarde confirmada por Marco Aurelio⁶⁰.

Otro suceso extraño que narra Hip. es que Carpóforo habiendo tenido conocimiento del proceso, acudió al tribunal del prefecto afirmando que Calisto no era cristiano acusándole de buscar una ocasión de morir (suicidándose) después de hacer desaparecer el dinero de Carpóforo y de los demás clientes. Su intervención fue contemplada por los judíos como un intento de exonerar a Calisto de su responsabilidad, aunque es posible que éste acudiera a la sinagoga para reclamar de los judíos deudores el pago de su deuda (muy probablemente también entre los depositantes defraudados por Calisto se contaban algunos judíos), ante lo cual Fusciano impresionado por los alegatos de los cristianos, le condena a ser azotado y enviado a trabajos forzados en las minas de Cerdeña junto a otros cristianos. No es nada explícito Hip. en señalar los motivos jurídicos de la condena de Calisto y los demás cristianos, si por estafador, por alteración del orden público, o simplemente por ser cristiano, o a todos juntos precisamente por ser cristianos, que en general se mostraban críticos con las instituciones del Imperio romano⁶¹. Están documentados procesos contra cristianos en tiempos de Antonino Pío⁶² como el célebre proceso de Lyon⁶³ del 177 d.C.; sabemos que la literatura apologética cristiana durante el s. II fue muy violenta contra Roma del mismo modo que la sociedad pagana mostraba abierta hostilidad contra el cristianismo en el s. II⁶⁴.

Tampoco dice Hip. si la condena de Calisto se debió a la represión por la provocación a los judíos originando un grave altercado del orden público, o por la no devolución de los depósitos a sus clientes. El *praefectus* que llevó este proceso por la vía *extra ordinem* y por consiguiente con amplísimas facultades jurisdiccionales, debió tener en cuenta ambas *causae damnandi* porque el fraude a los depositantes en el Mundo Antiguo se entendía como actividad particularmente reprobable, y en definitiva como un ataque brutal a la *fides* negocial la no devolución del dinero confiado al banquero que los depositantes podían exigir interponiendo la *actio depositi*⁶⁵, que como es sabido tenía una doble formulación *in ius e in factum* que prueba su primera reprobación y consiguiente instrumentación procesal en el ámbito del

⁶⁰ Vid. J. GAUDEMET, *La decision de Caliste en matière de mariage*, en *Studi Paoli*, Firenze 1955, 336 ss.

⁶¹ Cfr. J. DE CHURRUCA, *Critiques chrétiennes aux institutions de l'Empire chez Justin (vers 150)*, en *Sodalitas. Studi Guarino*, I, Napoli, 1984, 367 ss. = *Cristianismo*, cit., 167 ss.; ID., *Actitud del cristianismo ante el Imperio romano*, en *Poder político y derecho en la Roma clásica*, Madrid 1996, 130 ss. = *Cristianismo* 71 ss.; ID., *La conciencia social de los cristianos en los dos primeros siglos*, en *Estudios de Deusto*, 40, 1992, 347 ss. = *Cristianismo*, cit., 131 ss.

⁶² Vid. J. DE CHURRUCA, *Les procès contre les chrétiens dans la seconde moitié del deuxième siècle*, en *RIDA* 26, 1979, 227 ss. = *Cristianismo*, cit., 227 ss.; ID., *Dos procesos por cristianismo en Roma en tiempo de Antonino Pío*, en *Estudios de Deusto*, 1, 1973, 135 ss. = *Cristianismo*, cit., 269 ss.

⁶³ Vid. J. DE CHURRUCA, *El proceso contra los cristianos de Lyon (año 177)*, en *Cristianismo*, cit., 373 ss. que recoge varios arts. anteriores sobre el tema.

⁶⁴ Vid. J. DE CHURRUCA, *El rescripto de Adriano sobre los cristianos*, en *ED* 24 y 25 = *Cristianismo*, cit., 183 ss.

⁶⁵ Como punto interrogativo planteo la cuestión si podría exigirse a Calisto una responsabilidad *quam in suis* Vid. sobre el argumento L. MAGANZANI, *La "diligentia quam suis" del depositario dal diritto romano alle codificazioni nazionali*, en *RDR* 3, 2003, 1 ss.

ius honorarium. En estos procesos la condena por el *non reddere* llevaba aparejada la *infamia*⁶⁶ y la *servitus poenae*⁶⁷ que en el caso de condena *ad metalla* implicaba prácticamente reducción a esclavitud, que para Calisto parece pena superflua en cuanto ya era esclavo. Precisamente entiendo que alcanzaría la libertad como consecuencia del indulto de Cómodo⁶⁸ que Hip. 9.12.11 llama “carta de liberación” (*ἀπολύσιμος ἐπιστολή*), un ejemplo entre tantos de *indulgentia principis*. Esta medida de gracia liberaba de la pena, pero también podía tener otros efectos según el contenido de la carta de concesión como podía ser la concesión de libertad, que además por el indulto de la *poena ad metalla* dejaba de ser esclavo de su dueño sin que éste tuviese derecho de recobrarlo⁶⁹ según informa Ulp. (*de off. proc.*) D. 48.19.8.11, y después de este indulto Carpóforo ya no aparece como *dominus* sino como acreedor de Calisto en línea con otros que habían confiado su dinero al antiguo esclavo.

Hay otros aspectos incongruentes en la narración de Hip. que no concuerdan con el estado del derecho de la época; por ejemplo, la *verberatio* constituía una pena accesoria a la *poena capiti*⁷⁰, y la condena *ad metalla* aplicada a *humiliores* se consideraba pena capital con reducción a esclavitud⁷¹. Churruga⁷² señala que el hecho que Calisto no fuese condenado a muerte ni implica ni excluye que se le condenase por un delito común, ni por el hecho de ser cristiano; de todos modos hay constancia de condenas de cristianos *ad metalla*⁷³ que no llevaban aparejada pena de muerte siendo considerados mártires quienes sufrían estas condenas (quizá uno de los motivos que llevaron a santificar a Calisto como mártir, o motivo para que el papa Zeferino lo llevara a Roma levantando el confinamiento de Calisto en Anzio ordenado por el papa Victor). Es significativo que Fusciano no exigió a Calisto la abjuración de su fe como ocurría en otros casos de procesos contra cristianos que solían desembocar necesariamente en condena a muerte a no ser que mediara apostasía⁷⁴.

La narración de Hip. también refiere otros acontecimientos que me suscitan alguna perplejidad: la piadosa y cristiana Marcia, concubina del emperador Cómodo⁷⁵ desde el año 183

⁶⁶ D. 3.2.1 (Jul. 1 *ad Ed.*); Gai 4.182.

⁶⁷ Vid. U. ZILLETI, *In tema di servitus poenae*, en SDHI 34, 1968, 39 ss.

⁶⁸ Vid. sobre las medidas de gracia en el principado, W. WALDSTEIN, *Untersuchungen zum römischen Begnadigungsrecht*, Innsbruck 1964.

⁶⁹ Vid. U. ZILLETI, *In tema di servitus poenae*, cit., 45.

⁷⁰ W. WALDSTEIN, *Geißelung*, en *Reallexikon für Antike und Christentum* 9, Stuttgart 1950, 481 s.

⁷¹ Cfr. G. DONATUTI, *La schiavitù per condanna*, en BIDR 42, 1934, 225 ss.

⁷² J. DE CHURRUGA, *Quiebra*, cit., 84.

⁷³ Sin embargo hay fuentes que indican codenas *ad metalla* a los cristianos en el s. II que no llevan aparejada pena de muerte; cfr. Dionisio de Corinto (Eus. *HE* 4.23.10; Tert., *Ap.* 11.5).

⁷⁴ Vid. J. DE CHURRUGA, *Les procès contre les chrétiens*, 229-238 = *Cristianismo*, cit., 313 ss.

⁷⁵ Aunque no puede hablarse de una situación idílica entre el Imperio romano y los cristianos, no parece que en época de Cómodo hubiera grandes tensiones contra los cristianos; así lo atestigua Eusebio de Cesarea, *Historia ecclesiastica* 5.21.1 que informa que muchos habitantes del Imperio se habían convertido al cristianismo; cfr. A. VON HARNACK, *Die Mission und Ausbreitung des Christentums in den ersten drei Jahrhunderten*, 4ª ed., 2, Leipzig 1924, 452 ss. Tampoco parece haber habido grandes tensiones con los hebreos desde Antonino Pio, y está comprobado la creciente difusión del judaísmo, incluso entre la clase senatoria; cfr. A. TORRENT, *La constitutio Antoniniana. Reflexiones sobre el papiro Giessen 40 I*, Madrid 2012, 159. Ciertos historiadores de la Iglesia aluden

hasta su asesinato en el que debió tener alguna intervención, enterada que en las minas sardas había muchos cristianos condenados por su religión *ad metalla*, acude a Víctor⁷⁶, obispo de Roma⁷⁷ para que le señale los cristianos condenados en Cerdeña; Víctor que conocía las fechorías de Calisto da el nombre de todos los condenados menos el de Calisto, y con la aprobación de Cómodo obtuvo Marcia la carta de indulto para aquellos cristianos que el presbítero Jacinto llevó al *procurator Sardiniae*. Liberados todos los cristianos menos Calisto, éste con grandes lamentaciones se arroja a los pies de Jacinto suplicándole ser liberado; apiadado Jacinto logra del gobernador su libertad incluyéndolo entre los cristianos liberados, pero la liberación de Calisto causó gran disgusto al papa Víctor que le prohíbe volver a Roma confinándolo en Anzio. Muerto Víctor le sucede el papa Zeferino (198-217) que revoca la sanción de su antecesor, llama a Calisto a Roma donde ejerce diversos cargos eclesiásticos de relieve, y a la muerte de Zeferino alcanza la dignidad de obispo de Roma⁷⁸ (*Ref.* 9.12.15-25).

De la prolija narración de Hip. se desprende que Calisto recibía depósitos de sus clientes, uno de los aspectos fundamentales de la actividad bancaria, depósitos que podían ser sellados que recibía el banquero para custodiarlos y restituirlos a sus clientes, o abiertos y éstos a su vez podían ser a plazo fijo percibiendo un interés, o sin plazo; ambas actividades ya existían en la práctica griega, observando Bogaert que podían existir depósitos sin plazo ni preaviso de restitución que llama “*dépôts de placement*”, que en mi opinión significaban su disponibilidad por parte del banquero para invertirlos esperando ganancias importantes, tanto para la empresa bancaria como para sus clientes. También existían obviamente depósitos de pago destinados a ser consumidos rápidamente en una o varias veces que obviamente eran depósitos a corto plazo⁷⁹. Los depósitos confiados a Calisto parecen ser del tipo de plazo indeterminado con fijación de intereses, de modo que los depositantes esperaban importantes ganancias con el pago de los intereses correspondientes; en el caso de los trapezitas griegos Bogaert⁸⁰ (a partir de un texto de Isócrates y dos más de época romana⁸¹) calcula que los banqueros debían pagar un interés del

a algunas persecuciones contra los cristianos en época de Cómodo, pero más bien parecen episodios aislados debidos a algún gobernador de provincias; vid. H. GRÉGOIRE, *Les persécutions dans l'Empire Romain, en Mem. Ac. Belg.*, 56, 1964, 28 s.; J. MOREAU, *Les persécutions du christianisme dans l'Empire Romain*, Paris 1965, 61 ss.

⁷⁶ Sobre el pontificado de Víctor vid. CASPAR, *Geschichte des Papstums*, I, 19 ss., y lista de obispos de Roma en 1, 8 ss.

⁷⁷ Al elenco de obispos de Roma de CASPAR, cit., add. HARNACK, *Geschichte der altchristlichen Literatur*, 2.1, Leipzig 1897, 144 ss.; T. LAUSER, *Die Anfänge der römischen Bischofsliste*, en *Jahrbuch für Antike und Christentum* 3, 1974, 207 ss.

⁷⁸ No puedo dejar de consignar una reflexión mía: el recentísimamente elegido en marzo del 2013, papa Francisco, anteriormente cardenal Bergoglio arzobispo de Buenos Aires, constantemente está aludiendo a su misión presentándose no tanto como papa sino como obispo de Roma, probablemente debido a su acendrada humildad para acentuar su colegialidad con los demás obispos del mundo católico, quizá también para alejar el tinte autoritario que la tradición eclesiástica de los últimos siglos daba al papado en la intención de Francisco de despojar a la curia vaticana de sus inmensos poderes para centrarse en la misión evangelizadora de la Iglesia.

⁷⁹ J. ANDREAU, *Vie financière*, cit., 530 s. defiende que todos los depósitos a plazo estaban remunerados., pero según M. I. FINLEY, *The Ancient Economy*, Berkeley-Los Angeles 1973, 141, no devengaban interés.

⁸⁰ R. BOGAERT, *Banques et banquiers*, cit., 345 ss., entiende que los depósitos de pago no eran remunerados. En contra J. ANDREAU, *Vie financière*, cit., 533.

⁸¹ Desconfían de la veracidad de estos textos W.E. THOMPSON, *A view of Athenian Banking*, en *Museum Hel-*

10% sobre los capitales confiados. Para el caso de Calisto Hip. no señala la cifra de interés, pero de su narración se deriva que debían ser muy atractivos para sus clientes que lamentaban tanto la falta de restitución del capital como el impago de los intereses.

Llegados a este punto conviene reflexionar sobre la posición – y responsabilidad – personal del esclavo Calisto y la legitimidad de su actuación de modo aparentemente más o menos autónoma en sus negocios financieros respecto a su amo Carpóforo, porque en el s. II d. C. los esclavos carecían de patrimonio – y personalidad – propias, aunque hay muchos casos documentados de actividades de los *servi* en el campo jurídico-económico dentro de una serie de posibilidades que expondré siguiendo la argumentación de Churruca⁸². Advierdo que los fragmentos que tratan el tema plantean delicados y discutidos problemas de responsabilidad por negocios fallidos o negligencia del *servus*, cuyas consecuencias procesales son omitidas por Hip. que se limita a señalar que Calisto fue condenado *ad metalla* pero sin especificar los fundamentos de su condena: provocaciones a los judíos, fraude a sus acreedores, ambos supuestos reprobables a la vez, e incluso su cristianismo.

En primer lugar cabe que un *dominus* encargue a un esclavo prestar dinero a interés: *praepondere servum pecuniis faenerandis* o *mutuis pecuniis dandis* (supuesto que encajaría en la actuación de Calisto si la entendemos ordenada por Carpóforo). Labeón alude a esta posibilidad citando también otras competencias que puede encargar el dueño a su esclavo⁸³ de cuyas respuestas responden *in solidum* el *praepositor* y el *servus* (en este caso hay que suponer que el esclavo respondía con su *peculium*). Paulo ofrece una explicación más circunstanciada⁸⁴ especificando que la *praepositio* puede contemplar la facultad de aceptar garantías pignoratias.

En segundo lugar el *dominus* puede encargar a un esclavo recibir en préstamo (*praepondere servum mutuis pecuniis accipiendis*) como afirma Ulp. D. 14.3.13 pr. probablemente dentro de un negocio de más amplios vuelos. En este supuesto, como en el anterior, los juristas no señalan ni que el *dominus* ni el *servus* actuasen como *argentarii*, pero no hay que excluir que ambos se dedicasen al negocio bancario⁸⁵.

veticum 36, 1979, 224 ss., y P. MILLET, *Maritime loans and the structure of credit in fourth century after Athens*, en P. GARNSEY-E. HOPKINS-C.R. WHITTAKER (eds.), *Trade and Ancient Economy*, London 1983, 38 s.

⁸² J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 74 s.

⁸³ D. 14.3.5.2 (Ulp. 28 *ad ed.*): *Labeo quoque scripsit, si quis pecuniis faenerandis, agris colendis, mercaturis redempturisque faciendis praeposuerit, in solidum eum teneri*; con mayor precisión se expresa D. 14.3.19.3 (Pap. 3 *resp.*): *Servus pecuniis tantum faenerandis praepositus per intercessionem aes alienum suscipiens ut institorem dominum in solidum iure praetorio non adstringit: quod autem pro eo, qui pecuniam faeneravit, per delegationem alii promisit, a domino recte petetur cui pecuniae creditae contra eum qui delegavit actio quaesita est*, que enuncia claramente a efectos de responsabilidad que la *praepositio* no se extiende más allá del negocio concreto para el que había sido propuesto el *servus*, y de ahí la exoneración del *dominus* en el caso que éste asumiera deudas ajenas.

⁸⁴ D. 14.5.8 (Paul. 1 *decr.*): *Titianus Primus praeposuerat servum mutuis pecuniis dandis et pignoribus accipiendis: is servus etiam negotiatoribus hordei solebat pro emptore suscipere debitum et solvere. Cum fugisset servus et is, cui delegatus fuerat dare pretium hordei, conveniret dominum nomine institoris, negabat eo nomine se convenire posse, quia non in eam rem praepositus fuisset, cum autem et alia quaedam gessisset et horrea conducisset et multis solvisset idem servus probaretur, praefectus contra dominum dederat sententiam. dicebamus quasi fideiussionem esse videri, cum pro alio solveret debitum, non pro aliis suscipit debitum: non solere autem ex ea causa in dominum dari actionem nec videtur hoc dominum mandasse, sed quia videbatur in omnibus cum suo nomine substituisse, sententiam conservavit imperator.*

⁸⁵ En este sentido J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 75.

Otra posibilidad es que el *dominus* no banquero pusiese al *servus* [D. 14.3.19.1 (Pap. 3 *resp.*)] o a un liberto al frente de un negocio de banca, posibilidad prevista expresamente por D. 14.3.20 (Pap. y Scaev. 5 *dig.*), *in mensa habere servum praepositum; mensa nummulariae habere libertum praepositum*, o le encargase exclusivamente recibir dinero: *servum institorem apud mensam precuniis accipiendis habere*.

Los cuatro grandes supuestos vistos hasta ahora son casos de *praepositio institoria*, implicando que los acreedores del esclavo cuando éste no pagase las deudas dentro de las competencias marcadas en su nombramiento, podían dirigirse al dueño⁸⁶ mediante una *actio institoria*⁸⁷ para exigir la totalidad de la deuda, una de las *actiones adiecticiae qualitatis* de creación pretoria⁸⁸.

Todavía caben más posibilidades de actuación del *servus*: que emprenda autónomamente un negocio con su peculio sin aprobación, intervención ni conocimiento de su dueño⁸⁹, que podría dar lugar a una *actio de peculio*. Este no parece ser el caso de Calisto pues está probado el conocimiento por Carpóforo (o su intervención más o menos directa) en las actividades bancarias de Calisto. Aún podría ocurrir otra posibilidad señalada por Churruca⁹⁰: que el *servus* por indicación, o al menos con conocimiento o sin oposición de su dueño, invirtiese la totalidad o una parte del peculio en un negocio propio, posibilidad prevista por D. 14.4.1 (Ulp. 29 *ad ed.*). En este último supuesto ante el impago a los acreedores el *dominus* puede concurrir con éstos mediante el ejercicio de la *actio tributoria*.

De la narración de Hip. se deduce que desapareció el dinero recibido por Calisto de sus clientes, incluido el de Carpóforo, *Ref.* 9.12.1: *Τούτῳ ὁ Καρποθόρος ἄτε δὴ ὡς πιστῷ χρήμα οὐκ ὀλίγον καταπίστευσεν ἐπαγγειλάμενῳ κέρδος προσοισεῖν ἐκ πραγματείας τραπεζιτικῆς*. La traducción literal que propone Churruca⁹¹ suena “Carpóforo confió no poco dinero a Calisto como a persona de confianza que prometió obtener beneficios mediante el negocio de banca”. El dinero recogido por Calisto había sido invertido y estaba en poder de sus prestatarios (*Ref.* 9.12.1: *ἔχειν παρά τισι χρήμα ἀποκείμενον*), que consiguientemente eran deudores de Calisto (*Ref.* 9.12.7: *χρεώστες*); en esto reside la esencia del crédito bancario: recibir depósitos de los clientes (operación denominada por Hip. *παραφήκη* muy utilizada en el helenismo de donde pasó a Roma) pagando el banquero un mínimo interés, y prestar el dinero recibido a terceros cobrándoles intereses más altos; el beneficio del banquero estriba en la diferencia de lo que paga por los depósitos y cobra por los préstamos, y toda concesión de crédito tiene el peligro de ser incobrable, o caer en morosidad. Ambas operaciones siempre tienen riesgos, especialmente si el prestatario cae en insolvencia, el crédito no está avalado, o el banquero no tiene capital

⁸⁶ No es éste el momento de entrar en el complicado mecanismo de las acciones *quod iussu, de peculio, institoria* y *exercitoria* que podrían interponerse en estas relaciones.

⁸⁷ Cfr. E. VALIÑO, *Las acciones adiecticiae qualitatis y sus relaciones básicas en derecho romano*, en AHDE 37, 1967, 985 ss.

⁸⁸ Vid. G. COPPOLA, *Condictio e azioni adiectizie*, en *Scritti Franciosi*, I, Napoli 2007, 587 ss.; por último T. CHIUSI, *Actiones adiecticiae qualitatis*, en *Handwörterbuch der antiken Sklaverei*, Stuttgart 2010.

⁸⁹ Las fuentes documentan muchas actuaciones de este tipo; vid. los fragmentos que cita I. BUTI, *Studi sulla capacità patrimoniale dei servi*, Napoli 1967, 147 s.

⁹⁰ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 75.

⁹¹ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 76.

propio para responder ante sus depositantes (inversores). Señala Churruca⁹² que el término *παραθήκη*⁹³ utilizado por Hip. para designar el depósito de los clientes de Calisto, tenía un sentido más amplio que su traducción al latín extrajurídico como *depositum*⁹⁴, entendiéndose que los depósitos confiados a Calisto eran un depósito abierto al estilo de la *παραθήκη* griega, que podía consistir en un depósito de cosas fungibles para su guarda y ulterior devolución con base en la confianza de quien recibía la cosa, y a la vez tenía un sentido mucho más amplio que el *depositum* romano en cuanto el objeto entregado podía ser una cosa fungible sin individualizar, que tratándose de dinero podía ser un depósito cerrado o abierto, a interés o sin interés: todo dependía de lo que se conviniese entre las partes.

De todos modos ya he dicho anteriormente que no debemos obsesionarnos por la rigidez del conceptualismo contractual clásico que se topaba con la rapidez e inmediatez de la vida económica, y no teniendo referencias para ello en la tradición jurisprudencial romana tuvo que recurrir a figuras del mundo helénico con gran experiencia en todo tipo de comercio (pensemos en el marítimo con la *lex Rhodia de iactu*) y en el floreciente negocio de los *τραπηζίται*, versión griega de banquero profesional sobre la que se fue modelando la figura de los *argentarii* romanos⁹⁵. Estos personajes romanos dedicados al negocio de banca merecieron atención de los juristas, no recogida suficientemente en el *Corpus iuris* probablemente por ser una de las materias en que Justiniano legisló de forma innovadora, pero no cabe duda que los clásicos conocieron la industria bancaria como lo prueba el *edictum de rationibus argentariis edendis* regulando la exhibición de los libros contables⁹⁶ bancarios⁹⁷ que se remonta

⁹² J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 71.

⁹³ Vid. los relieves que sobre esta figura ofrecen W. HELLEBRAND, en RE 18.3 c. 1188 ss.; B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände zu den Werken des kasuistischen Literatur*, en ZSS 9, 1908, 195 ss.; P. FREZZA, *Παρακαταθήκη*, en *Symbolae Taubenschlag*, 1 = Eos 48, 1956, 140 ss.; E. KIESSLING, *Über den Begriff der Parakatatheke*, en *Mitteilungen aus der Papyrussammlung der öster. Nationalbibliothek* 5, 1956, 69 ss.; A. EHRHARDT, *Parakatatheke*, en ZSS 75, 1958, 32 ss.; D. SIMON, *Quasi Παρακαταθήκη*, en ZSS 82, 1965, 39 ss.; M. T. KLAMI, *Depositum und Παρακαταθήκη*, en *Festgabe Kaser*, Göttingen 1986, 90 ss.

⁹⁴ En época clásica contrato real, bilateral, imperfecto, de buena fe y de carácter gratuito, en virtud del cual una persona (depositante) entrega a otra (depositario) la detentación de una cosa mueble para que la custodie y restituya pasado el plazo fijado o a requerimiento del depositante; cfr. A. TORRENT, *Manual de derecho privado romano*, 13 ed., Madrid 2008, 417. En época clásica no se entregaba ni la posesión ni la propiedad de la cosa, sino únicamente la detentación.

⁹⁵ A. TORRENT, *Actividad bancaria*, cit., 59.

⁹⁶ Ya empezamos a saber algo más de la contabilidad en Roma, cfr. G. MINAUD, *La comptabilité à Rome. Essai d'histoire économique sur la pensée comptable commerciale et privée dans le Monde Antique Romain*, Lausanne 2006, que ofrece una descripción detallada de los hechos contables en los textos antiguos, especialmente Cicerón (31 ss.), la organización de las cuentas romanas (69 ss.), y la redacción del *codex accepti et expensi* (119 ss.). Indudablemente en Roma como en todas las épocas en que se pretenda llevar un negocio de forma eficiente, ningún empresario puede llevar diligentemente su negocio sin una ordenada contabilidad. Esta contabilidad privada recogida en los *códices accepti ex expensi* tenía su función a efectos de probar la existencia de contratos, y asimismo constituir o preconstituir elementos de prueba en los relativos procesos; cfr. A. TORRENT, *Fraudes contables de "societates publicanorum"*. *Cic. "in Verr."* 2,2,71,173, pendiente de publicación.

⁹⁷ Está probada la existencia en Roma de una contabilidad privada de los empresarios recogida en un *codex accepti et expensi*, un libro de caja donde se anotaban los ingresos y salidas, dando testimonio de un sistema contable (la partida doble) que seguimos usando en nuestros días (cfr. A. TORRENT, *Diccionario de*

al s. II a. C.⁹⁸, legislación recordada en dos fragmentos de Ulp. (4 *ad ed.*) que también recoge los efectos de la insolvencia de una banca respecto a sus depositantes (cuentas de pasivo decimos hoy) e inversores que depositaban su dinero para obtener rendimientos financieros⁹⁹.

En Roma la rigidez de la tipicidad contractual¹⁰⁰ que englobaba dentro de las *obligationes re contracta* el depósito y el mutuo, llevó a los juristas a considerar que cuando se entregaba una cantidad de dinero sin sellar se entendía que no había *depositum* sino *mutuum* que implicaba la transmisión de la propiedad de la cosa al mutuuario; además teóricamente el mutuo era un contrato gratuito consistente en el préstamo de cosas fungibles que obligaba a devolver¹⁰¹ el *tantumdem eiusdem generis*, mientras que el depósito obligaba a devolver *eadem re* y de ahí que las operaciones bancarias en las que el banquero se hacía con la propiedad del dinero y podía utilizarlo, sólo podían configurarse desde el punto de vista jurisprudencial o bien como un depósito irregular, o bien como un *mutuum*, y como el dinero es productivo debía devolverse con intereses convirtiéndose el banquero en deudor de sus depositantes-inversores, y acreedor de los demandantes de crédito. Para los que defienden la inexistencia de un depósito irregular en época clásica (plenamente aceptado en la justiniana) la utilización del dinero depositado por el banquero sólo podía instrumentarse mediante un contrato de préstamo o *mutuum*. Pero desde que el mundo es mundo el préstamo de dinero – salvo *inter familiares* o *inter amicos* – nunca ha sido gratuito; por supuesto no lo fue en Roma, y aunque no parece haber recibido una atención específica de los juristas, pues solo conocemos por un único texto (D. 22.1.17) que Paul. escribió un *Liber singularis de usuris*, esto mismo denota la preocupación entre los clásicos de llegar a una sistematización de la materia de *usuris*¹⁰². Está documentado que la vida económica de Roma lanzada desde el s. II a.C. a una gran expansión comercial, requería préstamos de financiación que lógicamente devengaban intereses (*usurae*).

derecho romano, Madrid 2005, 1174) que no sólo servía para la llevanza de la contabilidad sino también para fundamentar las llamadas *obligationes litteris*. demostrativas de la existencia de relaciones económicas entre acreedores y deudores con la obligación de exhibir en juicio aquellos libros de caja. Diré de todas maneras que a nivel macroeconómico no hay ningún indicio, ni tampoco podemos pretenderlo en el Mundo Antiguo, de la existencia de una contabilidad nacional entendida como rama de la contabilidad que muestra de forma sintética los flujos de servicios, materiales y productos que caracterizan la actividad económica de una nación o región. De existir tendríamos una visión mas exacta de la situación económica en cada momento y conoceríamos mejor la historia económica de Roma; conoceríamos lo que hoy se llama el producto interior bruto (PIB) que en nuestros días se utilizan en un primer momento para registrar la actividad económica, y desde otro ángulo como medida del desarrollo económico.

⁹⁸ A. PETRUCCI, *Mensam exercere*, cit., 141 ss.

⁹⁹ Vid. P. CERAMI-A. PETRUCCI, *Dir. commerciale rom.*, cit., 188 ss.

¹⁰⁰ Cfr. M. TALAMANCA, *La tipicità dei contratti fra "conventio" e "stipulatio" fino a Labeone*, en F. MILAZZO (cur.), *Tipicità e libertà negoziale nell'esperienza tardoantica*, Napoli 1990, 35 ss. Sobre la tipicidad contractual en el *ius commune* vid. U. SANTARELLI, *Esigenze pratiche e categorie giuridiche nella elaborazione del diritto comune. Qualche riflessione su causa e irregolaritas*, en *Nozione formazione e interpretazione del diritto. Ricerche Gallo*, III, Napoli 1997, 293 ss.

¹⁰¹ Vid. J. H. MICHEL, *Gratuité en droit romain*, Bruxelles 1962; M. SALAZAR, *La gratuidad del mutuum en el derecho romano*, Jaén 1999, cap. II.

¹⁰² A. TORRENT, *Usurae supra legitimum modum*, cit., 257-258; en este sentido ya se había pronunciado G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle usurae c.d. legali nel diritto romano*, Milano 1969, 1 nt. 1.

A nivel teórico a finales de la República la cifra máxima que podía cobrarse a título de intereses estaba fijada en el 12% anual sobre el capital recibido (*centesimae usurae*), tope que parece tener origen provincial¹⁰³ en cuanto fue fijado por primera vez en un edicto promulgado entre los años 72-70 a.C. por Luculo, gobernador de Asia Menor, que de todos modos no anulaba la libertad estipulatoria entre las partes para la fijación de intereses, de modo que en ocasiones la suma de intereses podía llegar a igualar la suma del capital debido: *usurae ultra sortis, usurae usurarum*, o como llama Ulp. (26 *ad ed.*) D. 12.6.26 pr., *usurae supra legitimum modum*¹⁰⁴, y en otras incluían la capitalización de intereses vencidos y no pagados (anatocismo¹⁰⁵), implicando en ambos casos una excesiva onerosidad para los deudores. Como ya he dicho en otra ocasión¹⁰⁶, si el acreedor quería asegurarse la coercibilidad de su pretensión relativa a los intereses, tenía las siguientes alternativas: o dar lugar a una *stipulatio* autónoma que tenía por objeto los intereses sobre intereses tanto vencidos como futuros, o recomprender los intereses en la suma dada en mutuo. En ambas hipótesis dice Vittoria¹⁰⁷ que el montante de los intereses y de los intereses sobre intereses estaba de algún modo precalculado por el acreedor que los fijaba en un acuerdo formal en el que asimismo se fijaban los plazos de cumplimiento. Desde un punto de vista económico entiendo que estos acuerdos sustentaban siempre un préstamo de financiación a largo o corto plazo, probablemente más bien a largo, como se deduce de Scaev. y Flor., acuerdos utilizados corrientemente en la práctica helenística y asimismo frecuentes en la Roma tardoclásica, imponiendo un servicio de la deuda tan brutal para el deudor, que Scaev. (28 *dig.*) D. 45.1.122 pr., discípulo de Ulp., señala que Septimio Severo dispuso la ineficacia de la *stipulatio* de *usurae usurarum*.

Puede decirse que si las *usurae centesimae* eran el tipo de interés nominal teórico, en la práctica había libertad estipulatoria, lo cual en primer lugar muestra la imposibilidad del Estado, primero para conocer – y manejar – las grandes variables macroeconómicas, y en segundo lugar su incapacidad para reaccionar fijando coactivamente tipos de interés que sirvieran tanto para restringir la oferta monetaria como en ocasiones para relanzar la actividad económica, de forma que en la práctica se fijaban por las partes, y especialmente por los banqueros-prestamistas (una práctica que hoy llamamos abuso de posición dominante que altera la igualdad y libertad de los contratantes) que arriesgaban su propio capital y el de sus clientes a quienes habían prometido beneficios por su inversión¹⁰⁸. Desde luego que Calisto, avezado en el mundo financiero, tenía que conocer el riesgo inherente a toda concesión de

¹⁰³ Conforta esta explicación Cic., *ad Att.* 5.21.11; 6.1.6, que prescribió la prohibición de fijar intereses superiores a las *usurae centesimae* en su edicto para Cilicia. La explicación de Th. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, III, Leipzig 1856, 537 ss., que esta prohibición se extendió a Roma por una providencia de Julio César, ha sido rechazada por la doctrina que niega su origen provincial.

¹⁰⁴ Que para los juristas aparecían como odiosos; cfr. G. CERVENCA, *Sul divieto delle c.d. usurae supra duplum*, en *Index* 2, 1970, 291-313.

¹⁰⁵ Vid. A. MURILLO, *Anatocismo. Historia de una prohibición*, en *AHDE* 59, 1999, 497-518.

¹⁰⁶ A. TORRENT, *Usurae supra legitimum modum*, cit., 270.

¹⁰⁷ C. VITTORIA, *Le "usurae usurarum" convenzionali e l'ordine pubblico economico a Roma*, en *Labeo* 40, 2003, 309.

¹⁰⁸ De ahí el carácter arbitrario, incluso aleatorio, en la fijación de intereses; cfr. A. MANNA, *Usura e principio di determinatezza: un problema insolubile?*, en S. TAFARO (cur.), *L'usura ieri ed oggi*, Bari 1997, 261-269.

crédito; supongo que debía haber investigado igualmente la solvencia de los demandantes de crédito para calcular los retornos del capital prestado con sus intereses correspondientes. En mi opinión el dinero que recibió de Carpóforo y los demás clientes no era un simple depósito, sino un dinero entregado para invertirlo convenientemente y obtener beneficios a lo que se había comprometido Calisto.

A mi modo de ver y por lo que deduzco de la narración de Hip., Calisto actuó en el modo que hoy llamamos banca de inversión, sólo que actuó negligentemente sin calcular los riesgos del negocio que finalmente originaría su quiebra con la consiguiente defraudación de los intereses de sus clientes-depositantes. Que fuera propiamente un *argentarius* o un individuo de los muchos que se dedicaban en Roma a la industria bancaria¹⁰⁹ es un tema en discusión. Hip. no alude para nada a una actividad típica del *argentarius* como son sus actuaciones en las subastas (*auktiones*), pero tampoco duda en calificar su actividad como bancaria (*Ref.* 9.12.1: *τράπεζα, πραγματεία τραπεζικῆ*). Ciertamente que Hip. no era jurista sino un escritor de la apologética cristiana, y Churruca¹¹⁰ afirma con rotundidad que en absoluto cabría que un autor no jurista emplease estos términos en sentido no técnico sino descriptivo, y la *Ref.* está aludiendo a la actuación de Calisto recibiendo depósitos y concediendo préstamos.

También Churruca¹¹¹ entiende -con vacilaciones- que Calisto bien pudo ser no tanto un *argentarius* con establecimiento fijo sino un agente móvil que buscaba y atendía a su clientela de depositantes y demandantes de crédito. Yo más bien deduzco que tenía que ser un *argentarius* con establecimiento propio, eso sí, situado en una zona de las menos ricas de Roma (la *XII Regio* en la reestructuración urbana de Augusto) poblada mayormente por cristianos; también entiendo que de la *Ref.* puede derivarse que con sus préstamos manejaba importantes sumas de dinero procedente de los ahorros de muchos clientes; si hubiera sido nimia la quiebra de Calisto probablemente no se hubiera ocupado de ella Hip., o quizá sí, dado su tozudez en denigrarlo. Son contrarios a mi visión de que tuvo que ser una quiebra de importante cuantía Andreau¹¹² y Churruca¹¹³, que consideran el volumen de su empresa relativamente reducido alejando la escasa cuantía de los negocios de banca de la época, pero no estoy de acuerdo, porque, como ha demostrado Volterra¹¹⁴, si ciertamente son exiguas las cifras de negocio mencionadas por los juristas, ello se debió probablemente a su afán instructivo que a efectos didácticos hacía innecesario citar grandes cantidades, lo cual es cierto, pero no debemos ignorar que los juristas

¹⁰⁹ Vid. Ulp. (63 *dig.*) D. 45.5.24.2, y (30 *Dig.*) D. 16.3.7.3, sobre los cuales F. BONIFACIO, *Ricerche sul deposito irregolare in diritto romano*, en BIDR 49-50 (1947) 147-151; MICHEL, *Gratuité*, cit., 85-91; LITEWSKI, *Le depot irreg.*, cit., 287-295; BÜRGE, *Fiktion*, cit., 471 nt. 23.

¹¹⁰ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 72.

¹¹¹ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 73.

¹¹² J. ANDREAU, *La vie financière*, cit., 635.

¹¹³ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 74; ID., *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi über die argentarii im klassischen römischen Recht*, en ZSS 109, 1991, 308.

¹¹⁴ E. VOLTERRA, *La base economica della elaborazione sistematica del diritto romano*, en RISG 15, 1963-67, 239 ss.

romanos¹¹⁵ eran conscientes de la existencia de grandes negocios por todo el Mediterráneo¹¹⁶. En mi opinión Calisto tuvo que manejar una importante cantidad de dinero resultado de su capital propio (probablemente), del de Carpóforo y de sus demás clientes. Yo diría en terminología moderna que actuaba como un banquero de inversión manejando grandes sumas con el dinero de terceros a quienes prometía (suculentos) dividendos, pero que actuó con un pésimo cálculo del riesgo (de esta carencia hablaré más adelante).

Calisto que como se desprende de la narración de Hip. llevaba la gestión directa de los depósitos y los préstamos, tenía que saber que los tipos de interés podían llegar a ser altísimos originando graves problemas sociales y económicos (con razón Vittoria¹¹⁷ sitúa la regulación de aquellos intereses en el ámbito del orden público <económico>), intereses a veces depredatorios, como asimismo tenía que saber – y de ello tuvo experiencia propia – que el *praefectus urbi* tenía la competencia jurisdiccional en casos de conflictos financieros¹¹⁸ establecida por Adriano para las controversias judiciales en las que intervinieran *argentarii*. El problema de los altos tipos de interés son un tema recurrente en la historia económica romana siendo frecuentes por motivos especulativos y desde luego ya había ocurrido en épocas de inflación, de devaluaciones monetarias y de graves turbulencias financieras cada vez más numerosas a finales de la República, como también en el Principado, y por lo que nos interesa en estos momentos, en el tiempo de Cómodo (180-192) que cierra el ciclo de los grandes emperadores Trajano, Adriano, Antonino Pio y Marco Aurelio tan exaltados por la historiografía antigua¹¹⁹ y posterior que se complace en señalar el s. II d.C. como el “siglo de oro” del Imperio, siendo aquellos emperadores los que habían conseguido su mayor prosperidad¹²⁰. De opinión contraria es De Giovanni¹²¹, pues considera que desde un perfil socioeconómico aquella época contenía el embrión de contradicciones y conflictos que explotarán más tarde con toda virulencia; ciertamente aquellos emperadores habían utilizado en el mejor modo, al menos para las clases poderosas, la larga ola de prosperidad consecuencia de las grandes guerras de conquista, pero habían renunciado a toda seria programación o gobierno de la economía poniendo las bases, una vez mutadas las condiciones políticas y militares, de los desastres de la época sucesiva.

¹¹⁵ No comparto la consideración de G. GROSSO, *Schemi giuridici e società nella storia del diritto privato romano. Dall'epoca arcaica alla giurisprudenza classica: diritti reali e obbligazioni*, Torino 1969, 49 ss., que no ve base económica en el quehacer jurisprudencial al entenderlo más motivado por problemas individuales que por intereses económicos, de modo que los problemas económicos y específicamente los financieros quedaban al margen de su atención; cfr. A. TORRENT, *Moneda, crédito y derecho penal monetario en Roma (s. IV a. C.-IV d.C.)*, en SDHI 73, 2007, 114. Por otra parte, que los juristas romanos tenían buenos conocimientos económicos lo ha demostrado solventemente G. MELILLO, *Economia e giurisprudenza a Roma*, Napoli, 1974; ID., *Categorie economiche nei giuristi romani*, Napoli 2000, 21 ss.

¹¹⁶ Vid. A. TORRENT, *El binomio capital-trabajo en el pensamiento jurisprudencial romano: la “conventio cum aurifce” (Gayo 3,147) y el fundamento económico para su calificación contractual*, pendiente de publicación en IAH 6, 2014.

¹¹⁷ C. VITTORIA, *Usurae usurarum*, cit., 291 ss.

¹¹⁸ J. ANDREAU, *La vie financière*, cit., 635; J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des praefectus urbi*, cit., 308.

¹¹⁹ El ejemplo más claro de esta exaltación lo vemos en Elio Aristides, *Or. 26*.

¹²⁰ Emblemático en este sentido E. GIBBON, *Decline and Fall of the Roman Empire*, I, London 1776, 177; en su traducción italiana, *Storia della decadenza e caduta dell'Impero romano*, I, Torino 1967, 77 s.

¹²¹ L. DE GIOVANNI, *Istituzioni, scienza giuridica, codici*, cit., 40.

En el s. II d.C. los antecesores de Cómodo se habían inspirado en ideales humanísticos, eran amantes de las letras, amigos de importantes intelectuales y de ilustres juristas. La actuación política de Cómodo estuvo muy lejos de la altura de miras y del humanismo de su padre Marco Aurelio, como del universalismo y pluralismo de Septimio Severo y sucesores de la nueva dinastía severiana cuyo hecho más significativo fue la promulgación del edicto *de civitate* de Caracalla del 212 d.C.¹²² Según De Giovanni¹²³ Cómodo casi pareció advertir la insuficiencia frente a todas las poblaciones del Imperio de los ideales humanísticos que habían inspirado a sus antecesores, y si en alguna circunstancia pareció servirse de tales ideales lo hizo exclusivamente como signo de su apoyo a las clases menos ricas. Dion Cassio¹²⁴ informa que Cómodo concedió 140 dracmas a cada hombre; por una información de los *SHA*¹²⁵ sabemos que impuso una lista de precios (anticipándose al famoso *edictum de pretiis* de Diocleciano¹²⁶), y un documento epigráfico¹²⁷ señala el precio legal de un esclavo fijado *ex forma censoria* en 500 denarios. También supo Cómodo recoger las aspiraciones pacifistas de los súbditos del Imperio, e incluso los cristianos al decir de Eusebio de Cesarea¹²⁸, historiador del s. IV, gozaron de una paz duradera¹²⁹, al menos en comparación con los reinados de Adriano y Antonino Pío que promulgaron edictos contra los cristianos (analizados por Churruga). En este contexto hay que situar la intervención de la cristiana Marcia, concubina de Cómodo, en la liberación de Calisto de la condena *ad metalla* en la minas de Cerdeña,

Toda aquella atmósfera¹³⁰ creada por los emperadores anteriores se rompió con el ascenso de Cómodo¹³¹ al poder, y así lo recuerdan autores de la época inmediatamente sucesiva como Dion Cassio, Herodiano, y los *Scriptores* de la *Historia Augusta*. Y aunque en su época no se inició ninguna guerra, desde tiempo atrás los altos tipos de interés daban – o debían dar – a los banqueros e inversores-acreedores (dentro del riesgo inherente en todo negocio) suficientes instrumentos para preservar su capital financiero¹³². Y no es que no hubieran en Roma leyes limitadoras que pusieran un tope a los tipos de interés, que las hubieron, y

¹²² Vid. con lit. A. TORRENT, *Const. Anton.*, cit., 179 ss.

¹²³ L. DE GIOVANNI, *Ist.*, cit., 43.

¹²⁴ Dio. Cass. 73.16.2, que apela además a una *lex Hadriana* para proteger a los colonos del *saltus Burytinus* en el valle del Bagradas, de los abusos tanto de su *conductor* como del *procurator* imperial.

¹²⁵ *SHA, Commodus*, 14.3.

¹²⁶ Vid. por último W. WOŁODKIEWICZ, *L'edictum de pretiis di Diocleziano. Il mito dell'onnipotenza del legislatore*, en A. POLICETTI-F. TUCCILLO, *Diritto ed economia in età tardoantica*, Penta di Fisciano 2009, 189 ss.

¹²⁷ CIL VIII 10570 = ILS 6870 = FIRA I², 103; cfr. a propósito de este epígrafe E. LO CASCIO, *Il princeps e il suo impero. Studi di storia amministrativa e finanziaria romana*, Bari 2000, 304. Cfr. A. BOTTIGLIERI, *La nozione romana di enfiteusi*, Napoli 1994, 23 ss.

¹²⁸ Eus. *HE* 5.16.19.

¹²⁹ Eus. *HE* 5.21.1.

¹³⁰ L. DE GIOVANNI, *Ist.*, cit., 41, la califica de “mágica”.

¹³¹ Su reino fue bastante accidentado aunque ciertamente no se inició ninguna guerra importante durante su reinado: cfr. J. STRAUB, s. v. *Commodus*, en *Reallexikon für Antike und Christentum*, III, Stuttgart 1955, 252 ss.; F. GROSSO, *La lotta politica al tempo di Commodus*, Torino 1964; M. GHERARDINI, *Studien zur Geschichte des Kaisers Commodus*, Wien 1974; A. R. BIRLEY, *From Adrian to the Antonines*, en *CAH XI*, 2000, 70-192; O. HEKSTER, *Commodus. An Emperor on the Crossroads*, Amsterdam 2002, 17 ss.

¹³² A. TORRENT, *Usurae*, cit., 257.

efectivamente hay constancia desde época republicana de numerosas *leges foeneraticiae* o *leges foenebres*¹³³, siendo quizá la más antigua el plebiscito o acaso *lex Genucia* del 342 a.C., pero eran todas *leges minus quam perfectae* y nunca se aplicó con rigor el tipo del 12% anual de finales de la República, porque realmente había libertad entre las partes para fijar convencionalmente¹³⁴ los intereses de sus créditos que variaban de provincia en provincia y casi de ciudad en ciudad.

Podría decirse que lo más cerca de la definición de la entrega de los capitales confiados a Calisto, es que se trataba de un depósito irregular¹³⁵, un depósito no sellado que dada su estructura remunerada con los consiguientes intereses, presenta a nivel dogmático importantes problemas; muchos niegan su clasicismo, pero en mi opinión se practicaba en el s. II siendo lo más parecido a la *παραθήκη* helénica¹³⁶ que había nacido precisamente en la praxis bancaria. El depósito irregular en Roma era un tipo o subtipo de contrato real muy discutido, y en la romanística hay diversas explicaciones sobre el mismo que van desde los que niegan su clasicismo (Longo¹³⁷), pensando que los textos (de depósito irregular) recogidos en la compilación justiniana son simples contratos de mutuo, hasta los que defienden su clasicismo como Segrè¹³⁸ admitiendo *disensiones* entre los clásicos: Papiniano habría admitido el depósito irregular¹³⁹ (Frezza¹⁴⁰ añade Cervidio Scaevola) mientras Paulo y Ulpiano lo negaron. Arangio-Ruiz¹⁴¹ llega a decir que el depósito irregular era conocido por Alfeno Varo a finales de la época republicana, pero en época clásica se tornó a la concepción que los depósitos de dinero con permiso de uso eran mutuos¹⁴². En mi opinión la figura del depósito irregular sin llegar aún a su categorización conceptual, estaba implícita en la construcción de algunos juristas de finales de la República extendiéndose durante la época clásica, no sin reacciones y discusiones propias del *ius controversum* de la época, por lo que hay que retro-

¹³³ Cfr. G. CERVENCA, *Contributo allo studio delle "usurae"*, cit., 38 ss.

¹³⁴ Vid. L. SOLIDORO, *Sulla disciplina degli interessi convenzionali nell'età imperiale*, en S. TAFARO (cur.), *L'usura ieri ed oggi*, Bari 1997, 179 ss.

¹³⁵ En este sentido B. KÜBLER, *Griechische Tatbestände*, cit., 191 s.; F. BONIFACIO, *Ricerche*, cit.; U. BRASIELLO, *Aspetti innovativi delle costituzioni imperiali*, en *Studi De Francisci*, 4, Milano 1956, 484 ss.

¹³⁶ Pero vid. R. VIGNERON, *Résistance du droit romain aux influences hellénistiques: le cas du dépôt irrégulier*, en RIDA 31, 1994, 307 ss., que niega la influencia griega entendiendo que en época clásica la exigencia de intereses se articulaba mediante el contrato de mutuo.

¹³⁷ G. LONGO, *Appunti sul deposito irregolare*, en BIDR 18, 1906, 121 ss., con antecedentes en NABER y NIEMEYER (vid. lit. en A. VALMAÑA, *Depósito irregular*, cit., 11).

¹³⁸ G. SEGRÈ, *Sul deposito irregolare in diritto romano*, en BIDR 19, 1907, 199 ss. El clasicismo de la figura ya había sido subrayado por P. COLLINET, *Études historiques sur le droit de Justinien*, I, París 1912, 114 ss.

¹³⁹ W. LITEWSKI, *Le dépôt irrégulier*, en RIDA 22, 1975, 312, que además de Papiniano incluye a Cervidio Scevola en la posición clasicista.

¹⁴⁰ P. FREZZA, *Parakatatheke* cit., 152 ss.; le sigue W. LITEWSKI, *Figure speciali di deposito*, en *Labeo* 20, 1974, 405 ss.

¹⁴¹ V. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di diritto romano*, 14 ed., Napoli 1968, 312.

¹⁴² La discusión sobre la clasicidad o menos del depósito irregular llega hasta nuestros días; vid. lit. en A. VALMAÑA, *Depósito irregular*, cit., 12 ss.

datar la figura del depósito irregular¹⁴³, tipo que según Andreau¹⁴⁴ los clásicos restringieron al caso en que no había pago de intereses, de modo que lo que separaba el depósito irregular de otros contratos específicos no era la posibilidad de usar la suma depositada, sino el pago de intereses; apoya su afirmación en Pap. D. 16.3.8 (yo añadiría Ulp. D. 16.3.7.2) donde se lee que el que recibe a título de depósito una suma de dinero no sellada y la utiliza no deberá pagar intereses sino después de situarse en mora.

También Andreau¹⁴⁵ sobre la base de algunos textos clásicos: D. 13.5.23 (Marcel. *lib. Sing. resp.* IX *Quaest.*); D. 16.3.24 (Pap. 9 *Quaest.*); D. 16.3.28 (Scaev. 1 *Resp.*); D. 45.1.90 (Pomp. 3 *ex Plaut.*) considera que el banquero que recibe dinero está constreñido a pagar intereses si no lo ha reembolsado al vencimiento del término fijado. Para Andreau antes del término estamos en presencia de un depósito; vencido el término sin reembolso el banquero debe al depositante intereses moratorios, y en este caso el depósito se convierte en préstamo <del cliente al banquero>. En este punto me separo de Andreau porque tengo la convicción que el mutuo de dinero siempre engendra intereses, pues quien deposita <coloca> dinero sin individualizarlo sabe que el banquero lo utiliza para invertirlo productivamente, y por tanto aspira a participar con intereses en la gestión productiva del banquero que ese mismo dinero lo presta a interés. Para mí éste es un caso claro de la conexión evidente entre economía y derecho, problema que suscitaba perplejidad en la jurisprudencia sistematizadora clásica, y dudas sobre la claridad del mutuo a los banqueros en la romanística moderna en cuanto chocaba con el dogmatismo del mutuo gratuito.

Incluso podría pensarse en terminología estrictamente romana en un *mutuum* muy evolucionado, admitiendo la jurisprudencia romana de finales de s. II contemporánea de la quiebra de Calisto (Cervidio Scaev., Pap. Paul., Ulp.), que la posibilidad de exigir intereses en un mutuo¹⁴⁶ podía instrumentarse mediante la correspondiente *stipulatio*, y había ejemplo de ello desde tiempos anteriores. De hecho están documentados mutuos¹⁴⁷ con pacto de pagar intereses mediante *stipulatio*¹⁴⁸, aunque asombra que en un documento tan minucioso sobre la actividad económica como el archivo de los Sulpicios¹⁴⁹ falta toda mención a los intereses¹⁵⁰. Con razón se ha dicho que es inimaginable en una familia de empresarios que normalmente no exigiesen intereses por los

¹⁴³ En este sentido G. GANDOLFI, *Il deposito nella problematica della giurisprudenza romana*, Milano 1976, 148 ss.

¹⁴⁴ J. ANDREAU, *Vie financière*, cit., 538.

¹⁴⁵ J. ANDREAU, *Vie financier*, cit., 540.

¹⁴⁶ H.T. KLAMI, *Mutua magis videntur quam deposita*, Helsinki 1969, 12 ss.; M. KASER, *Mutuum und stipulatio*, en *Erantion Maridakis* 1, Athens 1963, 16 ss..

¹⁴⁷ Vid. sobre el mutuo, V. GIUFFRÉ, *Mutuo (diritto romano)*, en ED XXVII, Milano 1977, 41 ss.; ID., *La mutui datio. Prospettive romane e moderne*, Napoli 1989.

¹⁴⁸ Vid. P. GRÖSCHLER, *Il mutuum cum stipulatione e il problema degli interessi*, en *Quaderni Lupiensis di storia e diritto* 1, Lecce 2009, 1-126.

¹⁴⁹ Vid. L. BOVE, *Documenti di operazione finanziaria dall'archivio dei Sulpicii*, Napoli 1984; G. CAMODECA, *L'archivio puteolano dei Sulpicii*, I, Napoli 1992, 261 ss.

¹⁵⁰ Hecho "sorprendente" dice P. GRÖSCHLER, *Mutuum cum stip.*, cit., 112; conforme C. MASI DORIA, *Un prestito di cinque sesterzi? Sulla struttura del mutuum nei Glossari bilingui greco-latini*, en *Festschrift Knütel*, cit., 756.

préstamos que concedían¹⁵¹, enigma que Gröschler explica por cuatro posibles vías resumiendo las posiciones historiográficas dadas hasta el momento por diversos autores: 1) que el pacto de intereses estuviera contenido en documento aparte, pero no se han encontrado entre los formularios pompeyanos ninguno de estos documentos¹⁵²; 2) que estuvieran incluidos en el capital declarado (lo que en mi opinión sería una extraña práctica feneraticia que probablemente incluiría unos tipos de interés desmedidos); 3) que fuera costumbre concluir un pacto informal de intereses no recogido en ningún documento (la documentación pompeyana relativa a la materia se consigna en *chirographa*, documentos individuales del acreedor donde consignaba el crédito concedido); 4) que los intereses fueran pagados anticipadamente mediante la inmediata restitución de una parte del capital (en mi opinión esta práctica me parece muy extraña en el Mundo Antiguo).

En realidad todo es discutible sobre el depósito irregular; esta misma denominación no es romana sino que se debe a Jason del Main, postglosador del s. XIV¹⁵³, y no debemos pretender una perfecta y acabada configuración dogmática de esta figura que debía parecer desconcertante a los últimos juristas clásicos, pues el propio Paul. (2 *Sent.*) Coll. X.7.9 señala que los bienes depositados en forma irregular (en el sentido que su figura antagónica, el depósito regular, era depósito de cosas individualizadas e infungibles) *mutua magis videtur*. Pero como afirma Valmaña¹⁵⁴ el depósito irregular de dinero era lo “normal” frente al depósito regular de dinero (sellado o en una caja o saqueto), de modo que el depósito de dinero *neque clausa neque obsegnata* es siempre un depósito irregular, o desde el punto de vista del inversor un préstamo al banco con intereses.

Desde luego la práctica de hacer entregas de dinero al *argentarius* o al *nummularius* pretendiendo cobrar intereses está suficientemente documentada no solamente en textos papirológicos y epigráficos¹⁵⁵, sino también en textos de juristas clásicos contemporáneos de Calisto¹⁵⁶, que como dice Churruca¹⁵⁷, aunque dan la impresión de estar muy abreviados muestran su preocupación por la calificación jurídica de estos negocios y la posibilidad que el depositante pudiera exigir intereses¹⁵⁸. Litewski va más lejos y piensa que todos los depósitos no sellados eran remunerados, también los depósitos realizados para pagos y utilizar el servicio de caja, e incluso a veces los depósitos sellados. Yo no llegaría tan lejos, lo que si

¹⁵¹ Factor denunciado por G. CAMODECA, *Tabulae Pompeianae Sulpiciorum*, I, Roma 1999, 133 s.; ID., *Il credito negli archivi campani*, en E. LO CASCIO (cur.), *Credito e moneta nel mondo romano*, Bari 2003; GRÖSCHLER, *Mutuum cum stip.*, cit., 112 ss., y MASI DORIA, *Un prestito*, cit., 756. Camodeca fue el primer editor de las *Tab. Pompeianae*; la edición más reciente es de J. G. WOLF, *Neue Rechtsurkunden aus Pompeii. Tabulae Pompeianae Novae*, Darmstadt 2010.

¹⁵² G. CAMODECA, *TPS*, I, 134.

¹⁵³ H. NIEMEYER, *Depositum irregulare*, Den Hage 1989, 110 nt. 21.

¹⁵⁴ A. VALMAÑA, *Depósito irreg.*, cit., 19.

¹⁵⁵ P. Fuad I, 45 (*FIRA*² 3, 392 nr. 121; *Tab. Dac.* 12 (ibid. 382, nr. 120).

¹⁵⁶ Vid a título de ejemplo tres fragmentos de Cervidio Scaev.: (1 *resp.*) D. 16.3.28; (16 *Dig.*) D. 32.37.5, y D. 16.3.24, a los que hay que añadir otros de Paul (4 *resp.*) 22.1.41.2, y Pap.(9 *quaest.*) D. 16.3.26.1. Vid. lit. y comentarios sobre estos textos en J. DE CHURRUCA, *Die Gerichtsbarkeit des Praefectus urbi*, cit., 315-323.

¹⁵⁷ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 72.

¹⁵⁸ W. LITIEWSKI, *Figure speciali di deposito*, cit., 407.

está claro es que los depósitos no sellados que daban al *argentarius* la propiedad del dinero y consiguientemente la facultad de especular con él, estaban sujetos a cláusulas de intereses, es decir, estaban remunerados, y los textos de Ulp. que parecen negar el depósito irregular no son nada claros. Es sintomático que los poquísimos textos que hablan del tema, lo tratan fundamentalmente en el caso de quiebra del banquero que no puede devolver el dinero y los intereses (Ulp. D. 42.5.24.2), estudiando algunos romanistas estos casos desde el enfoque si los acreedores que habían dejado depósitos al banquero eran acreedores privilegiados. Según Ulp. el primer rango lo tienen los depositantes que no han pactado intereses, mientras que los que han pactado intereses vienen englobados con el resto de acreedores¹⁵⁹, situación anómala que delinea el primer caso como depósito y el segundo como préstamo de los particulares al banquero¹⁶⁰ que debió ser la situación en que se encontró Calisto.

Al respecto Mitteis¹⁶¹ ya había aportado una importante distinción: los depósitos no remunerados son depósitos a la vista (funcionaban como contrato de cuenta corriente diríamos hoy), mientras que los remunerados eran depósitos a término y requerían preaviso para su restitución, y poco antes Guillard¹⁶² había avanzado que los depósitos remunerados producían intereses más o menos elevados en función de la duración del preaviso. Desgraciadamente de nada de esto informa Hip. que no hace otra cosa que denigrar a Calisto como ejemplo de banquero corrupto, pero tampoco habla de las causas de su quiebra.

En todo caso la no devolución de los depósitos era considerada en Roma una actuación especialmente reprensible¹⁶³ sancionada mediante el ejercicio de la *actio depositi* documentada por D. 16.3.7.2 (Ulp. 30 *ad ed.*) y D. 42.5.24.2 (63 *ad ed.*)¹⁶⁴ que implicaba *infamia* según afirma D. 3.2.1 (Jul. 1 *Dig.*). La no devolución de los depósitos era además un hecho particularmente reprobable para los cristianos, pues Plin. *Ep.* 10.96.7 informa que cuidaban mucho su devolución, y el cristiano Hip. dirige su anatema contra Calisto por haber defraudado a viudas y huérfanos que le habían confiado su dinero por su cercanía a Carpóforo (*Ref.* 9.12.1.6). Otra cosa es la calificación dogmática de esta práctica bancaria ¿depósito irregular? ¿mutuo? no resuelta por los juristas clásicos. De la narración de Hip. se deducen varias conclusiones; la primera y evidente es que la utilización de servicios bancarios era frecuente entre los cristianos, y los textos apostólicos (Mateo 25.27; Luc. 19.23) que recogen la parábola de los talentos demuestran que un cliente podía llevar su dinero a un banquero, pero como dice Andreau¹⁶⁵ ni el texto griego de los Evangelios ni sus traducciones latinas anteriores a San Jerónimo, ni el de la *Vulgata*, ponen de acuerdo a los comentaristas cristianos de la Antigüedad tardía en presentar estos negocios como generadores inmediatos de intereses, pero tampoco los excluyen. No acepta Andreau que el depósito irregular comportase intereses en época clásica, y de ser así, siguiendo una hipótesis de Frier, considera que el

¹⁵⁹ J. ANDREAU, *Vie financière*, cit., 536.

¹⁶⁰ En este sentido F. BONIFACIO, *Ricerche sul dep. irreg.*, cit., 149 ss.; W. LITEWSKI, *Figure speciali*, cit., 407.

¹⁶¹ L. MITTEIS, *Trapezitika*, en ZRG 19, 1898, 207, 210.

¹⁶² E. GUILLARD, *Les banquiers atheniens et romains, trapezitai et argentarii*, Paris 1875, 39 y 79 ss.

¹⁶³ W. HELLEBRAND, *Παρακαταθήκη*, cit., 1191 ss.; W. EHRHARDT, *Parakatatheke*, cit., 32 ss.

¹⁶⁴ Vid. el comentario a estos textos de W. LITEWSKI, *Le dépôt irregulier*, cit., 287 ss.

¹⁶⁵ J. ANDREAU, *Vie financière*, cit., 541.

banquero actuaba como un intermediario (“un intermédiaire, un courtier”) entre los que le confiaban su dinero y los concesionarios del crédito, convirtiéndose el banquero en deudor de sus clientes-inversores primarios, lo que admite dos posibles explicaciones; a) el banquero es codeudor del cliente junto a los terceros que han recibido el crédito; b) el banquero es el único acreedor oficial del concesionario del crédito con el dinero del cliente que le ha dado mandato de colocarlo productivamente.

En la quiebra de Calisto aparecen tres sujetos principales: el fundamental, Calisto, del que ya he hablado; Carpóforo, y finalmente la masa de depositantes-acreedores de Calisto. Que los engañados fueran mayormente viudas y huérfanos distorsiona, al decir de Churruca¹⁶⁶, la observación de Hip. al acentuar aquel aspecto denigrante mencionando únicamente aquellos dos grupos de personas, constituyendo las viudas, por su desamparo, un tópico frecuente en los denuestos contra los impíos y los ricos inmisericordes en el Antiguo Testamento¹⁶⁷ y en el Evangelio de San Lucas 18.3-5 al describir el prototipo del juez injusto, en el de San Mateo 23.14 en la polémica contra los abusos de los fariseos, y en general en la literatura cristiana de la época (Herm. *Sim.* 9.25.2; Cypr. *Ep* 52.1.2).

La posición de Carpóforo, salvo la nota de honradez que le otorga Hip. y la persecución de Calisto hasta Ostia, parece algo desdibujada, pero si debiéramos destacar una nota clara es ser el dueño de Calisto. La relación jurídica de Carpóforo y Calisto, como ha visto Churruca permite dos interpretaciones¹⁶⁸, que a mi modo de ver acaso sería mejor decir conjeturas: o bien Carpóforo le había concedido un peculio con instrucciones precisas de emplearlo en negocios bancarios en los que el *dominus* participaba en los beneficios, quizá con el acuerdo de manumitirlo a cambio de una suma de dinero ganada por el esclavo con el peculio¹⁶⁹, o bien podría tratarse de una *praepositio institoria*¹⁷⁰ con la que Carpóforo ponía a Calisto al frente del negocio de banca emprendido por el *dominus* con amplias facultades de gerencia. Ya hemos visto que Hip. no se pronuncia sobre los aspectos jurídicos de la relación Carpóforo-Calisto.

La primera hipótesis me parece rechazable siendo más verosímil la segunda, pues Hip. al informar que los clientes de Calisto se quejaron a Carpóforo de sus impagos, da la impresión que Calisto actuaba autónomamente en base a la *praepositio* de Carpóforo que no controlaba su actuación aunque estaba informado por los clientes defraudados (*Ref.* 9.121.2.5 y 8) de que Calisto no cumplía con al pago corriente de sus obligaciones debido al impago de quienes habían obtenido créditos del banquero, y éste a su vez convirtiéndose en deudor de su depositantes-inversores. Su no intervención en las negociaciones de Calisto viene probada por su lamentación sobre la pérdida de confianza en el esclavo-banquero que había hecho una pésima inversión con el dinero proporcionado por Carpóforo, que declaraba sufrir más por las pérdidas de los depositantes que por la suya propia. Otra prueba de su no intervención es la lamentación de Carpóforo de que los clientes confiaron en Calisto sabedores de su relación entre el honrado Carpóforo y el mal gestor Calisto (la banca en todos los tiempos

¹⁶⁶ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 78.

¹⁶⁷ Vid. textos en J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 78 nt. 88.

¹⁶⁸ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 76.

¹⁶⁹ Sobre el tema vid. I. BUTI, *Autonomia negoziale del servo*, cit., 18 ss.

¹⁷⁰ Vid. sobre la *praepositio institoria* E. WÜNNER, *Contractus*, Köln-Graz 1964, 108 ss.

siempre ha sido un negocio basado en la confianza en sus gestores) que había hecho perder dinero a sus clientes (*Ref. 9,126 φοντίζειν τῶν παραφηκῶν*)¹⁷¹.

Pero no debemos dejar de lado un dato importante del que nada dice Hip.; señala D. 14.3.5.3 (Ulp. 28 *ad ed.*), que cuando un *dominus* hace la *praepositio* de un esclavo para gestionar una actividad comercial, responde por el esclavo mediante el ejercicio por los acreedores de la *actio institoria*¹⁷². Es cierto que Ulp. no precisa si el *servus praepositus* era propio del proponente o era un esclavo ajeno, lo que se explica, como dice Petrucci¹⁷³, porque en su tiempo era indiferente la preposición de un esclavo propio o ajeno (por ejemplo usufructuario) a los fines de la aplicación de la *actio institoria* contra el proponente, y esto ya lo había dicho también Gayo 4.71. Por eso entiendo en este punto muy recortada la narración de Hip. cegado por su odio a Calisto, y pienso que Carpóforo por supuesto lamentaba la pérdida de su inversión, pero considero más probable su temor a verse demandado con la *actio institoria* para responder ante los inversores defraudados: *in solidum eum teneri* (Ulp. eod. 3.1). Esta acción ya era conocida en tiempos de los últimos juristas republicanos (Servio Sulpicio Rufo) ejercitable en determinadas actividades comerciales, y se presenta el problema de saber cuándo se extendió esta *actio* desde otras empresas comerciales (*si quid cum insulario gestum sit, vel eo, quem quis aedificio praeposuit, vel frumento cum emendo*) a otras empresas. Ulp. da a entender que desde los tiempos de Servio la acción debió aplicarse muy pronto a otros supuestos, mencionando (D. eod. 3.2) que Lab. ya la había ampliado a *si quis pecuniis faenerandis, agris colendis, mercaturis redemptorisque faciendis praeposuerit, in solidum eum teneri*, de modo que se puede concluir que se aplicaba también a los negocios de banca¹⁷⁴, y así lo recogerá paladinamente un rescripto de Alejandro Severo (C. 4.25.3) del año 230.

Ya hemos dicho que la época de Cómodo fue de graves turbulencias financieras. Bogaert¹⁷⁵ informa que en esa época debió ser frecuente la quiebra de pequeñas entidades financieras, y en este entorno hay que situar la quiebra de Calisto que no tenía músculo financiero ni capital propio suficiente para pagar sus deudas; dicho en terminología financiera de nuestros días no había previsto en absoluto sus riesgos financieros, ni su banca tenía capital propio para responder, ni había dotado provisiones razonables para ello. Es cierto que tampoco el Estado imponía a la banca de inversión una reserva fraccionaria que cubriera situaciones imprevistas¹⁷⁶; lo que a nivel financiero me lleva a la conclusión que Roma carecía de cualquier tipo de regulación y supervisión bancaria ni de protección a los usuarios de los servicios bancarios salvo la protección procesal que se ejercita siempre *a posteriori*. Evidentemente éstos tenían por vía funda-

¹⁷¹ J. DE CHURRUCÁ, *Quiebra*, cit., 77, señala con razón que no se precisa si esa preocupación era sólo moral o también jurídica, ni qué alcance práctico tuvo.

¹⁷² Sobre el tema vid. con lit. J.J. AUBERT, *Business Managers in Ancient Rome. A social and economic study of "institores"*, London-NewYork-Köln 1994, 7 ss., 55 ss. Cfr. A. WACKE, *Die adjektivischen Klagen im Überblick. I. Von der Reeder- und der Betriebsleiter Klage zu direkten Stellvertretung*, en ZSS 111, 1994, 294 ss.

¹⁷³ A. PETRUCCI, *L'organizzazione*, cit., 106.

¹⁷⁴ En este sentido J.J. AUBERT, *Business Managers*, cit., 7 ss.; A. WACKE, *Die Adjekt. Klagen*, cit., 315; A. PETRUCCI, *L'organizzazione*, cit., 107; add. I. DELIGT, *Legal History and economic History: the case of the "actiones adiecticiae qualitatis"*, en TR 67, 1999, 218 ss.

¹⁷⁵ R. BOGAERT, *Banques et banquiers*, cit., 391 ss.

¹⁷⁶ Cfr. T. PEKÁRI, *Trapeza*, en Die kleine Pauly, 5, 927.

mentalmente pretoria instrumentos para reclamar judicialmente la restauración de sus intereses (derechos) defraudados. También podría decirse que los inversores de Calisto cometieron un error confiándole sus capitales, y en definitiva la quiebra de Calisto puede verse como un error de la acción humana¹⁷⁷ en la asignación de recursos para lograr unos objetivos frustrados por sus erróneas decisiones en la concesión de crédito. Tampoco ni Calisto ni sus inversores se proponían crear con sus decisiones el complejo sistema de intercambios y señales de precios (los intereses que debían pagar los prestatarios) que constituyen una economía de mercado como la que existía en tiempos de Cómodo. Ni el uno ni los otros calibraron sus riesgos, pero este error es más grave en Calisto que como gestor profesional del dinero ajeno estaba obligado a actuar de modo más inteligente y prudente (en nuestros días después del crack del 2007 se exige a la banca una rigurosa información a los clientes de eventuales fracasos financieros que impidan totalmente o mermen sustancialmente la rentabilidad esperada de sus inversiones canalizadas a través de la banca), mientras que los inversores en definitiva lo que pretendían era mejorar su situación económica con las ganancias esperadas.

Sin precisión técnico-jurídica en *Ref.* 9.12.1 Hip. considera fraudulenta la quiebra de Calisto: *ἐξαθανίσσας τὰ πάντα ἠπόρει*, en traducción literal “habiendo malgastado todo se encontraba en dificultades”. Entre los filólogos se discute el alcance y sentido de los dos verbos que aparecen en la frase, porque *αθανίζειν* tiene el significado de hacer desaparecer, malgastar, sustraer¹⁷⁸, y su participio de aoristo seguido de imperfecto¹⁷⁹ *ἐξαθανίσσας* con su prefijo aumentativo con mayor razón apunta a la consunción total del patrimonio o capital invertido por Calisto, absolutamente malgastado que señala el segundo verbo *ἀπορεῖν*: estar en dificultades, estar sin fondos; acaso la traducción latina sería *in inopia esse*, y española “estar en bancarrota”, lo que pone de relieve la imposibilidad de Calisto de pagar a sus acreedores.

Desgraciadamente Hip. no dice nada sobre si los acreedores de Calisto intentaron una acción judicial para reclamar sus créditos, limitándose a decir que al enterarse Carpóforo por otros (cristianos) del impago de Calisto, quiso dirigirse a éste para pedirle cuentas, lo que no pudo realizar por haberse fugado (*Ref.* 9.12.2: *ἔθε ἀπαιτήσιν λόγους παρ’ αὐτοῦ*). Cuando Calisto es apesado en Ostia por Carpóforo y llevado a Roma, deja actuar de nuevo a Calisto al afirmar éste que tenía fondos propios en manos de terceros (*Res.* 9.12.5 *ἔχειν παράτισι χρήματα ἀποκείμενον*), pero tampoco ahora dice nada Hip. sobre los medios jurídicos que hubiera podido utilizar Calisto para recuperar los créditos que anunciaba tener contra sus deudores cristianos (*Ref.* 9.12.7 *ὡς ἐπὶ χρεώστας*) o quizá contra presuntos deudores judíos, enlazando Hip. con la provocación de Calisto a los judíos en la sinagoga que alega extrañamente como una ocasión de Calisto para suicidarse pensando que aquellas provocaciones habrían sido suficientes para que los judíos enfurecidos le dieran muerte (y me pregunto ¿acaso morir como mártir?), que de todas formas Hip. presenta como un nuevo engaño de Calisto. Para Churruca¹⁸⁰ es inverosímil esta explicación de Hip., considerando en cambio que de la noticia puede deducirse con probabilidad que Calisto tenía créditos difíciles de co-

¹⁷⁷ Sobre su importancia en economía vid. L. VON MISES, *Human Action. A treatise on Economics*, New York 1966, y todos los seguidores de la Escuela Austríaca.

¹⁷⁸ W. PAPE, *Griechisch-Deutsches Handwörterbuch*², 1, Braunschweig, 1864-1875, 283 ss.

¹⁷⁹ F.E. SCHWYZER-A. DEBRUNNER, *Griechische Grammatik*², München 1959, 380 s.

¹⁸⁰ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 79.

brar, tal vez como consecuencia de la coyuntura económica, añadiendo con razón que toda la narración de Hip. carece de tecnicismo jurídico en todo lo referente a la quiebra.

Churruca¹⁸¹ afirma que con los datos aportados por Hip. el intento de fuga de Calisto demuestra su temor a que recayesen sobre él las consecuencias de la quiebra, y plantea los siguientes puntos interrogativos: ¿por su simple imprudencia, aunque no hubiese sido fraudulenta? ¿por su condición de esclavo, que le podía hacer temer un castigo duro y jurídicamente incontrolado por su fracaso económico?, y entiende que tal vez resulte difícil concebir históricamente que si Calisto fue responsable por su actuación dolosa en una quiebra fraudulenta, fuese elegido treinta años después obispo de la ciudad en la que habían ocurrido aquellos acontecimientos; sólo le faltó decir ¡cuán flaca es la memoria humana!. Yo entiendo que no pueden concatenarse ambos acontecimientos; desde luego se produjo una quiebra del banco de Calisto, que defraudó a Carpóforo y a sus acreedores, pero no creo que engañara a éstos cuando al ser indultado por Cómodo les dijo que intentaría recuperar dinero de otros clientes; se entiende para poder pagar a quienes habían confiado en él. Creo que no debemos dejarnos llevar por la ferocísima actitud de Hip. contra Calisto que no pierde ocasión de denigrarlo, y hasta Churruca, que no es indulgente con Calisto, señala que Hip. distorsiona los hechos¹⁸². Yo creo que Hip. enmascara gran parte de las fechorías atribuidas a Calisto en su intento de atacarle por razones religiosas de defensa de lo que Hip. entendía la moral social y las convicciones dogmáticas cristianas del momento, y no olvidemos que Hip. tenía que luchar tanto contra las herejías cristianas neonatas como con otras grandes religiones místicas como el sionismo y el panteísmo romano. Incluso me atrevería a decir que lo que me sugiere el odio feroz de Hip. contra Calisto es que Hip. podía haber sido uno de sus clientes cristianos que no habiendo podido recuperar su dinero, aún mantenía su saña contra Calisto treinta años más tarde vituperando que hubiera llegado a alcanzar la máxima dignidad de la Iglesia.

Si la quiebra de Calisto producida entre los años 188 al 190 d.C. (son los años en que Fusciano detentó la *praefectura urbis*) hubiera sido verdaderamente una quiebra dolosa llevando a la ruina a muchos de sus inversores cristianos y judíos, hubiera ocurrido tal como la narra Hip. desde su intolerancia religiosa, sin embargo éste no tiene en cuenta el nuevo clima de convivencia pacífica con los judíos después de la Guerra Judaica del 132 al 135. También sabemos que el emperador Claudio (41-54 d.C.) había sido acusado de filosemitismo, y es cierto que ocurrieron graves momentos de represión (la demolición del templo de Salomón por las tropas de Tito en el 70 y el aplastamiento por Adriano de las revueltas judaicas), pero también es cierto que hubieron épocas de relativa tolerancia con los judíos, y; parece probado que Antonino Pío restableció los privilegios de los judíos; Marco Aurelio y Cómodo habían mejorado su situación en Roma¹⁸³, y frente a explicaciones que pretenden aclarar la quiebra de Calisto desde el ángulo de las confrontaciones religiosas de la época, a mi modo de ver es más convincente una explicación en clave económica que es la que defiendo.

De la narración de Hip. deduzco, descontado su furor antiherético y su odio a Calisto que pone como ejemplo de fomento de la corrupción, que éste realizó inversiones fallidas

¹⁸¹ J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 80.

¹⁸² J. DE CHURRUCA, *Quiebra*, cit., 81.

¹⁸³ A. TORRENT, *Const. Anton.*, cit., 158 s. Está demostrado que en época de Cómodo había varias sinagogas judías en Roma; vid. E.M. SMALLWOOD, *The Jews under Roman Rules*, Leiden 1976, 319 ss.

con los depósitos de sus clientes; su crack financiero debió ser similar al de otros banqueros de aquella época de recesión económica que se vivió durante el reinado de Cómodo; de ser su actividad bancaria tan clamorosa – y dolosa según Hip. – no se explica su brillante carrera eclesiástica posterior a no ser que fuera muy flaca la memoria de quienes apostaron por él, y una persona arruinada no olvida nunca al causante de su desgracia. Debió reunir una cantidad de dinero importante con los depósitos de sus clientes; es probable incluso que prestara más dinero del que tenía en depósito atraído por los succulentos beneficios que esperaba para sí y sus clientes (síntoma claro de su desmedido afán de ganancia pero también de su poca previsión, nulo cálculo del riesgo y carencia de capital propio suficiente para atender el pago a sus inversores), y todo falló, comenzando la cadena de fallos desde que los prestatarios se vieron imposibilitados de restituir los capitales recibidos con sus correspondientes intereses pactados con Calisto, que en mi opinión debió haberlos fijado con tipos elevados. Falló el requerimiento de Calisto a sus deudores judíos cuando se dirigió provocándoles al acudir a la sinagoga donde esperaba encontrar y requerir de pago a algún deudor (*Ref.* 9.12.7: *εσηφάμνος ἐπιέναι ὡς ἐπὶ χρεώστας*), originando un altercado de orden público al impedir a los judíos el ejercicio de su culto¹⁸⁴, sancionado por el prefecto Fusciano con su condena *ad metalla* en las minas de Cerdeña, y desde luego tenía que estar preocupado por su insolvencia, pero no hasta el extremo de intentar suicidarse; en este punto quizá sea exagerada la narración de Hip. sobre sus tentativas de suicidio, hecho reprobable en todas las religiones del Imperio¹⁸⁵ que en el caso de Calisto no debió producirse, pues la tentativa de suicidio estaba castigada con pena de muerte¹⁸⁶, y en ese caso Fusciano¹⁸⁷ hubiera sentenciado su ejecución.

Para terminar voy a tratar de proponer una explicación económica de la quiebra de Calisto. Hip. no duda en presentarla como dolosa; yo sin embargo creo que se debió a una mala decisión de Calisto al conceder crédito a quienes luego no pudieron devolverle ni el capital ni los intereses, con lo que Calisto se vió imposibilitado de atender los requerimientos de sus depositantes-inversores. Si hubiera sido dolosa no habría llegado a ser obispo de Roma, pero aquí caben varias hipótesis: o quienes le encumbraron a esta dignidad no habían sido clientes de Calisto, o si lo fueron habían perdonado su insolvencia, con lo que no debió ser una quiebra tan escandalosa y fraudulenta en el sentido de dolosa como la explica Hip. Es cierto que defraudó la confianza de sus depositantes, pero esto no significa necesariamente que actuara con dolo, sino que la pésima situación económica de la época impidió a los que habían obtenido créditos de Calisto devolverle capital e intereses, viéndose imposibilitado de atender a sus depositantes con la quiebra consiguiente.

¹⁸⁴ J. DE CHURRUGA, *Quiebra*, cit., 82, cree poco probable que el conflicto provocado por Calisto fuera llevado ante el prefecto por tratarse de un conflicto de los clientes de un *argentarius* contra este, dando a entender que se debió a las provocaciones de Calisto impidiendo sus prácticas religiosas en la sinagoga.

¹⁸⁵ Vid. H. von GLASENAPP, *Selbismord*, en T. KLAUSER (hrg.), *Die Religion in Geschichte und Gegenwart*, 5ª ed., Tübingen 1957-1962, V, 1675 s.

¹⁸⁶ Vid. A. TORRENT, s. h. v. en *Diccionario de derecho romano*, Madrid 2005, 1287.

¹⁸⁷ Sobre la jurisdicción penal del *praefectus urbi* vid. E. SACHERS, *Praefectus urbi*, en RE 22.2, 2520 ss.; D. MANTOVANI, *Sulla competenza penale del praefectus urbi*, en A. BURDESE (ed.), *Idee vecchie e nuove sul diritto criminale romano*, Padova 1988, 184 ss.; PEREZ LOPEZ, *Il praefectus urbi*, cit.

La quiebra de la banca de Calisto no fue un hecho aislado en Roma, como tampoco lo es en nuestros días. Pido perdón al lector romanista por lo que voy a seguir diciendo en estas líneas finales, que quizá suene mucho a teoría económica¹⁸⁸, pero desde luego hay ciertas líneas paralelas en la quiebra de Calisto y la quiebra de muchos bancos americanos, y en general del hundimiento del mercado de bonos hipotecarios en USA con el consiguiente terremoto financiero extendido a Europa con la explosión de la burbuja inmobiliaria. Cuando la clase baja y media de Estados Unidos empezó a dejar de pagar sus hipotecas desde mediados del 2006, al principio no se le dió importancia, pero el aumento vertiginoso de la morosidad finalmente llevó a la quiebra y consiguiente liquidación de centenares de bancos americanos pequeños y medianos que se habían lanzado alegremente a conceder préstamo sin sospechar que no llegarían a devolverse,

Es cierto que la concesión masiva de préstamos sucedió en años de bonanza en que se descuidó extraordinariamente el control de riesgos de impago concediendo crédito a los llamados posteriormente *ninjas*: “no income” (sin ingresos), “no asset” (sin patrimonio), “no job” (sin trabajo). Los bancos de inversión compraban millones de esas hipotecas que empaquetaban y volvían a vender a otros bancos e inversores privados en un negocio de varios billones de dólares, y todos ganaron dinero mientras se pagaban las hipotecas (llamadas posteriormente hipotecas basura). No creo que hubiera dolo en los bancos prestamistas, simplemente negligencia en el control de riesgos. El fraude realmente estaba en los grandes bancos de inversión (Goldman Sachs, Citigroup, Salomon Brothers que fue el primero que lanzó al mercado una venta masiva de bonos hipotecarios, Morgan Stanley, Lehman Brothers) que compraban esa deuda, la empaquetaban y vendían a otros bancos, grandes aseguradoras e inversores privados creando un gigantesco mercado de deuda que asombrosamente lograba las mejores clasificaciones (AAA) de las grandes agencias de calificación de riesgos (Standard & Poors; Fitch, Moody’s). Ciertamente es que USA llevaba viviendo desde 1980 tres décadas de crecimiento ininterrumpido, aunque hubo algún susto con el hundimiento de la burbuja tecnológica en 1999, sustituida por la burbuja inmobiliaria hasta el gran crack del 2007 que puso en solfa la eficiencia de los mercados arrastrando a muchos grandes bancos europeos, especialmente el Deutsche Bank y la Union des Banques Suisses. El crack del 2007 trajo el hundimiento del mercado de bonos hipotecarios, que como señala Michael Lewis¹⁸⁹ tenían diferencias con los viejos bonos de empresa y bonos del Estado; un bono hipotecario no se refería a un único préstamo gigantesco por un plazo explícitamente fijado, sino un derecho sobre un flujo de efectivo de un grupo de miles de hipotecas de viviendas individuales, con diferentes tipos de interés según los tramos como se empaquetaba aquella deuda que dió a ganar mucho dinero mientras funcionó el mercado inmobiliario. Cuando se hundió tuvo que intervenir el gobierno USA (excepto en Lehman Brothers que dejó hundir) para salvar a muchos bancos que se vieron imposibilitados de pagar a sus inversores de bonos hipotecarios, produciéndose desde entonces una gran recesión económica causante de un paro creciente, que hoy por hoy es

¹⁸⁸ Advertido que desde hace más de una década he venido dando un curso de “Auditoría de cuentas”, una subrama de la asignatura “Economía financiera y Contabilidad”, para los alumnos de Ciencias Económicas, aparte claro está, de desempeñar mi cátedra de Derecho Romano.

¹⁸⁹ M. LEWIS, *La gran apuesta*, Barcelona 2013, 26 s.

fundamentalmente europea en cuanto USA, la economías más eficiente del mundo, se ha ido recuperando con mayor celeridad.

La quiebra de Calisto no me parece que hubiera sido dolosa, pero sí se le puede achacar negligencia al no examinar escrupulosamente la solvencia de sus clientes ni valorar la penosa situación económica de la época. Las exageraciones de Hip.: su engaño a Carpóforo, viudas y huérfanos <cristianos>, su quiebra que considera fraudulenta, se debe más a su enemistad con Calisto por las desviaciones teológicas que le atribuye y desde luego parece que no le perdonó nunca que llegara a la dignidad de obispo de Roma.

MARIO VARVARO

Legittima difesa, tirannicidio e strategia difensiva
nell'orazione di Cicerone a favore di Milone

ABSTRACT

This paper presents a new analysis of the speech delivered by Cicero on behalf of Milo (*pro Milone*), who had been charged with the murder of Clodius. It suggests that Cicero's defensive strategy aimed from the beginning to get an acquittal on two different grounds. The first one was based on the reasoning that Clodius' murder was committed lawfully in self-defense. The second one was based on the argument that Clodius' killing was in the best interest of the state. Both do not have to be conflicting. Even if the spoken version of the speech achieved just the first aim, the second aim, prevented by the interruption of Cicero's speech due to the screams of the Clodian mob present at the trial, was developed in the written version according to the original plan. It's likely that with the second argument Cicero took at the same time his chance to justify his own former conduct during his consulship against Catilina and to speak for the last time in a public context against his personal enemy, Clodius.

PAROLE CHIAVE

Cicerone; Clodio; *pro Milone*; legittima difesa; tirannicidio; prova retorica.

SOMMARIO: 1. Lo sfondo politico dell'orazione *pro Milone*. 2. Le due versioni della *pro Milone* e il commento di Asconio. 3. Il motivo della legittima difesa. 4. Il tirannicidio compiuto per salvare lo Stato come ulteriore motivo difensivo sviluppato nella *tractatio extra causam*. 5. L'ipotesi di un innesto successivo della *tractatio extra causam* sulla struttura originaria dell'orazione in vista della sua pubblicazione. 6. Un'ipotesi alternativa a quella dell'innesto successivo alla luce dell'impianto complessivo della strategia difensiva elaborata da Cicerone: il significato dell'espressione '*excepta oratio*' nel commento di Asconio. 7. Il rapporto fra i due piani difensivi della *pro Milone* in relazione alla prova retorica. 8. La simmetria delle posizioni di Milone e Clodio, da un lato, e quelle di Cicerone e Catilina, dall'altro, come motivo implicito dell'orazione.

1. Nel 53 a.C., a causa di una serie di continui disordini, a Roma non era stato possibile convocare regolarmente le assemblee popolari per eleggere i magistrati dell'anno successivo. Il mese di gennaio del 52 a.C., per questa ragione, si era aperto senza che fossero stati ancora designati né i consoli né i pretori per quell'anno.¹ Secondo l'antico principio, in base al quale in assenza della suprema carica gli *auspicia* tornavano ai *patres*, il potere sarebbe dovuto trasferirsi nelle mani dei senatori, perché si avvicendassero nella carica di *interrex*. Il tribuno Tito Munazio Planco, manovrato da Pompeo, si oppose però alla convocazione dei senatori per procedere alla nomina del primo *interrex*.² Una serie di presagi funesti lasciò immediatamente capire a quanti erano disposti a credere ai segni inviati dalle divinità che quell'anno che iniziava in un giorno di mercato – circostanza, questa, considerata già come un segno infausto – non prometteva nulla di buono: alcuni lupi furoni visti in città e di notte si udì il flebile ululato dei cani; una statua del dio Marte suddò; un fulmine, vagando per l'intera città, provocò la distruzione delle statue di molti dèi e la morte di alcuni uomini.³

Fu in questo momento particolarmente difficile che il 18 gennaio si incontrarono sulla via Appia, proveniendo da direzioni opposte, due protagonisti della vita politica: Tito Annio Milone⁴ e Publio Clodio Pulcro.⁵ Entrambi avevano presentato la propria candidatura per le elezioni che si sarebbero dovute tenere: Milone al consolato e Clodio alla pretura.

In seguito allo scontro nato fra le bande armate che li accompagnavano Clodio fu truci-

¹ Cfr. Dio Cass., 40.46.3.

² Sul valore di questa violazione dell'antico principio, che non conosceva precedenti nella storia di Roma, v. F. DE MARTINO, *Storia della costituzione romana*, III, Napoli 1958, 156.

³ Obsequ. *de prodig.* 63: *Lupi in urbe visi. Nocturni ululatus flebiles canum auditi. Simulacrum Martis sudavit. Fulmen tota urbe pervagatum pleraque deorum simulacra decussit, homines exanimavit* tell. Cfr. W.J. TATUM, *The Patrician Tribune. Publius Clodius Pulcher*, Chapel Hill-London 1999, 239.

⁴ Su Milone, tribuno della plebe nel 57 a.C. e, verosimilmente, pretore nel 55 a.C., v. [E.] KLEBS, s.v. *Annius*, 67, in PW, I, Stuttgart 1894, coll. 2271 ss.; A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, in JRS 64, 1974, 62 s.

⁵ Su di lui v. G. LACOUR-GAYET, *P. Clodius Pulcher*, in *Revue Historique* 41, 1889, 1 ss.; W. DRUMANN, *Geschichte Roms in seinem Übergange von der republikanischen Zeit zur monarchischen Verfassung, oder Pompejus, Caesar, Cicero und ihre Zeitgenossen nach Geschlechtern und mit genealogischen Tabellen*², II, a cura di P. GROEBE, Leipzig 1902 (rist. Hildesheim 1964), 171 ss.; I. GENTILE, *Clodio e Cicerone. Studio di storia romana*, Pisa 1876; [F.] FRÖHLICH, s.v. *Clodius*, 48, in PW, IV, Stuttgart 1901, coll. 82 ss.; E. MANNI, *L'utopia di Clodio*, in RFIC 68, 1940, 161 ss.; G. GIANNELLI-S. MAZZARINO, *Trattato di storia romana*, I. *L'Italia antica e la repubblica romana*, Roma 1953, 419 s.; F. DE MARTINO, *Storia*, III, cit., 151 ss. Nella letteratura più recente v. W.J. TATUM, *The Patrician Tribune*, cit.; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, Roma-Bari 2008, ove altra bibliografia. Sulla denominazione 'Clodio' in alternativa a 'Claudio' v. *infra*, § 8, nt. 201.

dato insieme ad alcuni degli schiavi del proprio seguito.⁶ Si compiva tragicamente in questo modo la profezia che proprio Cicerone, suo acerrimo nemico, aveva pronunciato qualche anno prima nell'orazione *de haruspicum responsis*,⁷ quando lo aveva indicato come una vittima consacrata a Milone.⁸

Sulla stessa via che portava il nome del suo celebre antenato che l'aveva fatta costruire terminava così la parabola politica di Clodio. Con quella morte violenta, che tante conseguenze avrebbe avuto, calava per sempre il sipario su una delle figure più discusse dell'ultimo secolo della Roma repubblicana. Nell'arroventato clima che opponeva gli ottimati ai popolari, infatti, Clodio aveva contribuito a rendere ancora più tempestosa la già vivace scena popolata da personaggi come Pompeo, Crasso, Cesare, Antonio e Cicerone.⁹ La notizia di quella morte eccellente si propagò anche al di fuori dell'Italia facendo credere che molte cose sarebbero cambiate.¹⁰

Il mese successivo fu emanato un *senatus consultum ultimum* e Pompeo fu nominato *con-*

⁶ Per un quadro di questi fatti v. TH. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, 3. *Von Sullas Tode bis zur Schlacht von Thapsus*⁷, Berlin 1882, 336 s.; W. DRUMANN, *Geschichte Roms*², II, cit. 287 ss.; F. DE MARTINO, *Storia*, III, cit., 155 ss.; K. KUMANIECKI, *Cicerone e la crisi della Repubblica romana*, trad. ital., Roma 1972, 361 ss.; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, cit., 104 ss., nonché *infra*, § 3.

⁷ Questa orazione è datata fra l'aprile e il settembre del 56 a.C.

⁸ Cic., *de har. resp.* 3.6: *Accedit etiam quod, exspectatione omnium, fortissimo et clarissimo viro T. Annio devota et constituta ista hostia* (scil. *Clodius*) *esse videtur* rell. Lo stesso destino era stato profetizzato in una lettera ad Attico del 57 a.C. (Cic., *ad Att.* 4.3.5: ... *occisum iri ab ipso Milone video* rell.).

⁹ Per una valutazione del ruolo di Clodio sulla scena politica romana dell'ultima età repubblicana anche alla luce delle informazioni fornite da Cicerone v. L.G. POCKOCK, *P. Clodius Pulcher and the Acts of Caesar*, in *CIQ* 18, 1924, 59 ss.; ID., *A Note on the Policy of Clodius*, in *CIQ* 19, 1925, 182 ss.; ID., *Pompeius parem*, in *CIPh* 22, 1927, 301 ss.; F.B. MARSH, *The Policy of Clodius from 58 to 56 B.C.*, in *CIQ* 21, 1927, 30 ss.; ID., *The Gangsters in Roman Politics*, *CJ* 28, 1932, 168 ss.; S.L. UTČENKO, *Konsulat Cezarja – tribunat Klodija*, in *Vestnik drevnej istorii* 1961, 34 ss. (n.v.); R.J. ROWLAND JR., *Crassus, Clodius, and Curio in the Year 59 B.C.*, in *Historia* 15, 1966, 217 ss.; E.S. GRUEN, *P. Clodius: Instrument or Independent Agent*, in *Phoenix* 20, 1966, 120 ss.; T. ŁOPOSKO, *Trybunat Publiusza Klodiusza w świetle źródeł i historiografii*, Warszawa 1974 (n.v.); J.-M. FLAMBARD, *Clodius, les collègues, la plèbe et les esclaves. Recherches sur la politique populaire au milieu du I^{er} siècle*, in *MEFRA* 89, 1977, 115 ss.; W.M.F. RUNDLELL, *Cicero and Clodius: The Question of Credibility*, in *Historia* 28, 1979, 301 ss.; H. BENNER, *Die Politik des P. Clodius Pulcher. Untersuchungen zur Denaturierung des Klientelwesens in der ausgehenden römischen Republik*, Stuttgart 1987; F. CASSOLA-L. LABRUNA, in *Lineamenti di storia del diritto romano*², sotto la direzione di M. TALAMANCA, Milano 1989, 348 ss. Altra bibliografia in L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, cit., 114 s., e in E. LEPORE, *La decisione politica e l'auctoritas senatoria: Pompeo, Cicerone, Cesare*, in G. CLEMENTI-F. COARELLI-E. GABBA (a cura di), *Storia di Roma*, II. *L'impero mediterraneo*, 1. *La repubblica imperiale*, Torino 1990, 777 nt. 106; T.P. WISEMAN, *Caesar, Pompey and Rome, 59-50 B. C.*, in J.A. CROOK-A. LINTOTT-E. RAWSON (a cura di), *The Cambridge Ancient History*, IX. *The Last Age of the Roman Republic, 146-43 B.C.*², Cambridge 1994, 368 ss. e 403 ss.; J. SPIELVOGEL, *P. Clodius Pulcher – Eine Politische Ausnahme-Erscheinung der Späten Republik?*, in *Hermes* 125, 1997, 56 ss.

¹⁰ Caes., *bell. gall.* 7.1: *Quieta Gallia Caesar, ut constituerat, in Italiam ad conventus agendos proficiscitur. Ibi cognoscit de Clodii caede [de] senatusque consulto certior factus, ut omnes iuniores Italiae conturarent, delectum tota provincia habere instituit. Eae res in Galliam Transalpinam celeriter perferuntur. Addunt ipsi et adfingunt rumoribus Galli, quod res poscere videbatur, retineri urbano motu Caesarem neque in tantis dissensionibus ad exercitum venire posse. Hac impulsu occasione, qui iam ante se populi Romani imperio subiectos dolerent liberius atque audacius de bello consilia inire incipiunt* rell.

sul sine collega dall'*interrex* Servio Sulpicio Rufo,¹¹ assumendo immediatamente il potere. In questo modo veniva a cadere la possibilità che la candidatura di Milone al consolato avesse successo. A distanza di soli pochi giorni dalla nomina, Pompeo fece approvare alcune leggi con le quali si istituivano nuovi processi caratterizzati da una procedura più breve e pene più aspre. La *lex Pompeia de caede in uia Appia*,¹² in particolare, dava vita a una procedura *extra ordinem* – non priva di profili di illegittimità¹³ – per giudicare i recenti fatti in cui Clodio aveva trovato la morte.¹⁴ Con un'altra legge si reprimeva con valore retroattivo il *crimen ambitus*.¹⁵ Nel mese di marzo Milone fu accusato innanzi alla giuria creata con la legge *de caede in uia Appia*.

¹¹ Cfr. Liv., *per.* 107; Plut., *Pomp.* 54.8; Dio Cass., 40.50.4; Asc., *in Mil.* 37 [CLARK 100-101]; App., *bell. ciu.* 2.23.84. Sulla particolare situazione che si era creata sul piano costituzionale a seguito della violazione del principio della collegialità che caratterizzava il consolato sin dalle sue origini possono consultarsi L. ROSS TAYLOR, *Party Politics in the Age of Caesar*, Berkeley-Los Angeles 1949, 149; F. DE MARTINO, *Storia*, III, cit., 157 ss., con fonti; v. anche E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II. *Dal consolato alla morte (a. 63-43 a. C.)*,² Genova-Roma-Napoli-Città di Castello 1941, 146 s., e la bibliografia ivi citata. Circa la contraddittorietà dell'espressione '*consul sine collega*' v. quanto osservato da T. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, 3⁷, cit., 338, e ivi nt. **.

¹² Sulla cosiddetta *lex Pompeia de caede in uia Appia* v. Cic., *pro Mil.* 15-17; cfr. Asc., *in Mil.* 39 [CLARK 103]: ... *Perlata deinde lege Pompeia, in qua id quoque scriptum erat, ut quaesitor suffragio populi ex iis, qui consules fuerant, crearetur, statim comitia habita, creatusque erat L. Domitius Ahenobarbus quaesitor rell.; Schol. Bob. in pro Mil., arg.* [CLARK 119]: ... *Cn. etiam Pompeius, qui tunc sine collega tertium consulatum gerebat, tulit legem, ut de eadem caede extra ordinem quaereretur rell.* Sul provvedimento v. la bibliografia citata da B. SANTALUCIA, *Diritto e processo penale nell'antica Roma*², Milano 1998, 126 nt. 73.

¹³ Secondo quando sostenuto dal tribuno della plebe Marco Celio (cfr. Asc., *in Mil.* 37 [CLARK 101]), la legge istitutiva della *quaestio* si sarebbe configurata come un *privilegium*, violando così l'antica disposizione delle Dodici Tavole che li vietava. Sul punto v. R.W. HUSBAND, *The Prosecution of Milo. A Case of Homicide with a Plea of Self-Defense*, in *Classical Weekly* 8, 1915, 148; A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 72; W. SCHULLER, *Der Mordprozess gegen Titus Annius Milo im Jahre 52 v. Chr. oder: Gewalt von oben*, in U. MANTHE-J. VON UNGERN STERNBERG (a cura di), *Große Prozesse der römischen Antike*, München 1997, 119; A.R. DYCK, *Narrative Obfuscation, Philosophical topoi, and Tragic Patterning in Cicero's Pro Milone*, in *HStClPh* 98, 1998, 239.

¹⁴ Secondo C. VENTURINI, *Damnatio iudicum. Cinque studi di diritto criminale romano*, Pisa 2008, 127, la qualificazione di procedura *extra ordinem* (impiegata in Cic., *pro Mil.* 14 e negli *Scholia Bobiensia*) indicherebbe che essa, per ragioni di particolare urgenza, si sarebbe dovuta svolgere «nel rispetto del rito accusatorio, con precedenza rispetto all'ordine naturale dei processi, di regola determinato dalla cronologia della *nominis receptio*»; cfr. anche ID., "*Quaestio extra ordinem*", in *SDHI* 53, 1987, 98; ID., *Processo penale e società politica nella Roma repubblicana*, Pisa 1996, 201 ss. Sul punto v. anche B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*², cit., 169 nt. 210. Per G.A. KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World: 300 B.C.–A.D. 300*, Princeton 1972, 231, la particolare procedura della *quaestio* potrebbe essere stata modellata su quella a noi nota dagli oratori attici.

¹⁵ Asc., *in Mil.* 37 [CLARK 100-101]: ... *Inter haec cum crebesceret rumor Cn. <Pompeium> creati dictatorem oportere neque aliter mala civitatis sedari posse, visum est optimatibus tutius esse eum consulem sine collega creati, et cum tractata ea res esset in senatu, facta in M. Bibuli sententiam S. C. Pompeius ab interrege Servio Sulpicio V kal. Mart. mense intercalario consul creatus est statimque consulatum iniiit. Deinde post diem tertium de legibus novis ferendis rettulit: duas ex S. C. promulgavit, alteram de vi, qua nominatim caedem in Appia via factam et incendium curiae et domum M. Lepidi interregis oppugnatam comprehendit, alteram de ambitu: poena graviore et forma iudiciorum brevior rell.* Cfr. anche App., *bell. ciu.* 2.23.87. Sul *crimen ambitus* nell'ultimo secolo dell'età repubblicana v. per tutti B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*², cit., 154 ss.

Il processo a suo carico si aprì il 4 aprile di quello stesso anno.¹⁶ Del collegio difensivo di Milone faceva parte anche Cicerone.¹⁷ L'ultimo dei cinque giorni previsti per lo svolgimento di quel processo, che secondo la legge fatta approvare da Pompeo era destinato alle arringhe finali, l'Arpinate fu l'unico a prendere la parola innanzi al collegio giudicante presieduto da Lucio Domizio Ahenobarbo¹⁸ dopo che per l'accusa avevano parlato Appio Claudio, nipote di Clodio, Marco Antonio, e Publio Valerio Nepote. Nel foro presidiato dalle truppe schierate da Pompeo, che assisteva al processo da lontano, seduto presso il tempio di Saturno,¹⁹ Cicerone si lasciò impaurire non soltanto da quella inusitata presenza delle armi, ma anche dalle urla intimidatorie dei Clodiani, i quali avevano cominciato a disturbare lo svolgimento del processo già nei giorni precedenti.²⁰

Egli, in effetti, si trovava ad affrontare un processo che, oltre a presentare difficoltà dal punto di vista tecnico, si svolgeva in un contesto dichiaratamente ostile all'accusato. Si trattava, infatti, di un processo politico.²¹ Pompeo – che in quel momento dominava incontrastato la scena politica romana – lo aveva voluto per sbarazzarsi di Milone, allo scopo di favorire così i due candidati al consolato da lui personalmente appoggiati:²² Quinto Cecilio

¹⁶ Sulle date del processo v. A.C. CLARK, *The Date of the Trial of Milo*, in *M. Tulli Ciceronis pro T. Annio Milone ad iudices oratio*, Oxford 1895 (rist. anast. Amsterdam 1967), 127 ss.

¹⁷ Il collegio difensivo era composto anche dal fratello gemello della moglie di Milone, Fausto Cornelio Silla, da Quinto Ortensio Ortalo e da altri oratori. Cfr. Asc., in *Mil.* 35 [CLARK 99]: ... *Adfuerunt Miloni Q. Hortensius, M. Cicero, M. Marcellus, M. Calidius, M. Cato, Faustus Sylla* rell.

¹⁸ Asc., in *Mil.* 39 [CLARK 103]: ... *creatusque est L. Domitius Ahenobarbus quaesitor* rell.

¹⁹ Asc., in *Mil.* 41 [CLARK 105-106]: ... *Sedebat eo tempore Cn. Pompeius ad aerarium ... ipse pro aerario ut pridie consedit saeptus delectus manu militum* rell.; *Schol. Bob.* in *pro Mil.*, arg. [CLARK 119]: ... *et non longe praesidens consul ipse Pompeius* rell.; App., *bell. ciu.* 2.24.89. Si legga anche quanto ricordato dallo stesso Cicerone in *de opt. gen. or.* 3.10: *Ita fit ut Demosthenes certe possit summis dicere, elate Lysias fortasse non possit. Sed si eodem modo putant exercitu in foro et in omnibus templis, quae circum forum sunt, collocato dici pro Milone decuisse, ut si de re privata ad unum iudicem diceremus, vim eloquentiae sua facultate, non rei natura metiuntur.*

²⁰ Plut., *Cic.* 35.5; Dio Cass., 4.54.2; Asc., in *Mil.* 31 [CLARK 94]: ... *Quod iudicium cum ageretur, exercitum in foro et in omnibus templis quae circum forum sunt collocatum a Cn. Pompeio fuisse non tantum ex oratione et annalibus, sed etiam ex libro apparet qui Ciceronis nomine inscribitur de optimo genere oratorum*; 42 [CLARK 107] (trascritto *infra*, nel testo); cfr. Quint., *Inst. or.* 2.20.8: ... *Non fortitudinem postulat res eadem, cum saepe contra turbulentas populi minas, saepe cum periculosa potentium offensa, nonnumquam, ut iudicio Miloniano, inter circumfusa militum arma dicendum sit* rell. Per un esame del tema della paura nell'arringa ciceroniana in difesa di Milone v. L. FOTHERINGHAM, *Cicero's Fear: Multiple Readings of Pro Milone 1-4*, in MD 57, 2006, 63 ss., con fonti e bibliografia; v. anche, con particolare riferimento all'*exordium* della Miloniana, A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola: il caso della pro Milone*, in G. PETRONE-A. CASAMENTO (a cura di), *Lo spettacolo della giustizia. Le orazioni di Cicerone*, Palermo 2006, 184 ss.

²¹ Cfr., in questo senso, W. SCHULLER, *Der Mordprozeß gegen Titus Annius Milo*, cit., 123.

²² Da tale punto di vista la *causa* apparteneva al *genus turpe*: v. TH. NÜSSLEIN, *M. Tullius Cicero, Pro T. Annio Milone ad iudices oratio. Mit dem Kommentar des Q. Asconius Pedianus*², Bamberg 1983, 42. L'idea che la condanna di Milone fosse stata voluta da Pompeo può leggersi in Vell. Pat., 2.47.4: *Milonem reum non magis invidia facti quam Pompei damnavit voluntas.*

Metello Pio Scipione²³ e Publio Plauzio Ipseo.²⁴ Cicerone, inoltre, era legato a doppio filo sul piano personale e politico a entrambi i protagonisti dei fatti della via Appia. Con l'assunzione della difesa di Milone egli coglieva un'occasione irripetibile per dire pubblicamente, e forse per l'ultima volta, tutto il male possibile di quel Clodio che era stato l'artefice del suo esilio qualche anno prima.²⁵ Nello stesso tempo Cicerone onorava il debito di gratitudine che aveva contratto nei confronti di Milone. Nell'anno in cui era stato tribuno della plebe (57 a.C.), difatti, Milone aveva contribuito a rendere possibile il ritorno in patria di Cicerone dopo l'esilio.²⁶ Anche in seguito a tale ritorno era stato ancora una volta Milone a difendere Cicerone e la sua casa ricostruita sul Palatino dagli attacchi delle bande clodiane.²⁷

La sentenza di condanna con cui si chiuse il processo²⁸ indusse Milone a rifugiarsi in esilio a Marsiglia per sfuggire alla pena. A Roma egli lasciava debiti per ben settanta milioni di sesterzi e altri processi pendenti, nei quali sarebbe stato condannato *in absentia* per *crimen ambitus*,

²³ Si tratta del Quinto Cecilio Metello Pio Scipione che negli ultimi mesi del 52 a.C. avrebbe ricoperto il consolato insieme a Pompeo, dopo che questi lo aveva esercitato da solo come *consul sine collega* (v. *supra*, nel testo). Nello stesso anno Pompeo diventò suo genero, sposandone la figlia Cornelia Metella, che divenne così la sua quinta moglie. Grazie all'appoggio di Pompeo egli fu assolto dall'accusa di *repetundae* nel processo intentato a suo carico in quell'anno. Nel 63 a.C. Quinto Cecilio Metello Pio Scipione aveva informato il console Cicerone dell'attentato architettato da Catilina. Era stato tribuno della plebe nel 59 a.C., pontefice e probabilmente edile curule nel 57 a.C., pretore nel 55 a.C.

²⁴ Come ricordato da Dio Cass., 40.53.1, Publio Plauzio Ipseo, che era stato questore al seguito di Pompeo, fu condannato in un processo per *pecuniae repetundae* in base alla legge voluta dallo stesso Pompeo. Sul punto v. anche App., *bell. ciu.* 2.24.90; Val. Max., 9.5.3.

²⁵ Al riguardo v. *infra*, § 8. Attacchi diretti contro Clodio si leggono anche in altre orazioni ciceroniane, come per esempio in Cic., *de har. resp.* 20.42-43. Sull'idea che nella *pro Milone* Cicerone non si sia lasciato sfuggire l'occasione di dire l'ultima parola per replicare alle accuse mosse nei suoi confronti nella cosiddetta invettiva di Sallustio contro Cicerone, il cui effettivo autore sarebbe da individuare in Clodio o in un suo accolito, v. J. HEJNIC, *Clodius auctor. Ein Beitrag zur sog. Sallusts Invektive*, in RhM 99, 1956, 255 ss.

²⁶ Cfr. Cic., *sen.* 8.19; 12.30. Sul punto v. [E.] KLEBS, s.v. *Annius*, cit., col. 2271; W. DRUMANN, *Geschichte Roms*, II², cit., 299; K. BÜCHNER, *Cicero. Bestand und Wandel seiner geistigen Welt*, Heidelberg 1964, 252; K. KUMANIECKI, *Cicerone*, cit., 297 s.; A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 62 s.; J.M. MAY, *Cicero's Pro Milone: An Ideal Speech of an Ideal Orator*, in C.W. WOOTEN (a cura di), *The Orator in Action & Theory in Greece & Rome. Essays in Honour of George A. Kennedy*, Leiden 2001, 129; W. STROH, *Cicerone*, Bologna 2010, 71 s. Già poco dopo la partenza da Roma di Cicerone, tuttavia, il tribuno della plebe Lucio Ninnio Quadrato aveva tentato di farlo rientrare in patria facendo votare un senatoconsulto durante un'assenza di Clodio; sul punto v. C. VENTURINI, *L'esilio di Cicerone tra diritto e compromesso politico*, in C. RUSSO RUGGERI (a cura di), *Studi in onore di Antonino Metro*, VI, Milano 2010, 442 s.

²⁷ Gli attacchi alla casa sul Palatino e alla sua persona nel novembre del 57 a.C. sono vivacemente descritti dallo stesso Cicerone in una delle sue lettere ad Attico (Cic., *ad Att.* 4.3.2-3). Sul punto v. W. DRUMANN, *Geschichte Roms*, II², cit., 266 s., con fonti; A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 63 s. Ai meriti di Milone nei propri confronti Cicerone accenna in *pro Mil.* 34-35 e 100.

²⁸ Come ricorda Asc., in *Mil.* 53 [CLARK 116], infatti, dei diciotto senatori che facevano parte della giuria, ben dodici votarono per la condanna, così come tredici dei diciassette cavalieri e tredici dei sedici *tribuni aerarii*: cfr. App., *bell. ciu.* 2.24.90.

per *crimen sodalicioorum*²⁹ e nuovamente per *crimen uis* dalla giuria presieduta da Lucio Fabio.³⁰ Quando ormai era lontano da Roma, Milone apprese con disappunto la notizia che Cicerone aveva costituito una società con un liberto della moglie Terenzia, Filotimo, per acquistare i beni del suo patrimonio, soggetti a *publicatio* e messi in vendita all'asta in seguito alla sua condanna per i fatti della via Appia.³¹

2. L'arringa di Cicerone a favore di Milone³² costituisce una fonte di informazione privilegiata sui fatti di quel celebre processo: sicuramente non la più obiettiva, ma per fortuna neppure l'unica. Al riguardo va ricordato che l'orazione realmente pronunciata da Cicerone non ci è pervenuta direttamente, se non grazie a qualche citazione verosimilmente basata su trascrizioni del discorso annotato da tachigrafi presenti al processo.³³ Tale versione era ancora nota a Quinto Asconio Pediano, che sotto Nerone³⁴ scrisse un commento all'orazione ciceroniana per uno dei suoi figli.³⁵ Lo stesso può ripetersi per Quintiliano, che ne cita un

²⁹ In argomento v. B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*², cit., 155, e ivi nt. 160, con rinvio alle fonti e alla letteratura sul tema.

³⁰ Asc., in *Mil.* 54 [CLARK 116-117].

³¹ Sul punto v. A.C. CLARK, *Introduction*, in *M. Tulli Ciceronis pro T. Annio Milone ad iudices oratio*, cit., xxx, con fonti; A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 76 ss., con indicazione di altra letteratura. Asconio ricorda che per l'enorme quantità dei debiti il patrimonio di Milone fu venduto per un valore corrispondente a una *semuncia*, ossia alla sua ventiquattresima parte (Asc., in *Mil.* 54 [CLARK 117]: ... *Bona eius propter alieni aeris magnitudinem semuncia venierunt* rell.).

³² Oltre all'edizione dell'orazione di A.C. CLARK, *M. Tulli Ciceronis pro T. Annio Milone ad iudices oratio*, cit., da cui sono tratte le citazioni del commento di Asconio e degli *Scholia Bobiensia* (editi da Clark sulla base dell'edizione di Kiessling e Schöll citata alla nt. 34), va tenuta presente quella di P. FEDELI (a cura di), *Cicerone. In difesa di Milone (Pro Milone)*, Venezia 1990, da cui sono tratte le citazioni dell'orazione ciceroniana riferite nel testo e nelle note.

³³ Cfr. E. NARDUCCI, *Processi ai politici nella Roma antica*, Roma-Bari 1995, 81; W. SCHULLER, *Der Mordprozess gegen Titus Annius Milo*, cit., 120; W. STROH, *Cicerone*, cit., 72, nonché *infra*, nel testo. Sull'esistenza di *acta* relativi alle attività processuali, dai quali era possibile estrarre copia, v. J. HUMBERT, *Contribution à l'étude des sources d'Asconius dans ses Relations des Débats Judiciaires*, Paris s.d. (ma 1925), 9 ss., e spec. 56 ss., su cui v. criticamente A.C. CLARK, *Cicero and Asconius*, in *CIR* 41, 1927, 74 ss.; A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 69 nt. 91, e 74 (con riferimento alla *pro Milone*); B.A. MARSHALL, *Excepta Oratio, the Other Pro Milone and the Question of Shorthand*, in *Latomus* 46, 1987, 734.

³⁴ Secondo i filologi Kiessling e Schöll il commento di Asconio alle orazioni ciceroniane può datarsi in base al contenuto di un passo del commento alla *pro Scauro* che potrebbe essere stato scritto solamente fra il 54 e il 57 d.C.: v. Q. *Asconii Pediani orationum Ciceronis quinque enarratio, recensuerunt A. Kiessling et R. Schoell*, Berolini 1875, x.

³⁵ Asc., in *Mil.* 42 [CLARK 107]: ... *Manet autem illa quoque excepta eius oratio: scripsit vero hanc quam legimus ita perfecte, ut iure prima haberi possit*. Cfr. *Schol. Bob.* in *pro Mil.*, arg. [CLARK 119-120]: ... *Sed quoniam et turbulenta res erat et confessa caedes et ad seditionem populus inflammatus et circumpositi iudicio milites, et non longe praesidens consul ipse Pompeius obnixè studens in damnationem Milonis, perferri defensio ista non potuit: nam metu consternatus et ipse Tullius pedem rettulit; et existit alius praeterea liber actorum pro Milone, in quo omnia interrupta et inpolita et rudia, plena denique maximi terroris agnoscas. Sane orationem postea legitimo opere et maiore cura, utpote iam confirmatus animo et in securitate, conscripsit rell.*; Dio Cass., 40.54.2: ... τοῦτον γὰρ τὸν λόγον τὸν νῦν φερόμενον ὡς καὶ ὑπὲρ τοῦ Μίλωνος τότε λεχθέντα χρόνῳ ποθ' ὕστερον καὶ κατὰ σχολὴν ἀναθαρσῆσας ἔγραψε.

frammento come esempio di *reticentia*³⁶ e la chiama ‘*oratiuncula*’.³⁷ Cicerone doveva aver pronunciato a braccio la propria arringa, basandosi su alcune parole chiave che era solito memorizzare³⁸ e sfruttando gli appunti che aveva scritto per i *commentarii defensionis*.³⁹ In ciò egli avrebbe seguito un uso diffuso ai suoi tempi.⁴⁰

Il testo in nostro possesso, invece, è quello rielaborato da Cicerone⁴¹ e forse pubblicato nei primi mesi del 51 a.C.⁴² Come nel caso di altre orazioni ciceroniane, esso fu scritto per fungere da modello nelle scuole di retorica.⁴³ In questa versione all'*exordium* (*pro Mil.* 1-6) seguono la *confutatio* (*pro Mil.* 7-23), la *narratio* (*pro Mil.* 24-31), la *confirmatio* (*pro Mil.* 32-71), la *tractatio extra causam* (*pro Mil.* 72-91), e la *peroratio*, svolta in forma di *commiseratio* (*pro Mil.* 92-105).⁴⁴

³⁶ Quint., *Inst. or.* 9.2.54: Ἀποσιώπεις, quam idem Cicero reticentiam, Celsus obticentiam, nonnulli interruptionem appellant, et ipsa ostendit aliquid adfectus vel irae, ut quos ego – sed motos praestat componere fluctus, vel sollicitudinis et quasi religionis: «An huius ille legis, quam Clodius a se inventam gloriatur, mentionem facere ausus esset vivo Milone, non dicam consule? De nostrum omnium – non audeo totum dicere»: cui simile est in proboemio pro Ctesiphonte Demosthenis.

³⁷ Quint., *Inst. or.* 4.3.17: Unde Ciceroni quoque in prooemio, cum diceret pro Milone, degredi fuit necesse, ut ipsa oratiuncula, qua usus est, patet rell.

³⁸ Cfr. L. LAURAND, *Étude sur le style des discours de Cicéron avec une esquisse de l'histoire du "Cursus"*, Paris 1907, 3; W. STROH, *Cicerone*, cit., 74. In proposito v. Cic., *Brut.* 24.91, dove si afferma che «*pleraeque enim scribuntur orationes habitae iam, non ut habeantur*»; Cic., *Tusc.* 4.25.55: ... *an tibi irasci tum videmur, cum quid in causis acris et vehementius dicimus? cum iam rebus transactis et praeteritis orationes scribimus, num irati scribimus? rell.*

³⁹ Su tale aspetto v. *infra*, nel testo.

⁴⁰ In questo senso v. E. NARDUCCI, *Processi ai politici*, cit., 74 s.; ID., *Cicerone e l'eloquenza romana. Retorica e progetto culturale*, Roma-Bari 1997, 159.

⁴¹ Sulle due versioni della *pro Milone* v. F.H. COLSON, *Cicero, Pro Milone. Edited with Introduction and Notes*, London 1893 (rist. Bristol 1991), xxix-xxxii; J.N. SETTLE, *The Trial of Milo and the Other Pro Milone*, in *TAPhA* 94, 1963, 268 ss.; A.M. STONE, *Pro Milone: Cicero's Second Thoughts*, in *Antichthon* 14, 1980, spec. 88 ss.; B.A. MARSHALL, *Excepta Oratio*, cit., 730 ss.; P. FEDELI, *Cicerone. In difesa di Milone*, cit., 23 ss.; S.M. CERUTTI, *Cicero's Accretive Style: Rhetorical Strategies in the Exordia of the Judicial Speeches*, Lanham-New York-London 1996, 105 ss.; A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., spec. 183 s.

⁴² A giudizio di J. HUMBERT, *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles de Cicéron*, Paris s.d. (ma 1925; rist. Hildesheim-New York 1972), 189 ss., il testo scritto sarebbe stato redatto negli ultimi mesi del 52 a.C.; ma *contra* v. E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II², cit., 155. Secondo M.E. CLARK-J.S. RUEBEL, *Philosophy and Rhetoric in Cicero's "Pro Milone"*, in *RhM* 127, 1985, 72, si potrebbe pensare al settembre del 52 a.C. Per Stone, seguito da D.H. BERRY, *Pompey's legal knowledge – or lack of it: Cic. Mil. 70 and the date of Pro Milone*, in *Historia* 42, 1993, 502 ss., il momento della rielaborazione dell'arringa potrebbe datarsi invece al gennaio del 51 a.C. A giudizio di J.N. SETTLE, *The Trial of Milo*, cit., 273 s., e ivi nt. 15, la pubblicazione deve essere sicuramente avvenuta prima della primavera del 51 a.C., quando Cicerone partì come proconsole per la Cilicia.

⁴³ Sul punto v. E. NARDUCCI, *Processi ai politici*, cit., 76 e 83; R. SCUDERI, *Lo sfondo politico del processo a Verre*, in M. SORDI (a cura di), *Processi e politica nel mondo antico*, Milano 1996, 184 nt. 97, con letteratura; A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 183, e ivi nt. 7; W. STROH, *Cicerone*, cit., 74.

⁴⁴ Sulla particolare intelaiatura dell'arringa, divergente dalle regole tradizionali, nonché sulla sua approvazione

Già Asconio – che non potrebbe sospettarsi di piaggeria nei confronti dell'autore commentato⁴⁵ – la considerava come un modello di perfezione retorica, qualificandola come la più riuscita e la più brillante delle orazioni ciceroniane.⁴⁶ Pure Quintiliano ne tesseva le lodi, giudicandola *pulcherrima* e *nobilissima*.⁴⁷

Questo capolavoro dell'oratoria giudiziaria è stato analizzato da vari punti di vista. Fra gli aspetti considerati ve ne è uno che consentirà di suggerire nelle pagine che seguono una nuova interpretazione in ordine ai rapporti fra i due diversi piani difensivi presenti nella versione scritta. Un rinnovato esame della intelaiatura complessiva dell'orazione e del modo in cui essa risulta costruita sin dalle battute iniziali e coerentemente sviluppata sino al termine dell'arringa, infatti, permette di individuare una strategia difensiva che presenta un profilo di unitarietà. Il discorso, infatti, è impostato su due diversi aspetti della legittima difesa: quella personale,⁴⁸ e quella dello Stato.⁴⁹ La rilettura del testo nel quadro complessivo di altre opere ciceroniane, peraltro, fornisce l'occasione per scorgere nella trama dell'arringa ulteriori motivi che danno a Cicerone la possibilità di intervenire a più riprese, direttamente o indirettamente, come protagonista dei fatti di cui si occupa. Come si avrà modo di vedere, anzi, è possibile ipotizzare che con la stesura di questa orazione l'Arpinate abbia colto l'occasione per giustificare pubblicamente il proprio operato nei confronti di Catilina e dei suoi seguaci.⁵⁰

La linea adottata per difendere Milone dà conto delle scelte che riguardano l'impianto generale dell'intero discorso e condizionano anche la narrazione dei fatti che sta alla base del testo

da parte di Quintiliano v. A. CASAMENTO, *La pro Milone dopo la pro Milone*, in L. CALBOLI MONTEFUSCO (a cura di), *Papers on rhetoric* X, Roma 2010, 44. Secondo J.M. MAY, *Cicero's Pro Milone*, cit., 125 s., anche da questo punto di vista l'orazione rappresenterebbe un modello di perfezione corrispondente a quello delineato da Cicerone nel *De oratore*.

⁴⁵ Così A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 184.

⁴⁶ Asc., in *Mil.* 42 [CLARK 107]: ... *scripsit ... hanc quam legimus ita perfecte, ut iure prima haberi possit*.

⁴⁷ Quint., *Inst. or.* 4.2.25 (dopo aver parlato del posto che nell'orazione deve occupare la *narratio*, se immediatamente dopo l'*exordium* oppure no): *Sed hoc quoque interim mutat condicio causarum, nisi forte M. Tullius in oratione pulcherrima, quam pro Milone scriptam reliquit, male distulisse narrationem videtur tribus praepositis quaestionibus. An profuisset exponere, quo modo insidias Miloni fecisset Clodius, si reum, qui a se hominem occisum fateretur, defendi omnino fas non fuisset, aut si iam praeiudicio senatus damnatus esset Milo, aut si Cn. Pompeius, qui praeter aliam gratiam iudicium etiam militibus armatis cluserat, tmquam adversus ei timeretur?*; 11.3.47 (dove si indica come esempio di *pronuntiatio*, o *actio*, il *principium* dell'orazione a favore di Milone): *Proponamus enim nobis illud Ciceronis in oratione nobilissima pro Milone principium, nonne ad singulas paene distinctiones quamvis in eadem facie tamen quasi vultus mutantur est?* rell. Sulla fortuna della *pro Milone* e sul giudizio espresso già dagli antichi v. A.R. DYCK, *Narrative Obfuscation*, cit., 219 ss.; A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 182; ID., *La pro Milone*, cit., 39 ss., il quale ricorda, fra l'altro, che la *pro Milone* è il testo che conta il numero più alto di citazioni nell'opera di Quintiliano; ID., *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti nelle orazioni ciceroniane. Le citazioni storiche nella pro Milone*, in *ῥπος* N.S. 3, 2011, 140 ss., spec. 143.

⁴⁸ Cfr. *infra*, nel testo, § 3.

⁴⁹ Cfr. *infra*, nel testo, § 4.

⁵⁰ Cfr. *infra*, § 8.

scritto.⁵¹ Essa, infatti, si allontana in alcuni punti dal modo in cui effettivamente si dovettero svolgere le vicende che avevano determinato la morte di Clodio, ora fornendo dati che non corrispondevano a quanto effettivamente accaduto, ora tacendo del tutto o sorvolando su imbarazzanti particolari emersi nel corso del processo, ma incompatibili con la linea difensiva.

Ciò risulta dal confronto con il commento all'orazione scritto da Asconio a distanza di quasi un secolo dalla celebrazione del processo contro Milone, in cui la ricostruzione degli eventi diverge talora da quella dell'orazione commentata.⁵² Per stendere il suo resoconto, difatti, Asconio si era servito direttamente degli *acta* della causa contro Milone⁵³ e aveva consultato alcune opere che purtroppo non ci sono pervenute direttamente.⁵⁴

3. Che la linea principale della strategia difensiva volta a difendere Milone sia imperniata sul tema della legittima difesa personale piuttosto che su quello della difesa dello Stato emerge già dalla lettura delle prime parole dell'orazione. Al termine dell'*exordium*, infatti, l'oratore enuncia a chiare lettere che, servendosi della *inlustratio*,⁵⁵ il suo scopo sarà quello di mostrare agli occhi dei giurati quanto sia evidente che Milone ha ucciso Clodio per salvarsi dall'agguato che gli è stato teso da Clodio:

Cic., *pro Mil.* 6: *Quamquam in hac causa iudices, T. Anni tribunatu rebusque omnibus pro salute rei publicae gestis ad huius criminis defensionem non abutemur. Nisi oculis videritis insidias Miloni a Clodio esse factas, nec deprecaturi sumus ut crimen hoc nobis propter multa praeclara in rem publicam merita condonetis, nec postulari ut, quia mors P. Clodi salus vestra fuerit, idcirco eam virtuti Miloni potius quam populi Romani felicitati adsignetis. Sin illius*

⁵¹ Per una interpretazione della *narratio* nell'ottica della strategia difensiva complessivamente escogitata da Cicerone v. A.R. DYCK, *Narrative Obfuscation*, cit., 222 ss.

⁵² In argomento v. TH. NÜSSLEIN, *Pro T. Annio Milone ad iudices oratio*², cit., 40.

⁵³ A ricordarlo è lo stesso Asconio (v. per esempio Asc., in *Mil.* 44 [CLARK 109]: ... *Acta etiam totius illius temporis persecutus sum* rell.). Sull'uso degli *acta* per la redazione del commento di Asconio Pediano v. M. HUMBERT, *Contribution à l'étude des sources d'Asconius*, cit., 113 ss. Cfr. anche J.S. RUEBEL, *The Trial of Milo in 52 B.C.: a Chronological Study*, in *TAPhA* 109, 1979, 231. Secondo J.W.A. RENNSSEN, *Disputatio de diurnis aliisque Romanorum actis*, Groningae 1857, 22 ss., si tratterebbe degli *acta diurna populi*, e non degli *acta forensia*, come invece sostenuto da W.E.F. LIEBERKÜHN, *De diurnis Romanorum actis*, Vimariae 1840, 4. Contro l'opinione di Renssen (p. 23), secondo cui l'intera orazione ciceroniana in difesa di Milone sarebbe stata annotata in questi atti («Neque igitur mirum gravissimam istam Milonianam breviter totam in *actis* notatam fuisse»), v. M. HUMBERT, *Contribution à l'étude des sources d'Asconius*, cit., 60.

⁵⁴ Cfr. A.C. CLARK, *Introduction*, in *M. Tulli Ciceronis pro T. Annio Milone ad iudices oratio*, cit., ix.

⁵⁵ Cfr. Quint., *Inst. or.* 6.2.32: *Insequitur éváγγελια, quae a Cicerone inlustratio et evidentia nominatur, quae non tam dicere videtur quam ostendere, et adfectus non aliter quam si rebus ipsis intersimus sequentur* rell.; 8.3.62: *Magna virtus res, de quibus loquimur, clare atque, ut cerni videantur, enuntiare. Non enim satis efficit neque, ut debet, plene dominatur oratio, si usque ad aures valet, atque ea sibi iudex, de quibus cognoscit, narrari credit, non exprimi et oculus mentis ostendi*. Altri esempi di *inlustratio* si hanno in Cic., *pro Mil.* 30; 53-54; 72-75. Sul suo impiego nella *pro Milone* può vedersi A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 191 ss.; ID., *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti*, cit., 148 s.; ID., *Apparizioni, fantasmi e altre 'ombre' in morte e resurrezione dello Stato. Fictio, allegoria e strategie oratorie nella pro Milone di Cicerone*, in G. MORETTI-A. BONANDINI (a cura di), *Persona ficta. La personificazione allegorica nella cultura antica fra letteratura, retorica e iconografia*, Trento 2012, 143 ss.

insidiae clariores hac luce fuerint, tum denique obsecro obtestaborque vos, iudices, si cetera amisimus, hoc nobis saltem ut relinquatur, vitam ab inimicorum audacia telisque ut impune liceat defendere.

In questo passo l'Arpinate afferma di non voler abusare dell'argomento che fa leva sui meriti acquisiti da Milone durante il tribunato e su tutte le altre azioni da lui compiute per la salvezza dello Stato. L'enunciazione di questo intento sarà contraddetto, però, nel seguito dell'arringa. Quando nella *tractatio extra causam*, difatti, è ampiamente elaborato il tema difensivo che fa perno sui vantaggi derivanti allo Stato dalla morte di Clodio, l'idea che Milone sia un benefattore dello Stato è accompagnata dal richiamo al suo tribunato.⁵⁶

Nella parte iniziale dell'orazione, tuttavia, a Cicerone preme focalizzare l'attenzione su quello che è apertamente indicato come il punto fondamentale rimesso alla decisione dei giurati, e ribadito più volte come tale nel prosieguo del discorso in difesa di Milone. Lo *status causae*, ossia l'aspetto rimesso all'accertamento dei giurati – quello che i greci chiamavano κρινόμενον⁵⁷ – non era una *quaestio facti*, ma una *quaestio iuris*. Unico compito della giuria sarebbe stato quello di stabilire se l'uccisione fosse avvenuta 'iure' (o 'recte et iure'). È questo il *thema decidendum*, la *res quae uenit in iudicium*.⁵⁸ Cicerone tiene a puntualizzarlo ancora una volta, subito dopo l'*exordium*, per confutare quanto sostenuto dall'accusa, in modo da evitare che i giurati potessero erroneamente pensare che fosse un altro l'oggetto del giudizio:

Cic., pro Mil. 7: Sed ante quam ad eam orationem venio quae est propria vestrae quaestionis videntur ea mihi esse refutanda quae et in senatu ab inimicis saepe iactata sunt et in contione ab improbis et paulo ante ab accusatoribus, ut omne errore sublato rem plane quae veniat in iudicium videre possitis. Negant intueri lucem esse fas ei qui a se hominem occisum esse fateatur. In qua tandem urbe hoc homines stultissimi disputant? Nempe in ea quae primum iudicium de capit vidit M. Horati, fortissimi viri, qui nondum libera civitate tamen populi Romani comitiis liberatus est, cum sua manu sororem esse interfectam fateretur.

In tale ordine di idee è richiamato anche il contenuto del primo capitolo della *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, che fra le altre cose vietava entro la città di Roma ed entro una cerchia di mille passi da essa il porto d'armi a scopo di omicidio e di furto. Poiché il dettato di questa legge si riferiva a chi andasse in giro armato *hominis occidendi furtiue faciendi causa*,⁵⁹ ma non a chi circolasse armato a scopo difensivo, Cicerone precisa che bisognava indagare sulla causa dell'uccisione, e non sull'uccisione in sé. È allora questo il punto principale della

⁵⁶ Cic., *pro Mil.* 94. Sulle possibili ragioni di tale scelta e sui suoi 'effetti collaterali' v. S. TZOUNAKAS, *The Peroration of Cicero's Pro Milone*, in CW 102, 2009, 129 ss., spec. 131 ss.

⁵⁷ Cfr. Cic., *top.* 25.95; *part. orat.* 30.104, da leggere insieme a *Rhet. ad Her.* 1.16.26 e Quint., *Inst. or.* 3.11.4.

⁵⁸ L'espressione 'res quae uenit in iudicium' è impiegata dai giuristi romani dell'età classica per indicare l'oggetto del giudizio anche in relazione all'*agere per formulas*, come risulta da D. 5.1.61 pr. (Ulp. 26 ad ed.): cfr. M. VARVARO, *Ricerche sulla praescriptio*, Torino 2008, 166.

⁵⁹ Cfr. D. 48.8.1 pr. (Marc. 14 inst.); Coll. 1.3.1 (Ulp. 7 de off. proc.); Paul. sent. 5.23.1. In argomento v. per tutti B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*², cit., 146 ss., e ivi nt. 132.

difesa di Milone, che sarebbe stato oggetto di prova. Per tale ragione viene rammentato ai giurati un principio che essi non avrebbero dovuto dimenticare, in base al quale era possibile uccidere legittimamente chi avesse teso un'imboscata.⁶⁰

Sulla stessa linea, e prima di procedere alla *narratio*, Cicerone afferma che con la proposta della legge volta a istituire un tribunale speciale per giudicare quanto accaduto sulla via Appia Pompeo non aveva voluto l'accertamento di un fatto ben noto a tutti, né un'indagine sulla individuazione del suo autore. Milone, infatti, non negava di aver ucciso Clodio. Con la creazione della nuova procedura, dunque, Pompeo avrebbe avuto semplicemente l'intenzione di porre la questione di diritto.⁶¹

La contrapposizione fra momento fattuale, che non è oggetto di accertamento nel giudizio instaurato a carico da Milone, e valutazione sul piano strettamente giuridico, resa retoricamente con il ricorso al chiasmo '*controversia nulla facti*' - '*iuris tamen disceptationem*', serve a indicare esplicitamente il nucleo centrale del processo. Proprio su tale aspetto, e non su altro, i giurati dovranno pertanto concentrarsi. Grazie a questa ulteriore precisazione la descrizione dei fatti che Cicerone si accinge a compiere ha lo scopo di focalizzare l'attenzione dell'intero uditorio esclusivamente sul punto principale intorno al quale ruota l'intera causa.⁶² Ciò è ripetuto incisivamente, ancora una volta, al termine della *narratio*⁶³ e, infine, nella *confirmatio* a proposito della inutilità dell'interrogatorio sotto tortura degli schiavi.⁶⁴

Si capisce bene, dunque, come in tutta l'orazione Cicerone insista sull'aspetto della difesa che mira a dimostrare alla giuria, e cioè sulla individuazione di chi, fra Milone e Clodio, abbia teso un agguato all'altro. Ciò rende conto, come è stato osservato,⁶⁵ del frequente ri-

⁶⁰ Cic., *pro Mil.* 11: *Silent enim leges inter arma nec se exspectari iubent, cum ei qui exspectare velit ante iniusta poena luenda sit quam iusta repetenda. Etsi persapienter et quodam modo tacite dat ipsa lex potestatem defendendi, quae non hominem occidi, sed esse cum telo hominis occidendi causa vetat, ut, cum causa, non telum quaereretur, qui sui defendendi causa telo esset usus, non hominis occidendi causa habuisse telum iudicaretur. Quapropter hoc maneat in causa, iudices; non enim dubito quin probaturus sim vobis defensionem meam, si id memineritis quod oblivisci non potestis insidiatorem interfici iure posse.* Sulla struttura sintattica della prima parte di questo passo v. F.A. PREUSS, *A Note on Cicero Pro Milone 10*, in *The Classical Bulletin* 24, 1947-1948, 34.

⁶¹ Cic., *pro Mil.* 15: *At enim Cn. Pompeius rogatione sua et de re et de causa iudicavit: tulit enim de caede quae in Appia via facta esset, in qua P. Clodius occisus esset. Quid ergo tulit? Nempè ut quaereretur. Quid porro quaerendum erit? factumne sit? At constat. A quo? At paret. Vidit igitur etiam in confessione facti iuris tamen defensionem suscipi posse rell.;* cfr. *pro Mil.* 21 e 23.

⁶² Cic., *pro Mil.* 23: *Quam ob rem, iudices, ut aliquando ad causam crimenque veniamus, si neque omnis confessio facti est inusitata, neque de causa nostra quicquam aliter ac nos vellemus a senatu iudicatum est, et lator ipse legis, cum esset controversia nulla facti, iuris tamen disceptationem esse voluit, et ei lecti iudices, isque praepositus quaestioni qui haec iuste sapienterque disceptet, reliquum est, iudices, ut nihil iam quaerere aliud debeatis nisi uter utri insidias fecerit. Quod quo facilius argumentis perspicere possitis, rem gestam vobis dum breviter expono, quaeso, diligenter attendite.*

⁶³ Cic., *pro Mil.* 31: *... Pompeius de iure, non de facto quaestionem tulit. Num quid igitur aliud in iudicium venit nisi uter utri insidias fecerit? Profecto nihil rell.*

⁶⁴ Cic., *pro Mil.* 57: *... Quid opus est tortore? quid quaeris? Occideritne? occidit. Iure an iniuria? Nihil ad tortorem: facti enim in euleo quaestio est, iuris in iudicio. Quod igitur in causa quaerendum est, id agamus hic rell.*

⁶⁵ Da A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 75.

correre in tutta l'arringa dei termini 'insidiae'⁶⁶ e 'insidiator',⁶⁷ o del verbo 'insidior',⁶⁸ come quando ancora una volta, con una domanda retorica, si allude nuovamente all'idea che non è *iniusta* l'uccisione di chi tenda un agguato o compia una rapina:

Cic., *pro Mil.* 10: *Insidiatori vero et latroni quae potest inferri iniusta nex? rell.*

Il fondamento di questa regola, secondo quanto si troverà ripetuto in alcune fonti giuridiche dell'età classica,⁶⁹ è la stessa natura:

Cic., *pro Mil.* 10: ... *Est igitur haec, iudices, non scripta, sed nata lex, quam non didicimus, accepimus, legimus, verum ex natura ipsa adripuimus, hausimus, expressimus, ad quam non docti sed facti, non instituti sed imbuti sumus, ut, si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset, omnis honesta ratio esset expediendae salutis.*⁷⁰

Cicerone, inoltre, ricorda il caso del soldato Publio Trebonio, divenuto paradigmatico nelle scuole di retorica come esempio di uccisione avvenuta per legittima difesa.⁷¹ Costui, insidiato dal tribuno militare Gaio Lusio, lo aveva ucciso per difendere il proprio onore, ed era stato assolto da Gaio Mario, che pure era zio dell'ucciso (Cic., *pro Mil.* 9).

Il ricorso alla legittima difesa è giustificato con l'impossibilità di aspettare l'intervento dello Stato: poiché il pericolo è imminente, si sarebbe esposti a una *poena iniusta* se esso non fosse neutralizzato tempestivamente (Cic., *pro Mil.* 11).

Come si è già osservato, lungo la linea della legittima difesa personale Cicerone imposta coerentemente sia la *confutatio* degli argomenti addotti dall'accusa (Cic., *pro Mil.* 7-23), sia la *narratio* (Cic., *pro Mil.* 24-31), sia la *confirmatio* (Cic., *pro Mil.* 32-71), diretta a mostrare i *signa* e gli *argumenta* volti a corroborare sul piano probatorio la tesi da lui sostenuta nella

⁶⁶ Cic., *pro Mil.* 6: *insidias Miloni a Clodio esse factas ... sin illius insidiae clariores hac luce fuerint*; 10: *si vita nostra in aliquas insidias, si in vim et in tela aut latronum aut inimicorum incidisset*; 14: *cum inesset in re vis et insidiae*; 23: *uter utri insidias fecerit*; 27: *Miloni insidias conlocaret*; 31: *Insidias factas esse constat ... uter utri insidias fecerit?*; 32: *Quoniam igitur pacto probari potest insidias Miloni fecisse Clodium?*; 88: *ut huic (scil. Miloni) faceret insidias.*

⁶⁷ Cic., *pro Mil.* 10: *Insidiatori vero et latroni quae potest inferri iniusta nex?*; 11: *insidiatorem interfici iure posse*; 19: *insidiator erat in foro conlocatus*; 28: *cum hic insidiator, qui iter illud ad caedem faciendam apparesset*; 30: *insidiator superatus est*; 49: *cum insidiator esset*; 54: *tamen appareret uter esset insidiator.*

⁶⁸ Cic., *pro Mil.* 52: *si insidiaretur.*

⁶⁹ Si consideri, in materia di *damnum iniuria datum*, quanto si legge D. 9.2.4 pr. (Gai. 7 *ad ed. prov.*): ... *nam adversus periculum naturalis ratio permittit se defendere.* In tema di difesa del possesso v. Cl. 8.4.1 (Diocl. et Max., a. 290).

⁷⁰ Questo passo è richiamato dallo stesso Arpinate come esempio di *concinntas* in Cic., *Orat.* 49.165: cfr. A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 189, e ivi nt. 12. Il suo contenuto va confrontato con Cic., *pro Mil.* 30: ... *Sin hoc et ratio doctis et necessitas barbaris et mos gentibus et feris natura ipsa praescripsit ut omnem semper vim quacumque ope possent a corpore, a capite, a vita sua propulsarent rell.* A tale principio si allude, inoltre, in Cic., *de fin.* 4.10.25: *Sed primum positum sit nosmet ipsos commendatos esse nobis primamque ex natura hanc habere appetitionem, ut conservemus nosmet ipsos rell.*

⁷¹ Cfr. Cic., *de inu.* 2.42.124. A questo stesso caso si allude anche, come esempio di pudicizia, in Val. Max., 6.1.12. Sulla fortuna dell'*exemplum* nelle opere successive v. A. CASAMENTO, *La pro Milone*, cit., 53, con fonti.

prima parte dell'orazione. Solamente a questo punto dell'arringa è sviluppato nella *tractatio extra causam* (Cic., *pro Mil.* 72-91) il secondo piano difensivo, secondo cui l'uccisione di Clodio da parte di Milone sarebbe stata necessaria per salvare lo Stato dal pericolo imminente costituito dalla possibilità che Clodio esercitasse la pretura a briglia sciolta (*praetura soluta*), senza che Milone, come console, gli ponesse alcun freno.⁷²

Dopo aver addotto una serie di esempi ben noti a chi lo stava ascoltando, volti a dimostrare come talora l'uccisione di un uomo era sicuramente avvenuta *iure*, Cicerone richiama le disposizioni della legge delle Dodici tavole che consentivano l'uccisione del *fur nocturnus*⁷³ o del *fur diurnus qui telo se defendit*.⁷⁴ Si tratta di una delle tante ipotesi in cui era da ritenersi non solo conforme al *ius (iustum)*, ma addirittura necessario uccidere un uomo per difendersi con la violenza dalla violenza (*cum ui uis inlata defenditur*).⁷⁵ In questi casi – dice Cicerone – sono le leggi stesse a porgere le armi per uccidere.⁷⁶

Poiché la *narratio*, secondo quanto ricordato nel *De oratore*, costituisce la scaturigine di tutto il resto dell'orazione,⁷⁷ e, come sottolinea Quintiliano, deve indicare gli elementi che sa-

⁷² L'immagine ricorre in Cic., *pro Mil.* 34. Cfr. anche Cic., *pro Mil.* 88-89.

⁷³ XII tab. 8.12 [RICCOBONO]: SI NOX FURTUM FAXSIT, SI IM OCCISIT, IURE CAESUS ESTO. Al riguardo può rilevarsi che il versetto in questione va inteso nel senso tradizionale, che è poi quello più rispettoso del dato testuale, da leggersi nel modo più naturale, secondo cui l'ablativo 'IVRE' indica una uccisione del ladro notturno da parte del derubato in conformità al *ius*. A tale riguardo va ricordato che un'ardita interpretazione dell'espressione 'IVRE CAESVS ESTO' è stata proposta di recente da C. PELLOSO, *Studi sul furto nell'antichità mediterranea*, Padova 2009, 182 s. Ad avviso di questo autore, infatti, «Si potrebbe ... intendere 'iure caesus' come un sintagma costituito dal caso ablativo del sostantivo *ius* nell'accezione di 'diritto soggettivo', e 'caesus' quale genitivo del sostantivo *caesus*, segno per 'uccisione sul fatto', sicché la disposizione decemvirale avrebbe avuto il seguente significato: «se un tale ha commesso un furto di notte, qualora il derubato l'abbia ucciso <previa *ploratio*>, ciò (vale a dire il fatto espresso dalla protasi 'si im occisit') sia (nel senso di 'sia considerato posto in essere' o di 'avvenga') nell'esercizio del diritto di uccisione sorto in capo al derubato». Una proposta di questo tipo, tuttavia, comporta talune forzature sul piano sintattico, come la trasformazione della ipotesi prevista nella protasi 'SI IM OCCISIT' in un elemento che fungerebbe da soggetto alla proposizione contenuta nell'apodosi che la segue. Essa, inoltre, si fonda sull'interpretazione del vocabolo 'caesus' come sostantivo equivalente a *caedes* (che pure si forma dal verbo *caedo*), secondo un uso che però non trova alcun riscontro nella lingua delle Dodici Tavole, e che nel vocabolario latino risulta attestato solamente una volta, in caso ablativo, e con significato diverso (cfr. *Thes. linguae Lat.*, III, col. 115, s.v. *caesu*).

⁷⁴ XII tab. 8.13 [RICCOBONO]: LUCI ... SI SE Telo DEFENDIT, ... ENDOQUE PLORATO. Su questi versetti v. per tutti B. SANTALUCIA, *Diritto e processo*², cit., 62 s., con fonti e letteratura.

⁷⁵ Cfr. Cassius *apud* D. 43.16.1.27 (Ulp. 69 *ad ed.*); D. 9.2.45.4 (Paul. 10 *ad Sab.*).

⁷⁶ Cic., *pro Mil.* 9: *Quod si XII tabulae nocturnum furem quoquo modo, diurnum autem, si se telo defenderet, interfici impune voluerunt, quis est qui, quoquo modo quis interfectus sit, puniendum putet, cum videat aliquando gladium nobis ad hominem occidendum ab ipsis porrigi legibus?* rell. Gli *exempla* relativi alla morte di Tiberio Gracco e a quella di Catilina, nei quali l'uccisione era avvenuta legittimamente per salvare lo Stato dal grave pericolo rappresentato da colui che era stato ucciso, riguardano invece il secondo piano difensivo (v. *infra*, § 4 e ivi nt. 90).

⁷⁷ Cic., *de orat.* 2.81.330: ... *Nam ad summam totius causae pertinet, caute an contra demonstrata res sit, quod omnis orationis reliquae fons est narratio.* In argomento v., con specifico riferimento all'orazione in difesa di Milone, K. BÜCHNER, *Cicero*, cit., 256: «das Proömium nimmt den ganzen Verlauf der Rede vorweg. Es ist eine Abbeviatur der Rede. Auch in der Rede wird gezeigt, daß Milo von Clodius überfallen wird, zugleich aber vor allem gegen den Schluß hin immer stärker, ... daß diese Tat *e re publica* war. Wenn Cicero sich entschloß, Milo so zu verteidigen, daß er sagte, Clodius habe ihm einen Hinterhalt gelegt, so verzichtete er darum nicht auf jene andere Verteidigung, die Brutus ausführte.»

ranno oggetto di prova,⁷⁸ Cicerone comincia a tratteggiare a tinte fosche la *persona* di Clodio.⁷⁹ Ciò ha il fine non solo di dimostrare il suo assunto principale, secondo cui egli avrebbe avuto molte ragioni per voler uccidere Milone, ma anche di affermare che Clodio, se fosse stato eletto pretore, avrebbe esercitato la carica in modo eversivo e vessando lo Stato,⁸⁰ con lo scopo deliberato di farlo a brandelli.⁸¹ Già in questa parte dell'orazione, dunque, si trovano elementi che serviranno da base per sviluppare il tema difensivo su cui è fondata la *tractatio extra causam*.

4. Quanto sin qui osservato permette di notare come a partire dalle battute iniziali dell'orazione sia posta in rilievo l'importanza della salvezza dello Stato.⁸² Nella *confutatio*, inoltre, Cicerone ricorda casi in cui è stata considerata lecita l'uccisione di personalità pubbliche che, con il loro comportamento, avevano messo in pericolo la sicurezza della *res publica*. Nel difendere Milone, Cicerone afferma che l'uccisione di Clodio è servita per salvare lo Stato,⁸³ che non po-

⁷⁸ Quint., *Inst. or.* 4.2.55: ... *Omnia denique, quae probatione tractaturi sumus, personam, causam, locum, tempus, instrumentum, occasionem, narrationem delibabimus*. Sulla *narratio* v., più in generale, Quint., *Inst. or.* 4.21 ss., con riferimenti alla *narratio* della *pro Milone* (§§ 57-58).

⁷⁹ Secondo un uso che si riscontra anche in altre orazioni ciceroniane la *narratio* è fatta cominciare anche nella *pro Milone* con il nominativo della persona di cui si narra.

⁸⁰ L'immagine di Clodio che compie atti eversivi a danno dello Stato si legge anche in Cic., *de dom.* 30.79: ... *consulari homini P. Clodius, eversa re publica, civitatem adimere potuit* rell.

⁸¹ Cic., *pro Mil.* 24: *P. Clodius, cum statuisset omni scelere in praetura vexare rem publicam videretque ita tracta esse comitia anno superiore ut non multos mensis praeturam gerere posset, qui non honoris gradum spectaret, ut ceteri, sed et L. Paulum conlegam effugere vellet, singulari virtute civem, et annum integrum ad dilacerandam rem publicam quaereret, subito reliquit annum suum seseque in proximum transtulit, non, ut fit, religione aliqua, sed ut haberet, quod ipse dicebat, ad praeturam gerendam, hoc est ad evertendam rem publicam, plenum annum atque integrum*. Sul punto v. A.R. DYCK, *Narrative Obfuscation*, cit., 223.

⁸² Cfr. quanto notato da K. BÜCHNER, *Cicero*, cit., 255, il quale correttamente osservava che: «... Abgesehen von der Wendung des Anfanges ... steht in diesem Proömium bis hierher in dem Ausmessen der Chancen und der Ermahnung der Richter durchaus die *res publica* im Vordergrund – wie in der Sestiana, wo die Sorge um die Zukunft des Staats den ersten Platz einnahm. Dabei stellt Cicero die Sache so dar, als ob es ausgemacht wäre, daß die Tat des Milo unerläßlich und nützlich für den Staat gewesen wäre.» Sulla contrapposizione fra un Milone rispettoso della legalità e un Clodio che agisce contrariamente alle leggi e ai *iura* v. anche le riflessioni svolte da A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 189.

⁸³ In Cic., *pro Mil.* 30 si sottolinea come Milone, uccidendo Clodio, abbia salvato lo Stato e i cittadini, dapprima con una preterizione (*Nihil dico quid res publica* rell.), e una seconda volta, esplicitamente, con l'affermazione che Milone è nato con il destino di salvare la *res publica* e i cittadini (... *Miloni, qui hoc fato natus est ut ne se quidem servare potuerit quin una rem publicam vosque servaret*). In *pro Mil.* 34 Cicerone sostiene che la pretura di Clodio avrebbe rappresentato un pericolo per lo Stato. In *pro Mil.* 38 si afferma che Milone ha usato la propria *uis* per evitare che Clodio '*vi oppressam civitatem teneret*'. In *pro Mil.* 63 si insiste sul motivo che Milone, uccidendo Clodio, ha liberato la patria (*illius morte patriam liberare voluisse*). In *pro Mil.* 72-73 Cicerone ribadisce ancora una volta che l'uccisione di Clodio ha salvato lo Stato, ed elenca una lunga serie di gravi misfatti da lui compiuti perfino nei confronti dei suoi congiunti. In *pro Mil.* 76 il pericolo rappresentato da Clodio per lo Stato è esemplificato con le nefandezze che egli avrebbe potuto compiere se fosse stato eletto pretore: sono pericoli imminenti (*quae aderant iam et impendebant*), non solo a danno dei Romani, ma anche dei provinciali e delle altre nazioni. L'idea che l'uccisione di Clodio ha significato la salvezza dello Stato ricorre anche in Vell. Pat., 22.47.4: *Quo tempore P. Clodius a Milone candidato consulatus exemplo inutili, facto salutari rei publicae circa Bovillas contracta ex occurso rixa iugulatus est* rell.

teva essere salvaguardato in altri modi.⁸⁴ In questa prospettiva tale uccisione è raffigurata come il momento che ha posto fine a una situazione di anarchia. Rendendo possibile il ripristino della legalità e dell'ordine costituito, la morte di Clodio si è rivelata salutare per lo Stato:

Cic., *pro Mil.* 78: ... *In spem maximam et, quem ad modum confido, verissimam sumus adducti, hunc ipsum annum, hoc summo viro consule, compressa hominum licentia, cupiditatibus confRACTIS, legibus et iudiciis constitutis, salutarem civitate fore rell.*

Si sostiene anzi che Milone, uccidendo Clodio, ha agito come strumento della provvidenza divina per porre fine a un pericolo di fronte al quale le leggi avevano dimostrato la propria impotenza.⁸⁵

Nella *peroratio* si ribadisce che la morte di Clodio era l'unico modo che aveva consentito di eliminare la peste che aveva messo in pericolo la *salus rei publicae*,⁸⁶ e che Milone, perseguendo un ideale elevato, non aveva agito per ottenere premi, ma per liberare la patria dai pericoli.⁸⁷

Anche la catena in cui si intrecciano vari tipi di *exempla* ha lo scopo di includere Milone, già a partire dalla prima parte dell'orazione, fra coloro che, uccidendo un tiranno, hanno salvato lo Stato.⁸⁸ Alcuni di questi esempi – quello di Spurio Melio e quello di Tiberio Grac-

⁸⁴ L'idea è formulata chiaramente in Cic., *pro Mil.* 77. In questo passo si afferma che non è stato possibile salvare altrimenti lo Stato, perché inutile si era rivelato il ricorso a leggi e processi; l'uccisione di Clodio ha consentito il mantenimento dell'ordine giuridico, dell'equità, delle leggi, della libertà, del pudore e della pudicizia; la morte di Clodio, anzi, ha allietato il popolo romano, l'Italia intera e tutte le nazioni.

⁸⁵ Cic., *pro Mil.* 84: ... *Ea vis igitur ipsa quae saepe incredibilis huic urbi felicitates atque opes attulit illam perniciem exstinxit ac sustulit, cui primum mentem iniecit ut vi inritare ferroque lacessere fortissimum virum auderet vincereturque ab eo quem si vicisset habiturus esset impunitatem et licentiam sempiternam*; 88: ... *Aliter perire pestis illa non potuit; numquam illum res publica suo iure esset ultra rell.* In argomento v. A.R. DYCK, *Narrative Obscuration*, cit., 233 ss.; A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 197.

⁸⁶ Cfr. Cic., *pro Mil.* 33.

⁸⁷ Cic., *pro Mil.* 96: ... *Addit haec, quae certe vera sunt, fortis et sapientis viros non tam praemia sequi solere recte factorum quam ipsa recte facta; se nihil in vita nisi praeclarissime fecisse, si quidem nihil sit praestabilius viro quam periculis patriam liberare.*

⁸⁸ Ciò è stato acutamente notato da K. BÜCHNER, *Cicero*, cit., 257 s.: «Steht das eine Motiv im Vordergrund, so ist das andere nicht vergessen: die Widerlegung der gefährlichen Ansicht geschieht nämlich nicht theoretisch, abstrakt dozierend, sondern mit bestimmter Gebärde, die sofort eine suggestive Kette von *exempla* im Gefolge hat. ... In dem Staat, in dem ein Scipio geantwortet hat, Tiberius Gracchus sei zu Recht getötet worden, in dem ein Ahala, ein P. Nasica, ein L. Opimius, ein C. Marius und der Senat unter Cicero doch wirklich nicht für ruchlos galten, weil sie einen Tyrannen niedergeworfen und getötet hatten. Nicht nur der Mythos – der Muttermord des Orest –, sondern auch die XII-Tafeln, die erlauben, jeden Dieb bei Nacht, bei Tag aber den sich mit der Waffe Wehenden zu erschlagen, beweisen, daß es berechnete Tötung gibt. So geht es weiter, und diese Linie führt dann direkt zur angeführten Ableitung des Notwehrrechts aus dem Naturgesetz. Diese Linie ist am Anfang gestört und nicht geradlinig, wo von den Tyrannenmördern gesprochen wird, zumal hier Cicero die historischen Fakten in einem für ihn günstigeren Lichte darstellen müssen ... Der Zweck ist klar. Wie im Proömium wird Milos Tat in die glorreichen Taten der Tyrannenmörder eingereiht.» In senso analogo v. anche M. GIEBEL, *Marcus Tullius Cicero in Selbstzeugnissen und Bilddokumenten*, Hamburg 1977, 74; A. CASAMENTO, *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti*, cit., 145 s.: «Ne consegue che il piano strettamente logico-argomentativo sembra scivolare sotto l'*exemplum* storico, mentre d'altra parte proprio a quest'ultimo risulta affidato il compito delicato di accendere nella mente di

co⁸⁹ – saranno ripresi all’inizio della *tractatio extra causam*.⁹⁰ Altri consentiranno di porre Milone sullo stesso piano di Ahala, di Nasica, di Opimio, di Mario e dello stesso Cicerone, e di affermare, dunque, che lo Stato gli deve gratitudine.⁹¹

Nella stessa prospettiva va considerata la *refutatio* del *praeiudicium* secondo cui già prima del processo il senato si sarebbe pronunciato sull’uccisione di Clodio come atto contrario alla *res publica*.⁹² Essa, insieme alla *refutatio* di altri due possibili argomenti che avrebbero potuto pregiudicare la posizione di Milone, si trova nella parte iniziale dell’arringa. Questa posizione nell’ambito della struttura complessiva dell’orazione si spiega alla luce della volontà di sgomberare subito dal campo uno degli ostacoli che avrebbero potuto indebolire il motivo, ampiamente sviluppato in seguito, secondo cui l’eliminazione di Clodio da parte dell’accusato sarebbe stata compiuta per assicurare la salvezza dello Stato.

Il piano difensivo basato sull’idea per cui l’assassinio di Clodio si sarebbe tradotto in un vantaggio per lo Stato, fra l’altro, si colloca sullo sfondo di una concezione nella quale il tirannicidio è considerato legittimo.

Nel dualismo fra Clodio e Milone – si è notato⁹³ – viene fatto rivivere quello delineato nel *De re publica*⁹⁴ in cui al tiranno che opprime lo Stato è contrapposto il cittadino *bonus, sapiens et peritus utilitatis dignitatisque civilis* che agisce come tutore e amministratore dello Stato (*quasi tutor et procurator rei publicae*).⁹⁵ In una lettera ad Attico del 50

chi giudica il ricordo di eventi critici del passato e di fauste, per quante sommarie, risoluzioni. Il fatto poi che l’ampia gamma di *exempla* presentati vada dalla storia di Orazio agli eventi turbolenti del 63 a.C. non pregiudica la saldezza del ragionamento, anzi in qualche modo la rafforza, in quanto finisce per arruolare in maniera implicita ma ben radicata Milone entro la lista degli esecutori di quelle nobili imprese, le cui gesta nessuno potrebbe considerare se non nella luce più favorevole.»

⁸⁹ Si legga anche il passo in cui Cicerone paragona l’uccisione di Tiberio Gracco da parte di Publio Cornelio Scipione Nasica alla conquista di Numanzia da parte di Scipione l’Africano (Cic., *de off.* 1.22.76: *nec plus Africanus ... in excindenda Numantia rei publicae profuit quam eodem tempore P. Nasica privatus, cum Ti. Gracchum interemit* rel.).

⁹⁰ Cic., *pro Mil.* 72-73. Come osservato da A. CASAMENTO, *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti*, cit., 150, l’efficacia di questo richiamo è affidata all’accostamento di Spurio Melio e di Tiberio Gracco alla figura di Clodio, con il risultato di giudicare «le manovre di quest’ultimo ben più basse e vili dei due antichi sediziosi.»

⁹¹ Cic., *pro Mil.* 83: *Quam ob rem uteretur eadem confessione T. Annius qua Ahala, qua Nasica, qua Opimius, qua Marius, qua nosmet ipsi, et, si grata res publica esset, laetaretur* rel.

⁹² Cic., *pro Mil.* 12: *Sequitur illud quod a Milonis inimicis saepissime dicitur, caedem in qua P. Clodius occisus esset senatum iudicasse contra rem publicam esse factam* rel.

⁹³ Cfr. M. GIEBEL, *Marcus Tullius Cicero*, cit., 74. Sul punto v. anche A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 196.

⁹⁴ Cic., *de re publ.* 2.29.51: *Quare prima sit haec forma et species et origo tyranni inventa nobis in ea re publica, quam auspiciato Romulus condiderit, non in illa, quam, ut perscripsit Plato sibi ipse Socrates [†peripeateto] illo in sermone depinxerit, ut, quem ad modum Tarquinius, non novam potestatem nactus, sed, quam habebat usus iniuste totum genus hoc regiae civitatis everterit; sit huic oppositus alter, bonus et sapiens et peritus utilitatis dignitatisque civilis quasi tutor et procurator rei publicae; sic enim appelletur quicumque erit rector et gubernator civitatis* rel.

⁹⁵ Su questa opposizione v. il contributo specifico di K. BÜCHNER, *Der Tyrann und sein Gegenbild in Ciceros ‘Staat’*, in *Hermes* 80, 1952, 343 ss.; cfr. anche V. SIRAGO, *Tyrannus. Teoria e prassi antitirannica in Cicerone e suoi contemporanei*, in *Rendiconti dell’Accademia di Archeologia, Lettere e Belle Arti di Napoli*,

a.C., del resto, Milone è esplicitamente raffigurato come colui che ha ucciso un tiranno (*τυραννοκτόνος*).⁹⁶

Né può escludersi, come è stato ipotizzato,⁹⁷ che Cicerone avesse già in mente proprio Clodio come modello di tiranno quando cominciò a scrivere il *De re publica* qualche anno prima, benché a quell'epoca Clodio, in quanto tribuno della plebe, non fosse titolare di *imperium*.⁹⁸ Anche la circostanza che Clodio sia descritto nella *pro Milone* come *belua*⁹⁹ e come peste,¹⁰⁰ d'altra parte, contribuisce a rafforzare questa idea, che trova riscontro nella indicazione esplicita del progetto concepito da Clodio per regnare una volta eliminati i nemici.¹⁰¹

La rappresentazione del tiranno come belva dalle sembianze umane ricorre già in

Cic., *de re publ.* 2.26.48: *Simul atque enim se inflexit hic rex in dominatum iniustiore, fit continuo tyrannus, quo neque taetrius neque foedius nec dis hominibusque invisius animal ullum cogitari potest; qui quamquam figura est hominis, morum tamen inmanitate vastissimas vincit beluas.* rell.

Anche nel seguito del trattato si sostiene che la presenza di un tiranno esclude la sussistenza di una *res publica*, in quanto mancano sia il *vinculum iuris* sia il *consensus ac societatis coetus*,¹⁰² ossia due degli elementi che fanno sì che, alla luce della notissima definizione ciceroniana di *res publica* come *res populi*,¹⁰³ postulano che essa sussista quando la *societas* sia tenuta insieme da vincoli di carattere giuridico. Solo quando la *potestas* appartenga al popolo,

ns. 31, 1956, 179 ss.; R. TABACCO, *Il tiranno nelle declamazioni di scuola in lingua latina*, estr. da *Memorie dell'Accademia delle Scienze di Torino, II. Classe di Scienze Morali, Storiche e Filologiche*, Serie V, vol. 9 (1984-1985), 73 ss., con fonti.

⁹⁶ Cic., *ad Att.* 6.4.3.

⁹⁷ Da parte di R. HEINZE, *Ciceros 'Staat' als politische Tendenzschrift*, in *Hermes* 59, 1924, 89. Sul punto v. anche M. GIEBEL, *Marcus Tullius Cicero*, cit., 74, la quale ha osservato che «Der staatspolitische Aspekt, unter dem Cicero den Fall sieht, führt dazu, daß Milo und Clodius zu dem politischen Gegensatzpaar guter Bürger-Tyrann hochstilisiert und an ihnen Gedanken aus *de re publica* verifiziert werden: Milo ist der conservator tanti populi, der Retter eines solch großen Volkes, er wird in eine Reihe gestellt nicht nur mit den griechischen Tyrannenmördern und Freiheitshelden, sondern auch mit den römischen Verteidigern der Republik aus der Vorzeit bis hin zu Cicero selber, dem conservator der Stadt Rom und ihrer Bürger.»

⁹⁸ Come notato da R. HEINZE, *Ciceros 'Staat'*, cit., 89, nt. 4, anzi, sarebbero state pensate proprio in riferimento a Clodio le parole che si leggono in Cic., *de re publ.* 1.44.68.

⁹⁹ Cic., *pro Mil.* 32; 40; 85. Anche nella *pro Sestio* Cicerone parla di Clodio come di una *taetra immanisque belua* (Cic., *pro Sest.* 7.16).

¹⁰⁰ Cic., *pro Mil.* 40 e 88. In Cic., *pro Mil.* 33 sono considerate come '*pestes rei publicae*' le leggi proposte da Clodio. Sull'immagine v. A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 189 s. Anche in Cic., *de dom.* 99 Clodio era stato definito '*Furia atque pestis patriae*': v. F.R. BERNO, *La Furia di Clodio in Cicerone*, in *Boll. Stud. Lat.* 37, 2007, 84 s.

¹⁰¹ Cfr. Cic., *pro Mil.* 43: ... *Quam hoc non credibile est in hoc, quam idem in Clodio non dubitandum, qui se ipse interfecto Milone regnaturum putaret!* rell.

¹⁰² Cic., *de re publ.* 3.31.43: ... *Ergo illam rem populi, id est rem publicam, quis diceret tum cum crudelitate unius oppressi essent universi, neque esset unum vinculum iuris nec consensus ac societas coetus, quod est populus?* rell.

¹⁰³ Cic., *de re publ.* 1.25.39.

infatti, si può dire tecnicamente (*rite*) che vi sia una *res publica* come *res* del *populus*,¹⁰⁴ sicché l'esistenza di un tiranno escluderebbe *in radice* tale possibilità.

Pure nelle opere successive Cicerone sosterrà la liceità del tirannicidio volto a eliminare dal corpo sociale un arto incancrenito. Questa immagine, in particolare, ricorre in un brano del *De officiis* che, con riferimento a Falaride, tiranno di Agrigento, sembra riecheggiare la stessa terminologia adoperata nel *De re publica* nel descrivere il tiranno come una bestia feroce e crudele dalle sembianze umane, con il quale non sussiste alcun vincolo di natura associativa, e che pertanto è *honestum* uccidere:

Cic., *de off.* 3.6.32: *nulla est enim societas nobis cum tyrannis, et potius summa distractio est, neque est contra naturam spoliare eum, si possis, quem est honestum necare, atque hoc omne genus pestiferum atque impium ex hominum communitate exterminandum est. Etenim, ut membra quaedam amputantur, si et ipsa sanguine et tamquam spiritu carere coeperunt et nocent reliquis partibus corporis, sic ista in figura hominis feritas et inmanitas beluae a communi tamquam humanitatis corpore segreganda est.*

Il fondamento della legittimità del tirannicidio allo scopo di preservare la conservazione della società umana, che va tutelata da un male, trova riscontro nella stessa natura, richiamata da Cicerone quale fondamento della legittima difesa.¹⁰⁵ Da questo punto di vista, l'uccisione di un tiranno deve essere considerata come il più bello degli atti che si possano compiere.¹⁰⁶

Il *De officiis* – è noto – fu scritto da Cicerone dopo le celebri idi di marzo in cui Cesare era caduto sotto i colpi dei congiurati.¹⁰⁷ Lo stesso Bruto, subito dopo l'attentato, si era recato nel foro con il pugnale ancora grondante di sangue, invocando a gran voce il nome di Cicerone. Quest'ultimo, che pure approvava il tirannicidio, si rese conto tuttavia che bisognava essere cauti, e due giorni dopo assunse innanzi al senato una posizione che mirava a favorire un

¹⁰⁴ Cic., *de re publ.* 1.32.48. Per questa nozione tecnica di *res publica* in Cicerone, contrapposta a una nozione più ampia che indica invece ogni forma politica organizzata, v. M. VARVARO, *Juris consensus e societas in Cicerone. Un'analisi di Cic., de rep.*, I, 25, 39, in AUPA 45.1, 1998, 451, con fonti.

¹⁰⁵ Già per lo stoicismo il tiranno rappresentava una *belua* che non ha nulla in comune con gli uomini, e che dunque può essere ucciso *honeste*. Su questo aspetto della dottrina stoica, sviluppata da Cicerone nel *De officiis*, v. M.E. CLARK-RUEBEL, *Philosophy and Rhetoric in Cicero's «Pro Milone»*, cit., 60 s. Sul ricorso alla legittima difesa per giustificare il tirannicidio v. S.K. BRINCAT, 'Death to Tyrants: the Political Philosophy to Tyrannicide – Part I', in *Journal of International Political Theory* 4, 2008, 212 ss.; *Part II*, in *Journal of International Political Theory* 5, 2009, 75 ss.

¹⁰⁶ Cic., *de off.* 3.4.19: *Quod potest maius scelus quam non modo hominem sed etiam familiarem occidere? Num igitur se adstrinxit scelere si qui tyrannum occidit quamvis familiarem? Populo quidem Romano non videtur qui ex omnibus praeclaris factis illud pulcherrimum existimat. Cfr. anche Cic., Phil. 2.117: Haec non cogitas, nec intellegis satis esse viris fortibus didicisse quam sit re pulchrum, beneficio gratum, fama gloriosum quam tyrannum occidere?*

¹⁰⁷ La stesura del *De officiis* risale alla seconda metà del 44 a.C. Sui problemi relativi alla datazione della sua composizione v. P. FEDELI, *Il 'De officiis' di Cicerone. Problemi e atteggiamenti della critica moderna*, in ANRW, I. *Von den Anfängen Roms bis zum Ausgang der Republik*, 4, Berlin-New York 1973, 408 ss., con discussione critica delle fonti; nella letteratura più recente v. A.R. DYCK, *A Commentary on Cicero, De Officiis*, Ann Arbor 1996, 8 ss.

accordo fra Antonio e i tirannicidi.¹⁰⁸ In una lettera scritta all'amico Attico il 27 aprile del 44 a.C. Cicerone non nascondeva la propria opinione su quella che considerava come la giusta uccisione di un tiranno, pur temendo di dichiarare pubblicamente che vedeva in quell'evento un momento di rinascita della libertà.¹⁰⁹ Un'allusione all'uccisione di Cesare, che Cicerone accusava di aver sovvertito, come Clodio, tutte le leggi umane e divine,¹¹⁰ si ritrova in

Cic., *de off.* 2.7.23: *Multorum autem odiis nullas opes posse obsistere, si antea fuit ignotum, nuper est cognitum. Nec vero huius tyranni solum, quem armis oppressa pertulit civitas ac paret cum maxime mortuo interitus declarat, quantum odium hominum valeat ad pestem, sed reliquorum similes exitus tyrannorum, quorum haud fere quisquam talem interitum effugit. Malus enim est custos diuturnitatis metus contraque benivolentia fidelis vel ad perpetuitatem.*

Sulla scorta di questi passi si può osservare come la tesi della legittimità del tirannicidio, che pur trovava illustri precedenti nella filosofia greca, di cui Cicerone si faceva interprete, non poteva considerarsi come un argomento sufficientemente solido per sostenere innanzi ai giurati la richiesta di assoluzione di Milone. Nondimeno, tale argomento è impiegato come motivo difensivo nell'arringa, in cui si allude espressamente a Clodio come a un *tyrannus*¹¹¹ che persegue lo scopo di regnare.¹¹² Eliminando Clodio, dunque, Milone ha reso un servizio allo Stato, allietando il popolo romano, l'Italia intera e tutte le nazioni.¹¹³ Cicerone ricorda anche che ad Atene e in altre città greche si tributavano onori ai tirannicidi, come quelli concessi dagli ateniesi ad Armodio e ad Aristogitone per aver liberato la città dalla tirannide dei due figli di Pisistrato, Ippia e Ipparco. Eguali onori, dunque, dovrebbero spettare anche a Milone, che, in quanto *'conseruator tanti populi'*, non dovrebbe avere alcun timore di confessare di aver agito per salvaguardare la libertà di tutti.¹¹⁴

Già nel 63 a.C. Cicerone, nel difendere Gaio Rabirio, accusato di *perduellio* per aver partecipato al movimento di repressione in cui aveva trovato la morte nel 100 a.C. il tribuno della plebe Lucio Apuleio Saturnino, aveva elencato una serie di uomini che con le armi avevano

¹⁰⁸ Sul punto v. W. STROH, *Cicerone*, cit., 117.

¹⁰⁹ Cic., *ad Att.* 14.4.4: *Si licuerit, libertatem esse recuperatam laetabor; non licuerit, quid mihi attulerit ista domini mutatio praeter laetitiam, quam oculis cepi iusto interitu tyranni?*

¹¹⁰ Cic., *de off.* 1.8.26: *Declaravit id modo temeritas C. Caesaris, qui omnia iura divina et umana pervertit propter eum, quem sibi ipse opinionis errore finxerat principatum.*

¹¹¹ Cic., *pro Mil.* 35.

¹¹² Cic., *pro Mil.* 43.

¹¹³ Cic., *pro Mil.* 77.

¹¹⁴ Cic., *pro Mil.* 80: *Huius ergo interfector si esset, in confitendo ab eis poenam timeret quos liberavisset? Graeci homines deorum honores tribuunt eis viris qui tyrannos necaverunt. Quae ego vidi Athenis, quae in aliis urbibus Graeciae! quas res divinas talibus institutas viris, quos cantus, quae carmina! prope ad immortalitatis et religionem et memoriam consecrantur. Vos tanti conservatorem populi, tanti sceleris ultorem non modo honoribus nullis adficietis sed etiam ad supplicium rapi patiemini? Confiteretur, confiteretur, inquam, si fecisset, et magno animo et libenter, se fecisse liberatis omnium causa quod esset ei non confitendum modo verum etiam praedicandum.* Il tema secondo cui al tirannicida spettano premi sarà ripreso nelle declamazioni di scuola dell'età imperiale: cfr. R. TABACCO, *Il tiranno nelle declamazioni di scuola*, cit., 55 s., con fonti.

difeso lo Stato da Saturnino, qualificandoli ‘*custodes gubernatoresque rei publicae*’.¹¹⁵ Rabirio, infatti, aveva compiuto il proprio dovere di cittadino per aver ucciso Apuleio Saturnino, che era stato dichiarato *hostis rei publicae*, così come Cicerone, da console, avrebbe salvato lo Stato da Catilina.¹¹⁶

Il motivo della giustificazione dell’uccisione di Clodio basata sulla difesa dello Stato, peraltro, doveva essere ben presente da tempo a Cicerone. Esso, infatti, si trova già abbozzato nell’orazione di ringraziamento rivolta al senato dopo il suo ritorno dall’esilio, lì dove si accenna all’impossibilità per Milone di contrastare Clodio con gli strumenti della legalità e, pertanto, alla necessità di contrastare la violenza con la violenza, per difendere la proprietà privata, la religione e lo Stato *ab intestino latrocinio*.¹¹⁷

5. La duplicità di versioni dell’orazione ciceroniana in difesa di Milone ha suscitato in quanti si sono occupati di analizzarne la struttura e la coerenza interna una serie di interrogativi. Uno di questi riguarda la possibilità di distinguere le parti originarie del testo, corrispondenti a quelle effettivamente pronunciate nel foro, da quelle che sarebbero state aggiunte solamente in una seconda fase.¹¹⁸

¹¹⁵ Cic., *pro Rab. perd.* 9.26.

¹¹⁶ Cfr. Cic., *pro Rab. perd.* 1.3: *Quam ob rem si est boni consulis, cum cuncta auxilia rei publicae labefactari convellique videat, ferre opem patriae, succurrere saluti fortunisque communibus, implorare civium fidem, suam salutem posteriore salute communi ducere, est etiam bonorum et fortium civium, quales vos omnibus rei publicae temporibus exstitistis, intercludere omnis seditionum vias, munire praesidia rei publicae, summum in consulibus imperium, summum in senatu consilium putare; ea qui secutus sit, laude potius et honore quam poena et supplicio dignum iudicare.*

¹¹⁷ Cic., *sen.* 8.19: *Quid ego de praestantissimo viro T. Annio dicam, aut quis de tali cive satis digen umquam loquetur? Qui, cum videret sceleratum civem aut domesticum potius hostem, si legibus uti liceret, iudicio esse frangendum, sin ipsa iudicia vis impediret ac tolleret audaciam virtute, furorem fortitudine, temeritatem consilio, manum copiis, vim vi esse superandam, primo de vi postulavit; posteaquam ab eodem iudicia sublata esse vidit, ne ille omnia vi posset efficere curavit; qui docuit neque tecta neque templa neque forum neque curiam, sine summa virtute ac maximis opibus et copiis, ab intestino latrocinio posse defendi; qui primus post meum discessum bonis metum, spem audacibus, timorem huic ordini, servitatem depulit civitati.*

¹¹⁸ Cfr. R.W. HUSBAND, *The Prosecution of Milo*, cit., 159; A. BOULANGER, *Notice*, in *Cicéron. Discours. Tome XVII. Pour C. Rabirius Postumus. Pour T. Annius Milon*¹⁰, Paris 1961, 57 ss. Per M. HUMBERT, *Les plaidoyers écrits et les plaidoiries réelles*, cit., 189 ss., il testo scritto sarebbe stato diverso da quello realmente tenuto. In proposito bisogna ricordare che a giudizio di A.M. STONE, *Pro Milone*, cit., 88 ss., spec. 95 s., il testo sarebbe stato rielaborato rispetto a quello pronunciato, e ciò si potrebbe notare soprattutto in relazione alla *tractatio extra causam* (*pro Mil.* 72-91), mentre la parte restante sarebbe rimasta piuttosto fedele a quella ascoltata dalla giuria. Secondo I. GENTILE, *Clodio e Cicerone*, cit., 304, si potrebbe «ammettere che anche il disegno generale e l’ordine degli argomenti fosse conservato, fatta quella differenza che naturalmente è fra un discorso pensato e provato con tranquillo studio, ed uno sbizzato dapprima, ma colorito poi lì sul campo della contesa, nel cospetto dell’avversario, sotto la vigile attenzione del giudice». In senso analogo v. K. KUMANIECKI, *Cicerone*, cit., 365, secondo cui «Per quanto riguarda il corso del ragionamento, la seconda redazione conservatoci mantiene l’argomentazione della orazione effettivamente pronunciata con l’omissione di tutto ciò che nella prima versione era debole». Ad avviso di L. LAURAND, *Étude sur le style*, cit., 6 s., il discorso scritto sarebbe stato piuttosto divergente da quello pronunciato. Le differenze, in effetti, dovevano essere notevoli, almeno se si è disposti a credere all’aneddoto narrato non senza qualche malignità da Cassio Dione, secondo cui Milone, avendo letto la versione scritta dell’orazione inviatagli dall’autore durante il suo

È stato sostenuto, per esempio, che l'atteggiamento di Cicerone nei confronti di Pompeo e dei candidati al consolato da lui appoggiati non sarebbe omogeneo in tutte le parti del discorso.¹¹⁹

Si è anche pensato che la *tractatio extra causam*¹²⁰ sarebbe il risultato di un innesto operato sul tessuto originario dell'arringa solamente in un secondo momento, in vista della pubblicazione del testo scritto, per adattarlo a un mutato contesto politico. Tale convinzione si basa sull'idea che nella *tractatio* sarebbe sviluppata una linea difensiva non solo parallela, ma addirittura incompatibile rispetto a quella che costituisce il filo conduttore del resto dell'orazione, impostato sulla legittima difesa personale.¹²¹ In questa parte dell'orazione, di-

esilio, avrebbe affermato che non avrebbe potuto gustare a Marsiglia triglie così buone se Cicerone l'avesse effettivamente pronunciata così come era stata scritta (Dio Cass., 40.54.3-4). Per l'ostilità di Cassio Dione nei confronti di Cicerone, caratterizzata da un atteggiamento di pregiudizio, v. per tutti F. MILLAR, *Some Speeches in Cassius Dio*, in *Museum Helveticum* 18, 1961, 11 ss., spec. 15 ss. L'idea che le differenze fra la versione pronunciata e quella scritta non devono aver necessariamente riguardato la struttura dell'orazione e l'impianto difensivo generale è stata sostenuta da J.N. SETTLE, *The Trial of Milo*, cit., 272, per il quale «We have no evidence for assuming that the difference between the delivered and the published *Pro Milone* was anything other than stylistic» (così anche p. 280). Alle conclusioni di Settle ha aderito anche G.A. KENNEDY, *The Art of Rhetoric in the Roman World*, cit., 233, secondo cui «The evidence ... does not indicate that the basic treatment of the two speeches differed and the improvement was presumably chiefly a matter of style.» Tuttavia, che l'orazione effettivamente pronunciata da Cicerone nel foro si sia limitata a trattare solamente il tema della legittima difesa personale è attestato da Asconio, il quale dice chiaramente: «*eoque tota oratio eius spectavit*» (v. *supra*, nel testo). V. anche A.R. DYCK, *The "Other" Pro Milone Reconsidered*, in *Philologus* 146, 2002, 182 ss.; L. FOTHERINGHAM, *Cicero's Fear*, cit., 64; A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 183 s.; ID., *La pro Milone*, cit., 40; ID., *Apparizioni, fantasmi e altre 'ombre'*, cit., 155.

¹¹⁹ Così A.M. STONE, *Pro Milone*, cit., 88 ss., il quale ha rilevato che mentre nella prima parte dell'orazione si riscontrano elogi di Pompeo, la seconda parte è ispirata da un atteggiamento di aperta ostilità nei suoi confronti.

¹²⁰ A chiamarla così è lo stesso Cic., *pro Mil.* 92: *Sed iam satis multa de causa, extra causam etiam nimis fortasse multa* rell. Sulle parole che segnano il passaggio a questa parte dell'orazione v. R. CAHEN, *Examens du quelques passages de Pro Milone*, in *REA* 25, 1923, 222 s.

¹²¹ In questo senso v. esplicitamente R.W. HUSBAND, *The Prosecution of Milo*, cit., 158 s.: «In this section of the speech he probably utilized the argument prepared by Brutus. It must be admitted that the introduction of this topic destroys somewhat the unity of the speech, and probably the plea would be more effective if Cicero had given his whole attention to the single argument»; A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 74: «The section of *pro Milone*, ... which uses this argument, is a later addition»; A.M. STONE, *Pro Milone*, cit., spec. 95 s.; D.H. BERRY, *Pompey's legal knowledge – or lack of it*, cit., 502 ss. In proposito ricordiamo che a giudizio di G. BELLARDI, *Introduzione*, in *Le orazioni di M. Tullio Cicerone*, III, *dal 57 al 52 a.C.*, Torino 1975, 32, benché «l'impostazione giuridica dell'orazione effettivamente pronunciata sarà stata la stessa» di quella poi rielaborata da Cicerone in vista della pubblicazione, la *tractatio extra causam* sarebbe «scarsamente pertinente per escludere la responsabilità, per non dire la premeditazione di Milone», che invece costituisce l'asse portante dell'argomento sviluppato nella prima parte dell'orazione. In senso analogo v. anche A. BOULANGER, *Notice*, cit., 57 s.; M.E. CLARK - J.S. RUEBEL, *Philosophy and Rhetoric in Cicero's "Pro Milone"*, cit., 70 s., secondo cui Cicerone si sarebbe reso conto della inadeguatezza della linea difensiva impostata sulla dimostrazione dell'*uter utri insidias fecerit* all'atto della revisione del testo del discorso in vista della sua circolazione fra l'aristocrazia romana nel settembre del 52 a.C.; per questa ragione egli avrebbe valorizzato solo in un secondo momento il tema che era stato invece sviluppato nel discorso immaginario di Bruto in difesa di Milone, basato sull'idea di un'azione compiuta per il bene della comunità in un'ottica ispirata allo stoicismo e conforme alla *naturae ratio* (cfr. Cic., *de off.* 3.5.23: *Neque vero hoc solum natura, id est iure gen-*

fatti, Cicerone mira a convincere i giurati che Milone andrebbe assolto perché, di fronte alla frustrante impotenza delle leggi e dei processi,¹²² l'uccisione di Clodio si sarebbe configurata – lo si è visto¹²³ – come l'unico modo possibile per liberare lo Stato da un pericolo gravissimo e imminente. Con la sua eliminazione, pertanto, Milone avrebbe reso un servizio alla *res publica*, e per questa ragione avrebbe meritato non una punizione, bensì un premio.¹²⁴ Come si è notato, peraltro, nella *tractatio extra causam* Cicerone insiste sui meriti di Milone in contrasto con quanto dichiarato al termine dell'*exordium*.¹²⁵ Si è allora ipotizzato che la parte dell'orazione in cui è presentato questo nuovo argomento, che sarebbe inconciliabile con la linea difensiva sviluppata nella prima parte del discorso e che fa perno sulla legittima difesa personale, sarebbe stato aggiunto all'orazione solo in vista della sua redazione scritta.¹²⁶

In effetti, l'Arpinate avrebbe potuto inserire questa parte dell'orazione dopo aver riflettuto con calma sui contenuti della difesa pensata come esercizio retorico da Marco Bruto – il futuro tirannicida che qualche anno dopo avrebbe partecipato alla congiura in cui trovò la morte Cesare – e poi pubblicata come una sorta di arringa immaginaria in difesa di Milone.¹²⁷

Un'idea del genere sembrerebbe trovare un valido appiglio in quanto scritto da Asconio Pediano. Stando al suo commento, infatti, nel replicare alle accuse formulate durante l'ultimo giorno del processo contro Milone, Cicerone avrebbe rifiutato il modello difensivo adottato da Bruto, secondo il quale Clodio era stato ucciso per il bene dello Stato. Egli avrebbe invece preferito capovolgere la tesi dell'accusa. Non sarebbe stato Milone a tendere un agguato a Clodio per ucciderlo, ma esattamente il contrario:

tium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. Hoc enim spectant leges, hoc volunt, incolumem esse civium coniunctionem; quam qui dirimunt, eos morte, exsilio, vinclis, damno coercent), per giustificare un tirannicidio; v. anche J.M. MAY, *Cicero's Pro Milone*, cit., 130 nt. 19; A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 183 s.; ID., *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti*, cit., 149.

¹²² Si consideri quanto ricordato in Cic., *sen.* 8.19 a proposito del processo *de ui* che era stato tentato da Milone – ma senza successo – contro Clodio.

¹²³ Cfr. *supra*, § 4.

¹²⁴ Cfr. Cic., *pro Rab. perd.* 1.3. Sul punto v. *supra*, § 4, nel testo.

¹²⁵ Cfr. *supra*, nel testo, § 3.

¹²⁶ Si potrebbe trattare, in altri termini, di una di quelle «contraddizioni» interne ai testi oratori di Cicerone quali noi li possediamo che sembrerebbero «derivare proprio da un'irrisolta tensione tra la loro originaria destinazione a un uditorio «immediato» e la successiva rielaborazione che aspirava a raggiungere un pubblico di lettori più vasto e indeterminato»: così E. NARDUCCI, *Pratiche letterarie e crisi della società. Oratoria, storiografia e filosofia nell'ultimo secolo della repubblica*, in G. CLEMENTI - F. COARELLI - E. GABBA, *Storia di Roma*, II, 1, cit., 885.

¹²⁷ Quint., *Inst. or.* 3.6.92-94: [92] *etiam credo aliquando dubitari, quo statu sit utendum, cum adversus unam intentionem plura opponuntur, et sicut in colore dicitur narrationis eum esse optimum, quem actor optime tueatur, ita hic quoque posse dici, eum statum esse faciendum, in quo tuendo plurimum adhibere virium possit orator*; [93] *ideoque pro Milone aliud Ciceroni agenti placuit, aliud Bruto, cum exercitationis gratia componeret orationem, cum ille iure tamquam insidiatorem occisum et tamen non Milonis consilio dixerit, ille etiam gloriatus sit occiso malo cive*: [94] *in coniunctis vero posse duos et tris inveniri, vel diversos, ut si quis aliud se non fecisse, aliud recte fecisse defendat, vel generis eiusdem, ut si quis duo crimina vel omnia neget*; Asc., in *Mil.* 42 [CLARK 106], trascritto nel testo. Sull'uso di pubblicare discorsi mai pronunciati v. E. NARDUCCI, *Processi ai politici*, cit., 78 s.; cfr. ID., *Cicerone e l'eloquenza romana*, cit., 169 s.

Asc., in *Mil.* 42 [CLARK 106-107]: ... *Respondit his unus M. Cicero: et, cum quibusdam placuisset ita defendi crimen, interfici Clodium pro re publica fuisse (quam formam M. Brutus secutus est in ea oratione, quam pro Milone composuit et edidit, quasi egisset), Ciceroni id non placuit, quasi qui¹²⁸ bono publico damnari, idem etiam occidi indemnatus posset. Itaque, cum insidias Milonem Clodio fecisse posuissent accusatores, quia falsum id erat – nam forte illa rixa commissa fuerat –, Cicero adprehendit et contra Clodium Miloni fecisse insidias disputavit, eoque tota oratio eius spectavit.* rell.

Nella stessa direzione potrebbe spingere anche quanto si dice in

Quint., *Inst. or.* 3.6.92-93: [92] *etiam credo aliquando dubitari, quo statu sit utendum, cum adversus unam intentionem plura opponuntur, et sicut in colore dicitur narrationis eum esse optimum, quem actor optime tueatur, ita hic quoque posse dici, eum statum esse faciendum, in quo tuendo plurimum adhibere virium possit orator; [93] ideoque pro Milone aliud Ciceroni agenti placuit, aliud Bruto, cum exercitationis gratia componeret orationem, cum ille iure tamquam insidiatorem occisum et tamen non Milonis consilio dixerit, ille etiam gloriatus sit occiso malo cive* rell.

Dalla lettura di questi passi si potrebbe allora trarre il convincimento che, pur essendo contrario a basare la difesa di Milone sul motivo difensivo adottato da Bruto quando pronunciò il discorso nel foro, Cicerone lo abbia successivamente ritenuto meritevole di sviluppo nella versione scritta dell'orazione che intendeva pubblicare.

6. Accanto a questa spiegazione, tuttavia, è possibile suggerirne anche un'altra. Una diversa chiave di lettura dell'orazione, infatti, consentirebbe di interpretarne l'intero impianto difensivo in un'ottica unitaria. Una prospettiva del genere eviterebbe di costringere a ipotizzare che la parte in cui viene sviluppato il tema dei benefici derivanti allo Stato dalla morte di Clodio non sarebbe stata pensata da Cicerone sin dal momento in cui cominciò a elaborare la difesa di Milone, ma sarebbe solamente il frutto di un innesto successivo, più o meno riuscito, sul tessuto originario dell'orazione.

Il riesame di alcuni elementi, come si vedrà, induce a ritenere che il doppio movimento argomentativo, pur presente nel disegno della difesa originariamente concepita da Cicerone, non sia stato sviluppato completamente nell'arringa realmente pronunciata nel foro perché egli fu interrotto nella sua *performance* difensiva dalle grida dei Clodiani.¹²⁹ Secondo quanto si è ricordato,¹³⁰ infatti, già nei giorni precedenti essi avevano disturbato lo svolgimento del processo, rendendo necessario che l'interrogatorio dei testimoni si svolgesse sotto il presidio di un drappello di soldati per assicurare il silenzio del pubblico presente nel foro.¹³¹ In tale ordine di idee potrebbe interpretarsi il testo di

¹²⁸ Altri editori hanno proposto di leggere qui: ... *placuit, <ut> quisquis bono publico damnari* rell.

¹²⁹ Cfr. *supra*, nt. 118.

¹³⁰ Cfr. *supra*, nel testo, § 1.

¹³¹ Cfr. Asc., in *Mil.* 41 [CLARK 105]. Si leggano anche Dio Cass., 40.54.2-3; Plut., *Cic.* 38.

Asc., in *Mil.* 42 [CLARK 107]: ... *Cicero cum inciperet*¹³² *dicere, exceptus <est> acclamatione Clodianorum, qui se continere ne metu quidem circumstantium militum potuerunt. Itaque non ea qua solitus erat constantia dixit. Manet autem illa quoque excepta eius oratio: scripsit vero hanc quam legimus ita perfecte, ut iure prima haberi possit.*

Benché si sia sostenuto che in questo passo l'aggettivo 'excepta' che qualifica 'oratio' sia da intendere in un senso diverso dal verbo *excipio* impiegato poco prima, e che l'espressione 'exceptio oratio' andrebbe qui letta nel senso di 'orazione stenografata',¹³³ la circostanza che tale espressione sia preceduta dal pronome 'illa' induce a pensare che Asconio si stesse riferendo a quanto detto poco prima, ossia all'interruzione causata dalle grida dei Clodiani.¹³⁴

¹³² Modifichiamo così, per ragioni sintattiche, il verbo 'incipere' presente – probabilmente per un errore di stampa – nell'edizione di A.C. CLARK, *M. Tulli Ciceronis pro T. Annio Milone ad iudices oratio*, cit., 107.

¹³³ A una versione stenografata di questa orazione pensava M. HUMBERT, *Contribution à l'étude des sources d'Asconius*, cit., 61 e 63 s.; ID., *Les plaidoyers écrits*, cit., 261, nt 1. Nello stesso senso v. E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II², cit., 150; K. BÜCHNER, *Cicero*, cit., 254, per il quale l'espressione 'excepta oratio' avrebbe il significato di «sténographische aufgenommen Rede»; A.R. DYCK, *The "Other" Pro Milone Reconsidered*, cit., 183, secondo cui nel passo di Asconio l'espressione dovrebbe intendersi come «taken down by stenographers at the trial»; TH. NÜSSLEIN, *Pro T. Annio Milone ad iudices oratio*², cit., 65, che rende la frase latina di Asconio 'Manet autem illa quoque excepta eius oratio' con «Aber auch diese Rede wurde mitsténographiert und ist erhalten». Contro l'obiezione di Marshall (per cui v. nt. seguente), secondo cui tale idea non potrebbe accettarsi in quanto lo sviluppo dello stenografia risulterebbe attestato solamente a partire dalla prima età imperiale, è stato rilevato da parte di J.N. SETTLE, *The Trial of Milo*, cit., 276 s., che già nel 52 a.C. doveva esistere un sistema stenografico che consentisse di registrare parola per parola un intero discorso, ma che sarebbe arduo, ciò nonostante, sostenere che l'*excepta oratio* conosciuta da Asconio fosse la versione stenografata dell'arringa pronunciata da Cicerone innanzi alla giuria. In proposito M. HUMBERT, *Les plaidoyers écrits*, cit., 161, nt. 1, ha addotto alcune fonti (Cic., *pro Sulla* 14.41; Suet., *Caes.* 55; Quint., *Inst. or.* 7.2.24) per sostenere che la pratica stenografica, benché basata su 'méthodes défectueuses', fosse già impiegata alla fine dell'epoca repubblicana. Sul punto v., cautamente, A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 183; ID., *La pro Milone*, cit., 47, secondo il quale «è molto probabile che ancora nel primo sec. d.C. si leggesse un resoconto, frutto del lavoro di tachigrafi, che riproduceva la versione effettivamente pronunciata.» Sull'origine dell'uso della stenografia a Roma può consultarsi A. MENTZ, *Die Entstehungsgeschichte der römischen Sténographie*, in *Hermes* 66, 1931, 369 ss., con fonti e bibliografia. Per il significato del verbo latino 'excipio' impiegato nel senso di 'scrivere in forma abbreviata' v. Suet., *Vitae Caes.*, *Titus*, 8.3.2: *notis quoque excipere velocissime solitum*: cfr. AE. FORCELLINI, *Lexicon totius Latinitatis*, II, 213, s.v. *excipio*; OLD, I, Oxford 1968, 635, s.v. *excipio*, sub 6; e con particolare riferimento all'attività dei tachigrafi v. *Thes. linguae Lat.*, V.2, Lipsiae 1931-1953, s.v. *excipio*, sub II,2, c, col. 1253, dove è richiamato anche questo passo del commento di Asconio alla *pro Milone*.

¹³⁴ In questo senso v. B.A. MARSHALL, *Excepta Oratio*, cit., 735: «Excipere can, of course, mean "to take down in shorthand", but Asconius' phrase should not be interpreted in that way and used as evidence that the delivered speech *Pro Milone* was taken down in full and that shorthand therefore existed at that time. The passage of Asconius quoted earlier states that Cicero was *exceptus* ("interrupted") by the shouting of the Clodian supporters, and a few lines later that a version of this *excepta oratio* ("interrupted speech") still remained in his own day. The phrase cannot be used one way or the other to suggest that shorthand existed, and it says nothing about how full a version of the delivered speech was in circulation.» Secondo A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 74, invece, «Cicero may have made a mistake in taking on his barrackers and lost the rhythm and impetus of his speech, he may have been frequently inaudible, but the brevity of the written record is no reason to think that he gave up before his time ran out.»

In senso analogo sarebbe da interpretare pure il termine ‘*oratiuncula*’ usato da Quintiliano,¹³⁵ che dovrebbe intendersi non già in senso dispregiativo, ma, più semplicemente, come diminutivo di *oratio*.¹³⁶

A tale proposito va richiamato il brano degli *Scholia Bobiensia* in cui si rammenta che Cicerone non poté portare a termine la difesa di Milone:

Schol. Bob. in pro Mil., arg. [CLARK 119-120]: *Sed quoniam et turbulenta res erat et confessa caedes et ad seditionem populus inflammatus et circumpositi iudicio milites, et non longe praesidens consul ipse Pompeius obnixè studens in damnationem Milonis, perferri defensio ista non potuit: nam metu consternatus et ipse Tullius pedem rettulit; et existit alius praeterea liber actorum pro Milone, in quo omnia interrupta et inpolita et rudia, plena denique maximi terroris agnoscas. Sane orationem postea legitimo opere et maiore cura, utpote iam confirmatus animo et in securitate, conscripsit rell.*

La nuova chiave di lettura che è possibile proporre, peraltro, troverebbe conforto nell’analisi di altre orazioni ciceroniane in cui la strategia difensiva è articolata in due mosse. In proposito è stato notato, infatti, che anche nella *pro Archia* e nella *pro Quinctio*, così come nella *pro Milone*, è possibile scorgere una struttura nella quale a una tesi imperniata su un argomento strettamente giuridico è fatto seguire un ulteriore argomento in base al quale, anche se il primo argomento non dovesse rivelarsi efficace, la decisione dovrebbe essere in ogni caso a favore del cliente assistito da Cicerone.¹³⁷

Accanto a questi esempi va ricordata l’orazione pronunciata a favore dell’attore comico Roscio, nella quale l’Arpinate, dopo avere svolto in via principale gli argomenti diretti a rintuzzare le accuse sul piano squisitamente tecnico-giuridico per fare assolvere il proprio cliente (*oratio necessaria*), sviluppa un secondo argomento difensivo (*oratio uoluntaria*).¹³⁸

Se ci si pone da un analogo punto di vista, è allora possibile individuare anche nell’arringa in difesa di Milone due argomenti fra loro intimamente correlati: il primo, strettamente giuridico, diretto a dimostrare ai giurati che Milone ha dovuto uccidere Clodio per difendersi dall’agguato che costui gli aveva teso sulla via Appia con premeditazione; il secondo, di ispirazione stoica, basato invece sulla difesa dei cittadini e dello Stato intero dal pericolo che Clodio avrebbe certamente rappresentato se fosse riuscito a realizzare i suoi piani politici.

¹³⁵ Quint., *Inst. or.* 4.3.17, riferito *supra*, § 2, nt. 37.

¹³⁶ D’altra parte è lo stesso Cicerone a impiegare questo termine riferendosi all’orazione *pro Deiotaro*, il cui testo era breve, in Cic., *ad fam.* 9.12.2: *oratiunculam pro Deiotaro, quam requirebas, habebam mecum, quod non putaram: itaque eam tibi misi rell.*

¹³⁷ Così P. CRAIG, *The Structural Pedigree of Cicero’s Speeches Pro Archia, Pro Milone, and Pro Quinctio*, in *ClPh* 80, 1985, 136 s., il quale ha rilevato che un’analogo struttura argomentativa sarebbe già individuabile in Gorgia, in Antifonte, in Lisia e nel *corpus* demostenico.

¹³⁸ In argomento v. M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote, I. La formula dell’actio rei uxoriae*, Torino 2006, 94 s.

7. L'interpretazione appena suggerita va inquadrata nella più ampia cornice di una valutazione dell'orazione ciceroniana che tenga conto del tipo di prova retorica, intesa come prova globale, che caratterizzava il processo delle *publicae quaestiones*.¹³⁹ In tale forma di processo, infatti, scopo dell'oratore era quello di convincere (*persuadere*) i giurati che avrebbero dovuto emanare il verdetto della verosimiglianza della propria tesi, da considerare nel suo complesso come sintesi di *signa*, *argumenta* ed *exempla*.¹⁴⁰

Non va dimenticato che destinatari dell'arringa non erano, come oggi, giudici che avrebbero dovuto emettere un verdetto fondato esclusivamente sulle prove acquisite nel corso del processo e valutate secondo un insieme di regole puntualmente disciplinate dalla legge.¹⁴¹ I giurati che formavano la *quaestio*, peraltro, non erano tenuti a decidere seguendo un *iter* logico-argomentativo di cui avrebbero poi dovuto rendere puntualmente conto – come avviene oggi nel nostro ordinamento – nella motivazione di una sentenza scritta, la quale avrebbe potuto essere soggetta a impugnazione. Il discorso degli oratori, quindi, si indirizzava a un gruppo di giudici dei quali essi cercavano di conquistare l'animo. Mirando a questo obiettivo, l'arringa assolveva non solo lo scopo di renderli edotti dei fatti che erano oggetto della loro valutazione (*docere*), ma anche di suscitare i loro sentimenti e le loro passioni (*mouere*),¹⁴² ricorrendo anche all'ironia, se necessario, per divertirli (*delectare*). L'obiettivo ultimo da raggiungere, in ogni caso, era quello di convincerli a decidere definitivamente in base all'assunto sostenuto nell'orazione, perfino a discapito della verità.¹⁴³

In tale ordine di idee diverrebbe possibile comprendere, allora, come la forza persuasiva dell'arringa in favore di Milone fosse stata affidata da Cicerone a due distinti piani difensivi. Questi piani, entrambi basati sull'idea della legittima difesa ed entrambi riconducibili alla *naturalis ratio*, sembrano intersecarsi continuamente già a partire dalle battute inizia-

¹³⁹ In relazione all'opportunità di discorrere di '*publicae quaestiones*' anziché di '*quaestiones perpetuae*' per riferirsi al processo criminale per giuria, v. D. MANTOVANI, «*Quaerere*», «*quaestio*». *Inchiesta lessicale e semantica*, in *Index* 37, 2009, 25 ss., spec. 46 ss.

¹⁴⁰ Cfr. Quint., *Inst. or.* 5.9.1. In proposito v. quanto osservato in M. VARVARO, «*Certissima indicia*». *Il valore probatorio della chiamata in correità nei processi della Roma repubblicana*, in *AUPA* 52, 2007-2008, 370 s., con letteratura alla nt. 6.

¹⁴¹ Da questo punto di vista può richiamarsi la circostanza che anche nell'*agere per formulas* la sentenza sarebbe stata emessa da un giudice privato, unico o collegiale, che era un 'laico', e che era libero di valutare le prove. Su tali caratteristiche e sui suoi influssi sul processo privato del XIX secolo v. ora le interessanti riflessioni di S. MEDER, *Wie „geschichtlich“ ist die historische Rechtsschule? Der römische Formularprozeß und die Forderung zur Reform des Prozeßrechts um die Mitte des 19. Jahrhunderts*, in K. MUSCHELER (a cura di), *Römische Jurisprudenz – Dogmatik, Überlieferung, Rezeption. Festschrift für Detlef Liebs zum 75. Geburtstag*, Berlin 2011, 433 ss., spec. 438 ss. Sulla questione relativa alla motivazione della sentenza nel processo privato romano può consultarsi M. MARRONE, *Contributo allo studio della motivazione della sentenza nel diritto romano*, ora in *Scritti giuridici*, II, Palermo 2003, 721 ss., con bibliografia.

¹⁴² In argomento v., per esempio, F. WIEACKER, *Cicero als Advokat*, Berlin 1965, 18; E. NARDUCCI, *Processi ai politici*, cit., 53 ss.

¹⁴³ Cfr. Cic., *de off.* 2.14.51: *iudicis est semper in causis verum sequi, patroni non numquam veri simile, etiam si minus sit verum, defendere*. Sul punto v., in breve, F. WIEACKER, *Cicero als Advokat*, cit., 15 s.

li dell'orazione,¹⁴⁴ che Cicerone aveva l'abitudine di mettere per iscritto:¹⁴⁵ Milone non è colpevole, e dunque non può essere condannato, perché ha ucciso Clodio per difendere sé (difesa della persona);¹⁴⁶ Milone, inoltre, non è colpevole, e va pertanto assolto, perché ha tolto la vita a Clodio per difendere tutti i *ciues* e la *res publica* da un tiranno, che può essere ucciso *honeste* (difesa dello Stato).¹⁴⁷

Ciò rende conto del fatto che già a partire dall'*exordium* dell'orazione Cicerone introduce il motivo secondo cui Milone «si dà pensiero più della salvezza dello Stato che della propria»,¹⁴⁸ e cominci a insinuare nell'animo dei giurati, facendola apparire sullo sfondo del proprio discorso, l'idea che la morte di Publio Clodio abbia significato la salvezza dei cittadini.¹⁴⁹

La salvezza dello Stato come motivo difensivo, peraltro, non costituisce di certo un'idea isolata nel panorama complessivo delle orazioni ciceroniane di cui è stato tramandato il testo. A tale proposito si può richiamare l'orazione pronunciata nel novembre del 63 a.C. in favore di Lucio Licinio Murena nel processo svoltosi per indebito accaparramento di voti innanzi alla *quaestio de ambitu* dopo che questi aveva vinto insieme a Decimo Giunio Silano le elezioni al consolato per l'anno successivo. Nella competizione elettorale egli aveva battuto Lucio Sergio Catilina e il giurista Servio Sulpicio Rufo, che poi aveva proposto l'accusa contro Murena insieme a Marco Porcio Catone Uticense.

Come è stato osservato, anche nell'esordio di quella arringa Cicerone collegava espresamente l'assoluzione del suo cliente alla salvezza di tutti i cittadini,¹⁵⁰ riprendendo questo tema al termine dell'orazione in modo da renderlo «parte integrante dell'argomentazione.»¹⁵¹ Anche lì, come sarebbe avvenuto nella *pro Milone*, Cicerone avrebbe chiesto ai giurati di riconoscere l'innocenza del suo cliente perché questi era stato in grado, con il proprio valore, di salvaguardare lo Stato e, al contempo, la proprietà privata.¹⁵² In un momento storico

¹⁴⁴ Al riguardo v. quanto notato da M. GIEBEL, *Marcus Tullius Cicero*, cit., 74: «Durch das leitmotivische Wechselspiel der beiden Argumentationsweisen erhält die Rede ihre außerordentliche Wirkung.»

¹⁴⁵ Ciò risulta da Quint., *Inst. or.* 10.7.30-31.

¹⁴⁶ In questi casi la necessità di difendersi è rappresentata dall'alternativa fra subire l'offesa e reagire offendendo l'aggressore. Il tema dell'uccisione per legittima difesa è sviluppato in Cic., *pro Mil.* 7-11. In tali paragrafi si sostiene che pur in presenza di confessione chi avesse confessato andava comunque assolto quando l'uccisione fosse avvenuta *iure*: v. *supra*, § 3.

¹⁴⁷ Cfr. *supra*, § 4, ntt. 105 e 106.

¹⁴⁸ Cic., *pro Mil.* 1: ... *cum T. Annius ipse magis de rei publicae salute quam de sua perturbetur* rell.

¹⁴⁹ Cic., *pro Mil.* 6: ... *quia mors P. Clodi salus vestra fuit* rell. Cfr. R. CAHEN, *Examens du quelques passages de Pro Milone*, cit., 225, che aveva notato come la *tractatio extra causam* risulti già preannunciata nel § 6 dell'orazione.

¹⁵⁰ Cic., *pro Mur.* 2: ... *ut eiusdem hominis voce et declaratus consul et defensus beneficium populi Romani cum vestra atque omnium civium salute tueatur*.

¹⁵¹ Così G. FALCONE, *Difesa del dominio e stabilità della res publica nella strategia dell'orazione ciceroniana Pro Murena*, in G. PETRONE - A. CASAMENTO (a cura di), *Lo spettacolo della giustizia*, cit., 95 s.

¹⁵² G. FALCONE, *Difesa del dominio*, cit., 110. L'idea che la tutela della proprietà privata sia all'origine dello Stato e che va tutelata in quanto tale ricorre anche in Cic., *de off.* 2.21.73.

ancora profondamente influenzato dagli eventi della congiura di Catilina,¹⁵³ la richiesta di assoluzione poteva essere ricondotta all'idea che i giudici saggi, nel decidere l'esito di un processo, avrebbero dovuto tenere presente quale fosse il bene collettivo.¹⁵⁴ Nell'orazione *pro Murena*, come in quella *pro Milone*, si afferma che la sentenza non riguarda solamente la persona dell'accusato, ma la salvezza dei giudici e quella dello Stato.¹⁵⁵

Murena, come è noto, fu assolto. Nel testo dell'arringa ciceroniana, scritto per essere pubblicato – come quello delle altre orazioni – dopo essere stato pronunciato, non si trova alcuna traccia del ruolo che nelle vicende di quel processo avrebbe avuto anche Clodio, il quale, dopo aver seguito Murena nella Gallia Narbonense in qualità di questore nel 64 a.C., sarebbe divenuto suo genero.¹⁵⁶

Un ulteriore aspetto della strategia difensiva della *pro Murena*, inoltre, sembra tornare anche nella *pro Milone*. Per neutralizzare le accuse che Catone gli aveva rivolto sottolineando l'inopportunità che egli assumesse la difesa di Murena in quanto console e in quanto autore del progetto della *lex Tullia de ambitu*, Cicerone aveva escogitato l'espedito di proiettare sulla posizione di Murena, allo scopo di renderla più salda, il proprio prestigio personale, come una sorta di *auctor* che, a seguito di una *mancipatio*, interviene nel giudizio di rivendica intentato da un terzo contro il suo avente causa per rafforzarne la posizione processuale.¹⁵⁷

Anche nella difesa di Milone Cicerone associa la propria persona a quella del suo assistito. Da questo angolo visuale può considerarsi non solo l'espedito di sostituire sé stesso a Milone nella *peroratio* finale, ma anche la 'connessione' fra la persona del difensore e quella del difeso già presente nelle prime battute dell'orazione.¹⁵⁸ Ciò, come si vedrà, avrebbe consentito all'Arpinate di spianare la strada per raggiungere anche un altro scopo.¹⁵⁹

Un'analisi della Miloniana che tenga conto di questi aspetti permette di individuare le ragioni per le quali il secondo dei due piani difensivi, pur se accennato nell'*exordium*, sia stato svolto da Cicerone nella *ethica digressio*¹⁶⁰ solamente dopo aver compiutamente affrontato il tema dell'uccisione avvenuta per legittima difesa personale. Il piano difensivo ancorato

¹⁵³ Per cui v. K. KUMANIECKI, *Cicerone*, cit., 201 ss.

¹⁵⁴ Cic., *pro Flacc.* 39.98: ... *Semper graves et sapientes iudices in rebus iudicandis, quid utilitas civitatis, quid communis salus, quid rei publicae tempora poscerent, cogitaverunt.*

¹⁵⁵ Cic., *pro Mur.* 39.84: *Mihi credite, iudices, in hac causa non solum de L. Murenarum, verum etiam de vestra salute sententiam feretis* rell.; v. anche *pro Mur.* 40.86.

¹⁵⁶ Cicerone vi accenna in un'altra delle sue orazioni; cfr. Cic., *de harusp. resp.* 20.42: ... *a Catilina pecuniam accepit ut turpissime praevaricaretur* rell. Già in una lettera ad Attico del luglio del 65 a.C. (Cic., *ad Att.* 1.2.1) si allude a una connivenza con Catilina. In argomento v. L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, cit., 29 s.

¹⁵⁷ Cic., *pro Mur.* 3. Su tutto ciò v. ancora una volta G. FALCONE, *Difesa del dominio*, cit., 98 ss.

¹⁵⁸ Vi riflette ora A. CASAMENTO, *Spettacolo della giustizia, spettacolo della parola*, cit., 198; ID., *Apparizioni, fantasmi e altre ombre*, cit., 142, che ha richiamato l'attenzione su quanto si legge in Cic., *pro Mil.* 5, dove compare «forse per la prima volta nell'orazione un 'noi'» che «sigla una stretta connessione tra l'oratore e l'assistito, connessione che incarna un significativo esempio di rappresentanti della parte sana dello Stato posti in eguale pericolo di vita».

¹⁵⁹ Per il quale si veda *infra*, nel testo, § 8.

¹⁶⁰ Sull'impiego di questa espressione con riferimento alla *tractatio extra causam* dell'orazione in difesa di Milone v. J.M. MAY, *The ethica digressio and Cicero's Pro Milone: A Progression of Intensity from logos to ethos to pathos*, in *ClJ* 74, 1979, 242.

ad argomenti di carattere giuridico presentava rischi minori rispetto a quelli connessi al motivo della legittima difesa dello Stato, che invece si sviluppava su un piano etico. Come si è visto, infatti, per la legittima difesa personale Cicerone poteva valersi dei richiami ad alcune disposizioni della *lex XII tabularum*, accennare al primo capitolo della *lex Cornelia de sicariis et ueneficis*, insistere ripetutamente sul fondamento naturale dell'uccisione compiuta per difendersi¹⁶¹ e ricordare anche una serie di *exempla* che dovevano essere ben noti al suo uditorio.¹⁶²

Dal punto di vista retorico, allora, il piano della legittima difesa personale può considerarsi come la *pars absoluta*. Essa rappresenterebbe il parallelo di quella che Cicerone, con riferimento al processo contro l'attore comico Roscio, chiama *oratio necessaria*.¹⁶³ Come ricordato da Quintiliano, la *qualitas iuridicialis absoluta* era – almeno in linea di principio – il tipo di difesa di gran lunga più efficace. Essa si fondava sulla non contestazione del fatto posto a sostegno dell'accusa, che però veniva qualificato come lecito.¹⁶⁴

Nel caso di specie, tuttavia, Cicerone doveva essere consapevole che la solidità di questa linea difensiva sarebbe stata duramente messa alla prova sul piano probatorio. Sarebbe stato assai difficile dimostrare che Clodio aveva teso un agguato a Milone, in quanto il loro incontro sulla via Appia – come poi risultò nel corso del dibattimento – era stato del tutto casuale.¹⁶⁵ La morte di Clodio, difatti, era stata provocata da una rissa che si era accesa del tutto accidentalmente fra le bande di armati che accompagnavano i due protagonisti delle vicende oggetto del processo.¹⁶⁶

Non si può escludere, dunque, che Cicerone pensasse che solamente dopo aver svolto questa parte dell'orazione, indispensabile per assicurare alla difesa di Milone un percorso argomentativo astrattamente valido sul piano giuridico, ma che avrebbe dovuto fare i conti con le risultanze probatorie, fosse possibile passare, quasi *ad abundantiam*, alla difesa sviluppata nella *tractatio extra causam*. Tale parte dell'orazione, dal punto di vista retorico,

¹⁶¹ Il tema secondo cui il fondamento del diritto sarebbe rappresentato dalla natura, del resto, è ampiamente sviluppato da Cicerone nel *De legibus*.

¹⁶² Su tali *exempla* e sul loro impiego nella strategia retorica v. A. CASAMENTO, *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti*, cit., 144 ss.

¹⁶³ Cfr. *supra*, § 6.

¹⁶⁴ Quint., *Inst. or.* 7.4.4: *Defensio longe potentissima est, quae ipsum factum, quod obicitur, dicimus honestum esse ... Hanc partem vocant Hermagorei κατ' ἀντίληψιν, ad intellectum id nomen referentes: Latine ad verbum translata non inuenio, absoluta appellatur. Est enim de re sola quaestio, iusta sit ea necne*. In argomento v. L. CALBOLI MONTEFUSCO, *La dottrina degli „status“ nella retorica greca e romana*, Hildesheim-Zürich-New York 1986, 108 ss.

¹⁶⁵ Ciò era stato notato già da A.FR.G. CURTH, *De artificiosa forma orationis pro T. Annio Miloni*, Berolini 1833, 6, e da E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II², cit., 151. Sul punto v., più di recente, W. SCHULLER, *Der Mordprozeß gegen Titus Annius Milo*, cit., 120 s.; A. EVERITT, *Cicerone. Vita e passioni di un intellettuale* (trad. ital. di L. Argenterii), Bari 2003, 193; A. CASAMENTO, *Apparizioni, fantasmi e altre 'ombre'*, cit., 143, e ivi nt. 14.

¹⁶⁶ Questa circostanza è sottolineata da Asc., in *Mil.* 42 [CLARK 106-107]: ... *Itaque cum insidias Milonem Clodio fecisse posuissent accusatores, quia falsum id erat – nam forte illa rixa commissa fuerat –, Cicero apprehendit et contra Clodium Miloni fecisse insidias disputavit ... Sed ita constituit, ut diximus: nec utrius consilio pugnatum esse eo die, verum et forte occurrisse et ex rixa servorum ad eam caedem peruentum rell.*

costituirebbe la *pars adsumptiua* (o *compensatiua*),¹⁶⁷ corrispondendo alla *oratio uoluntaria*.¹⁶⁸ A questa seconda parte, però, Cicerone sarebbe arrivato dopo che quanto già detto nella prima parte del discorso avesse insinuato nell'animo dei giurati tutti gli elementi necessari a guadagnare il terreno sul quale poter sviluppare al meglio l'argomento difensivo imperniato sul tema della difesa dello Stato,¹⁶⁹ che sarebbe stato rischioso giocare come unica carta per chiedere ai giurati di assolvere Milone.

A tale riguardo si è anzi sostenuto che l'argomento basato sulla legittima difesa personale sarebbe stato solamente una facciata. Dietro a tale facciata Cicerone avrebbe nascosto l'argomento principale, al quale, probabilmente, non era disposto a rinunciare. Egli, forse, fidava sulla carica emotiva che un argomento di questo genere avrebbe potuto suscitare. In un tipo di processo ispirato alla prova retorica come prova globale, infatti, esso poteva fare breccia efficacemente nell'animo dei giurati.¹⁷⁰ Insomma, è plausibile ritenere che Cicerone avesse pensato sin dall'inizio a una difesa ancipite. Benché Asconio conoscesse la versione del discorso realmente pronunciata nel foro, dalla quale poteva desumere che Cicerone si era limitato in quell'occasione a trattare solamente il tema secondo cui era stato Clodio a tendere un agguato a Milone, ciò non implica necessariamente che nelle intenzioni dell'Arpinate

¹⁶⁷ In questo senso v. A.M. STONE, *Pro Milone*, cit., 96. Cfr. Rhet. ad Her. 1.14.24-45: [24] *Iuridic<i>alis constitutio est, cum factum conuenit, sed iure an iniuria factum sit, quaeritur. Eius constitutionis partes duae sunt, quarum una absoluta, altera adsumptiua nominatur. Absoluta est, cum id ipsum, quod factum est, ut aliud nihil foris adsumatur, recte factum esse [eam] dicemus, eiusmodi: Mimus quidam nominatim Accium poetam conpellavit in scaena. Cum eo Accius iniuriarium agit. Hic nihil aliud defendit nisi licere nominari eum, cuius nomine scripta dentur agenda. Adsumptiua pars est, cum per se defensio infirma est, adsumpta extraria re comprobatur. Adsumptiuae partes sunt quattuor: concessio, remotio criminis, translatio criminis, comparati. Concessio est, cum reus postulat ignosci. Ea diuiditur in purgationem et <de>precationem ... [25] Ex translatione criminis causa constat, cum fecisse nos non negamus, sed aliorum peccatis coactos fecisse dicimus: ut Orestes, cum se defendit in matrem conferens crimen. Ex remotione criminis causa constat, cum a nobis non crimen, sed culpam ipsam amouemus et vel in hominem transferimus vel in rem quampiam conferimus ... Ex comparatione causa constat, cum dicimus necesse fuisse alterutrum facere, et id, quod fecerimus, satius fuisse facere rell.; Cic., de inu. 2.22.68-2.23.69: [22.68] ... Nunc 'iuridicialis' genus et partes consideremus. [23.69] Iuridicialis est, in qua aequi et iniqui natura et praemii aut poenae ratio quaeritur. Huius partes sunt duae, quarum alteram 'absolutam', 'adsumptivam' alteram nominamus. 'Absoluta' est, quae ipsa in se non ut negotialis implicite et abscondite, sed patentius et expeditius recti et non recti quaestionem continet. Ea est huiusmodi: cum Thebani Lacedaemonios bello superauissent et fere mos esset Graiis, cum inter se bellum gessissent, ut ii, qui vicissent, tropaeum aliquod in finibus staturerent victoriae modo in praesentiam declarandae causa, non ut in perpetuum belli memoria maneret, aeneum staturerunt tropaeum. Accusantur apud Amphictyonas [id est apud commune Graeciae consilium]. Cfr. Quint. Inst. or. 7.4.7.*

¹⁶⁸ A tale proposito può considerarsi quanto si legge in Quint., *Inst. or.* 4.5.15: *Egregie uero Cicero pro Milone insidiatorem primum Clodium ostendit, tum addidit ex abundantia, etiam si id non fuisset, talem tamen civem cum summa uirtute interfectoris et gloria necari potuisse.*

¹⁶⁹ In tal senso v. K. BÜCHNER, *Cicero*, cit., 265 ss.

¹⁷⁰ Così M. GIEBEL, *Marcus Tullius Cicero*, cit., 74: «Politische Gesinnungsfreunde hatten Cicero geraten, die Tat als rechtens und im Interesse des Staates begangen zu bezeichnen. Cicero lehnte dieses juristisch wie politisch bedenkliche Argument ab und plädierte statt dessen auf Norwehr. Dabei verzichtete er aber keineswegs auf die starken emotionalen Wirkungen des anderen Arguments, sondern gebrauchte es als latentes Hauptargument, während er das juristisch unanfechtbare Notwehrthema gewissermaßen als Fassade aufbaute.» Sul punto v. anche A. CASAMENTO, *Strategie retoriche, emozioni e sentimenti*, cit., 149.

la linea difensiva dovesse esaurirsi in questo modo. Si può credere, anzi, che solamente per ragioni contrarie alla sua volontà egli, disturbato dai Clodiani, non poté sviluppare come previsto anche la seconda parte dell'arringa.¹⁷¹ In altri termini, è ipotizzabile che il giudizio di Asconio si sia basato *a posteriori* esclusivamente sulla versione dell'orazione effettivamente recitata nel foro, nella quale aveva constatato che la difesa pronunciata dall'Arpinate prima di essere interrotto era stata interamente impostata sulla legittima difesa personale.

Per altro verso, non sembra necessario pensare che i temi difensivi sviluppati nelle due parti dell'orazione siano fra loro incompatibili. Il modo in cui già gli interpreti più antichi, anzi, valutavano i due diversi aspetti dell'orazione ciceroniana – quello imperniato sulla *relatio*, e quello fondato sulla *comparatio* (o *compensatio*)¹⁷² – mostra come questo secondo tema difensivo, basato appunto sulla qualificazione dei fatti in base all'utilità che sarebbe derivata allo Stato o a molti uomini dalla morte di Clodio,¹⁷³ rafforzava quello già sviluppato nella prima parte dell'orazione, costruito sulla *relatio*. In tal senso depone quanto si legge in un passo delle *Institutiones oratoriae* di Sulpicio Vittore in cui si discorre della dottrina degli *status*:

Sulp. Vict., *Inst. orat.* 317.35-318.7 [HALM]: *Hic diligenter cavendum est, ne alter status alterum impugnet, ac potius alterum alter stabiliter firmet. Exempla non desunt Tulliana: coniuncta causa est pro Milone. Defenditur enim statibus duobus, relatione, quod merito Clodius dicatur occisus, cum fecisset insidias; compensatione, quod dicatur bono rei publicae occisus pessimus civis. Facile est animadvertere, quid in eiusmodi causis debeat fieri, videntibus quid fecerit Cicero. Non enim compensatione, quam postea induxit, infirmavit priorem statum, sed confirmavit ac multo reddidit fortiozem.*

Se poi è vero che Cicerone era solito abbozzare nei *commentarii defensionis* la linea difensiva della quale si sarebbe avvalso, limitandosi a scrivere solamente il *principium* e le parti più importanti, per meditare invece sulle altre parti anche in considerazione del comportamento processuale che la controparte avrebbe tenuto nel corso del processo,¹⁷⁴ si può pensare che quando affidò alla scrittura il testo della *pro Milone* egli abbia sviluppato compiutamente tutti gli argomenti che aveva solo appuntato in un primo momento nei suoi *commentarii*.

In base a quel che si sa da Asconio Pediano, peraltro, sembra che la decisione di incardinare l'orazione sul tema della legittima difesa fosse stata consigliata proprio dalla strategia dell'accu-

¹⁷¹ In senso analogo v. E. CIACERI, *Cicerone e i suoi tempi*, II², cit., 150 e 153.

¹⁷² Cfr. Quint., *Inst. or.* 7.4.7-9: [7] *Alerum est defensionis genus in quo factum per se inprobabile adsumptis extrinsecis auxiliis tuemur: id vocant κατ' ἀντιθεσιν. Latini hoc quoque non ad verbum transferunt, adsumptiva enim dicitur causa.* [8] *In quo genere fortissimum est, si crimen causa facti tuemur, qualis est defensio Orestis, Horatii, Milonis. ἀντέκλημα dicitur, quia omnis nostra defensio constat eius accusatione qui vindicatur:* [9] «*Occisus est sed latro, excaecatus sed raptor*» rell.

¹⁷³ Cfr. Cic., *de inu.* 2.24.72: «*Comparatio est, cum aliquid factum, quod ipsum non sit probandum, ex eo, cuius id causa factum est, defenditur*» rell.

¹⁷⁴ Cfr. *supra*, nt. 146. Come ricordato da M. HUMBERT, *Contribution à l'étude des sources d'Asconius*, cit., 64, i *commentarii defensionis* (ossia i brogliacci) preparati, ma non rimaneggiati né rivisti da Cicerone, sarebbero stati raccolti dal suo liberto Tirone.

sa, che aveva sostenuto che Milone aveva premeditato l'uccisione di Clodio.¹⁷⁵ A differenza di quanto creduto da Humbert, tuttavia, non bisogna ritenere che Cicerone non avrebbe potuto pensare a questa tattica «dans son cabinet de travail» e che «il aurai improvisée en plein debat». Certamente è ben possibile che sia stato il modo in cui era stata impostata l'accusa a suggerire concretamente di capovolgere la prospettiva su cui essa si basava e di limitarsi a essa. Ma non è da escludere che lo sviluppo del tema della *relatio criminis* fosse stato già preparato da Cicerone in anticipo, e che di esso egli avesse preso nota nei propri *commentarii defensionis*, insieme agli altri argomenti difensivi che, tenendo conto delle testimonianze udite nel corso dei giorni precedenti e del clima di ostilità in cui si svolgeva il processo, non furono più trattati nel corso della causa.

Se i seguaci di Clodio avevano provocato disordini già nei primi giorni del processo, è ragionevole ipotizzare che proprio questi avvenimenti avessero scongiurato a Cicerone di cominciare la propria difesa tessendo pubblicamente innanzi a essi l'elogio dell'accusato come tirannicida da encomiare. A prestar fede alla testimonianza di Quintiliano, secondo cui il *principium* di un'orazione solitamente veniva scritto per intero da Cicerone, è possibile immaginare che egli si fosse riservato dall'inizio del proprio discorso in difesa di Milone la possibilità di sviluppare entrambi gli argomenti: quello della legittima difesa personale, e quello della difesa dello Stato. Ciò renderebbe conto del fatto che i due argomenti si trovino intrecciati fra loro sin dalle prime parole dell'arringa. La decisione di cominciare a trattare il tema della *relatio criminis* avrebbe potuto essere determinata sia da quanto sostenuto dall'accusa, sia dal clima processuale influenzato dalla turbolenta presenza dei Clodiani.

Non si può escludere, tuttavia, che Cicerone, pur avendo previsto sin dall'inizio che l'impianto difensivo prevedesse tanto la *pars absoluta* quanto la *pars adsumptiva*, sia stato interrotto dalle grida dei Clodiani dopo esser riuscito a pronunciare solamente la prima parte della propria arringa. Sarebbe proprio questa, come si è visto, la ragione per cui Asconio Pediano parla di '*excepta oratio*', da intendersi nel senso di 'orazione interrotta' piuttosto che di 'orazione stenografata'.¹⁷⁶

L'analisi delle informazioni tramandate dalle fonti, in definitiva, consente di ipotizzare tre diversi livelli su cui valutare i rapporti fra l'orazione pronunciata e quella pubblicata. Il primo livello è quello dell'orazione programmata, che avrebbe contemplato entrambi i piani difensivi basati sia sulla legittima difesa personale, sia sulla legittimazione dell'uccisione di un tiranno per salvare lo Stato. Il secondo livello riguarda l'orazione effettivamente pronunciata, limitata alla trattazione tema della legittima difesa personale a causa delle interruzioni dovute alle grida dei Clodiani. Il terzo livello, infine, è quello dell'orazione pubblicata, in cui il piano difensivo impostato sulla legittimità del tirannicidio, programmato dall'inizio, ma non effettivamente svolto in giudizio per eventi contingenti, risulta ampiamente sviluppato.

A conforto di questa conclusione può richiamarsi l'*actio secunda in Verrem*. Benché, come è noto, essa non sia stata mai pronunciata, perché l'accusato preferì scegliere la via dell'esilio di fronte al pericolo di una condanna nel processo innanzi alla *quaestio de pecuniis repetundis*, è verosimile che Cicerone ne avesse già elaborato la struttura, quanto meno nelle sue linee essenziali, quando pronunciò l'*actio prima*.

¹⁷⁵ In questo senso v. M. HUMBERT, *Contribution à l'étude des sources d'Asconius*, cit., 127 s.; ID., *Les plaidoyers écrits*, cit., 191 s.

¹⁷⁶ V. *supra*, § 6, nt. 134.

Per concludere: se la rielaborazione dell'orazione in difesa di Milone interessò senz'altro la *elocutio*, è possibile dubitare che ciò abbia riguardato anche l'*inuentio* e la *dispositio*. La differenza fra la versione pronunciata e quella pubblicata potrebbe imputarsi dunque all'interruzione da parte dei sostenitori del partito clodiano presenti al processo.

8. Nel testo della *pro Milone* Cicerone non manca di richiamare esplicitamente i meriti che egli stesso aveva saputo guadagnarsi nei confronti dello Stato durante il proprio consolato, pur correndo notevoli rischi, quando aveva perseguito i traditori della patria:

Cic., *pro Mil.* 82: *Quamquam hoc animo semper fuimus omnes in patriae proditoribus opprimendis ut, quoniam futura esset nostra gloria, periculum quoque et invidiam nostram putaremus. Nam quae mihi tribuenda ipsi laus esset, cum tantum in consulatu meo pro vobis ac liberis vestris ausus essem, si id quod conabar sine maximis dimicationibus meis me esse ausurum arbitrarer?* rell.¹⁷⁷

D'altra parte, l'identificazione del *patronus* con il proprio cliente non è inconsueta nella tecnica degli oratori romani. Non deve stupire, né tanto meno scandalizzare, pertanto, la circostanza che Cicerone parli così spesso di sé nella *pro Milone*, inscrivendo la linea difensiva in un più ampio quadro politico nel quale ricorda più volte il proprio ruolo e le proprie azioni.¹⁷⁸

Nell'orazione in difesa di Milone, anzi, il tema della simmetria fra le posizioni delle due parti in causa con quella di altri personaggi risulta duplicato. L'accusato, infatti, è presentato a chi dovrà giudicare come colui che, uccidendo Clodio, ha salvato i cittadini e lo Stato dal pericolo imminente della sua pretura: da questo punto di vista, egli è assimilabile allo stesso Cicerone, che in passato aveva salvato la *res publica* da altri pericoli,¹⁷⁹ e soprattutto da Catilina, al quale la figura di Clodio è esplicitamente accostata.¹⁸⁰ A Clodio – afferma Cicerone – Catilina ha consegnato quello stesso pugnale che in passato era stato rivolto contro

¹⁷⁷ Lo stesso motivo ricorre in Cic., *pro Mil.* 103 s., su cui v. J. VAN DER VLIET, *Pro Milone. c. 38. 103. 104*, in *Mnemosyne* N.S. 22, 1894, 358 s.

¹⁷⁸ Ciò è stato ben osservato da M. HUMBERT, *Les plaidoyers écrits*, cit., 277: «Il est injuste de reprocher à Cicéron l'abus des considérations politiques, parce que à Rome les accusations sont suscitées généralement par la politique; il est absurde de dir qu'il parle trop souvent de lui, parce que le *patronus* s'identifie plus que l'avocat moderne avec son client et que presque toujours Cicéron ne fait que répondre aux provocations d'un adversaire qui ne l'a pas ménagé plus que l'accusé; c'est méconnaître l'auditoire de Cicéron, qui est un auditoire d'assises, que faire grief à l'avocat et de l'usage qu'il fait du pathétique et d'une tendance à l'emphase».

¹⁷⁹ Cfr. Cic., *pro Mil.* 36.

¹⁸⁰ Tale accostamento si ritrova già nella lettera scritta all'amico Attico il 23 novembre del 57 a.C.; v. Cic., *ad Att.* 4.3.3: ... *ille omnium vocibus cum se non ad iudicium sed ad supplicium praesens trudi videret, omnis Catilinas Acidinos postea reddidit* rell. In Cic., *de dom.* 42, inoltre, si ricorda che gli stessi seguaci di Clodio lo chiamavano '*felix Catilina*'. Per questo parallelo v. il contributo di A.W. LINTOTT, *P. Clodius Pulcher – Felix Catilina?*, in *Greece and Rome* 14, 1967, 157 ss.; T. ŁOPOSKO-H. KOWALSKI, *Catilina und Clodius – Analogien und Differenzen*, in *Klio* 72, 1990, 199 ss., con fonti e altra letteratura. Sulle allusioni, da parte di Cicerone, della partecipazione di Clodio alla congiura di Catilina v. Asc., in *Mil.* 50 [CLARK 113]: *Saepe obiecit Clodio Cicero socium eum coniurationis Catilinae fuisse* rell.

di lui,¹⁸¹ e che Clodio aveva continuato a usare per attentare alla vita di Pompeo (che però si era salvato),¹⁸² alla vita di Marco Papirio (assassinato sulla via Appia),¹⁸³ e poi a quella di Cicerone:¹⁸⁴

Cic., *pro Mil.* 37: ... *Itaque quando illius postea sica illa quam a Catilina acceperat conquirevit? Haec intenta nobis est, huic ego vos obici pro me non sum passus, haec insidiata Pompeio est, haec¹⁸⁵ viam Appiam, monumentum sui nominis, nece Papiri cruentavit, haec eadem longo intervallo conversa rursus est in me* rell.

L'idea che Clodio fosse un nuovo Catilina, sempre pronto a fare guerra alla propria patria, è ripresa da Cicerone nel corso della *confirmatio*:

Cic., *pro Mil.* 63: ... *Multi etiam Catilinam atque illa portenta loquebantur: «Erumpet, occupabit aliquem locum, bellum patriae faciet.»* rell.

In effetti, quando era ancora giovane, Clodio era stato attratto nella sfera di influenza di Catilina. Nel luglio del 65 a.C. egli si era anche prestato a sostenere nei suoi confronti l'accusa innanzi alla *quaestio de pecuniis repetundis* allo scopo di prevenire altri accusatori che avrebbero potuto condurre il processo in modo più efficace di quanto Clodio, d'intesa con Catilina, non fosse intenzionato a fare.¹⁸⁶

Uccidendo Clodio, Milone ha salvato la patria, e pertanto può essere considerato da questo punto di vista come colui che ha raccolto l'eredità di Cicerone. Allo stesso modo anche Clodio, continuando ad agire nel solco tracciato da Catilina per distruggere l'ordine costituito, è presentato in chiave negativa come l'erede di quest'ultimo.

L'individuazione di questo doppio parallelismo, se vediamo bene, consente di scorgere un altro dei fili conduttori impiegati da Cicerone per tessere l'intera trama dell'orazione in difesa di Milone. La raffigurazione di Clodio come continuatore di Catilina, infatti, permette all'Arpinate di raggiungere un duplice risultato. Per comprenderlo meglio sarà sufficiente ricostruire il quadro dei complessi rapporti che legavano Cicerone e Milone, da un lato, a Catilina e Clodio, dall'altro.

¹⁸¹ Per il coinvolgimento personale di Cicerone nelle vicende della congiura di Catilina, il quale aveva progettato di assassinarlo, ci sia consentito rinviare, nella letteratura più recente, a M. VARVARO, «*Certissima indicia*», cit., 400 ss.

¹⁸² Si allude qui all'attentato tramato da uno schiavo di Clodio contro Gneo Pompeo, cui si era già accennato in Cic., *pro Mil.* 18.

¹⁸³ Di questo assassinio Cicerone aveva parlato nella *confutatio*: v. Cic., *pro Mil.* 18.

¹⁸⁴ Già in *pro Mil.* 20 Cicerone aveva ricordato che Clodio aveva tentato più volte di ucciderlo.

¹⁸⁵ In alcuni manoscritti si legge però '*haec istam Appiam*' (come nel *codex Berlinensis* 252 e nel *codex Monacensis* 18, 787) o '*haec istam viam Appiam*' (come nel *codex Harleianus* 2682 e nel *codex uetus Cluniacensis* trascritto da Poggio). Cfr. P. WESSNER, *Cicero pro Milone mit Scholien*, Bonn 1911, 38; A. KLOTZ, *Zur Kritik einiger Cicero-nischen Reden, III (pro Milone)*, in *RhM N.F.* 70, 1915, 368 ss., spec. 373 per la lezione di questo passo.

¹⁸⁶ Su queste vicende, cui si allude in Cic., *de har. resp.* 42, v. W. DRUMANN, *Geschichte Roms*, II², cit., 174 s., con fonti, e, più di recente, J. SPIELVOGEL, *P. Clodius Pulcher*, cit., 58; A. EVERITT, *Cicerone*, cit., 137; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, cit., 27 s.

Si può ipotizzare che, giustificando l'uccisione di Clodio con la ragion di Stato, Cicerone cercasse anche di riabilitare sé stesso. Seppur implicitamente, difatti, egli spendeva una serie di argomenti innanzi a coloro che avrebbero dovuto giudicare Milone per l'uccisione di Clodio, allo scopo di costruire un fondamento legittimo, quanto meno sul piano morale e filosofico, della tesi secondo cui doveva ritenersi lecito uccidere un cittadino romano anche quando non fosse stato condannato in un processo, se ciò fosse stato indispensabile per salvare lo Stato.¹⁸⁷

Si trattava di una tesi che da sola non poteva avere la speranza di reggere sul piano strettamente giuridico; e Cicerone ormai lo sapeva bene.¹⁸⁸ Egli vi aveva fermamente creduto, probabilmente, quando, sull'onda del successo dell'inchiesta personalmente condotta *extra ordinem* contro Catilina e i suoi seguaci, aveva sostenuto innanzi al senato che essi andavano eliminati, in quanto rappresentavano un pericolo per lo Stato romano. A dispetto del parere contrario espresso da Cesare, i Catilinari erano stati allora strangolati nei pressi del carcere Mamertino¹⁸⁹ sotto il controllo dei *tresviri capitales*, ma senza subire un regolare processo e senza potersi avvalere della *prouocatio ad populum*.¹⁹⁰

A mettere in dubbio la legittimità di quella procedura, qualche anno dopo, sarebbe stato proprio Clodio, dopo che i suoi rapporti con Cicerone si erano ormai guastati irrimediabilmente. Ciò era avvenuto a seguito dello scandalo consumatosi durante i *Damia* che si festeggiarono nei primi giorni del dicembre del 62 a.C. nella casa di Cesare, che quell'anno era pretore e pontefice massimo. Il rito di questi festeggiamenti in onore della *Bona Dea*, di importazione greca, prescriveva che nessun uomo potesse parteciparvi. Essi si svolgevano principalmente di notte, accompagnati da giochi e da musica fra le donne rimaste in casa. Secondo quanto racconta Plutarco, Clodio pensò bene di sfruttare quella situazione per avere un incontro amoroso con la seconda moglie di Cesare, Pompea Silla, con la quale da qualche tempo coltivava una tresca. Approfittando del fatto di essere ancora imberbe, Clodio si travestì da donna, vestendo i panni di una flautista. Con il favore delle tenebre e grazie alla complicità di una schiava di Pompea si introdusse quindi senza destare troppi sospetti nella dimora di Cesare, dalla quale tutti gli uomini si erano allontanati in vista della celebrazione dei *Damia*. Una delle ancelle in cui si imbatté mentre circolava per la casa in attesa che Pompea lo raggiungesse gli rivolse la parola per invitarlo a partecipare ai giochi. Quando dal tono baritonale della risposta, però, si rese conto di avere a che fare con un uomo, l'ancella gridò che in casa c'era un intruso. La madre di Cesare, Aurelia Cotta, che insieme alla nuora presenziava alla cerimonia, fece interrompere i festeggiamenti e ricoprì l'immagine della dea. Dato l'ordine di chiudere tutte le porte della casa, con una lucerna si mise a cercare l'intruso. Dopo averlo scoperto nella stanza della schiava che lo aveva aiutato a entrare, Aurelia lo riconobbe e lo cacciò prontamente di casa.¹⁹¹

¹⁸⁷ In argomento possono leggersi le osservazioni di M.E. CLARK - J.S. RUEBEL, *Philosophy and Rhetoric in Cicero's «Pro Milone»*, cit., 69 s.

¹⁸⁸ In tal senso v. A.W. LINTOTT, *Cicero and Milo*, cit., 74.

¹⁸⁹ Cfr. Sall., *Catil.* 55.2-6; Plut., *Cic.* 22.3.

¹⁹⁰ Su questi eventi può vedersi la lucida sintesi di M. GIEBEL, *Marcus Tullius Cicero*, cit., 43 ss.

¹⁹¹ Plut., *Caes.* 9.6-10.5. Al fatto si allude anche in Cic., *de har. resp.* 3.4, dove però si dice che Clodio sarebbe fuggito dalla casa di Cesare con l'aiuto di un'ancella di Pompea. Si veda anche Cic., *de dom.* 29.77

Il giorno dopo in tutta Roma non si parlava d'altro. Si gridò allo scandalo, e il compimento di quel sacrilegio costituì oggetto di un'apposita *quaestio* costituita *extra ordinem* dopo che quella proposta con la *rogatio Pupia Valeria*, fatta votare dai consoli seguendo l'invito contenuto in un senatoconsulto, era stata respinta.¹⁹² Tuttavia lo stesso Cesare, che nel frattempo aveva ripudiato Pompea, si rifiutò di testimoniare a sfavore dell'accusato e, forse per non inimicarsi la plebe che lo sosteneva, dichiarò di non sapere nulla di quei fatti.¹⁹³ All'imbarazzante domanda rivoltagli circa le ragioni del ripudio della moglie egli ebbe la prontezza di rispondere che lo aveva fatto perché Pompea non venisse neppure sfiorata dall'ombra del sospetto.

Clodio, dal canto suo, ritenne opportuno procurarsi un falso alibi che lo scagionasse dalle accuse formulate a suo carico e confermate da alcune testimonianze. A fornirglielo fu quello stesso Gaio Causinio Scola di Terni che lo avrebbe accompagnato durante il suo ultimo viaggio sulla via Appia. Nel processo seguito allo scandalo della *Bona Dea* costui affermò innanzi ai giurati che nel giorno in cui si era verificata la profanazione dei sacri riti Clodio si trovava a ben novanta miglia di distanza da Roma.¹⁹⁴

Seppur legato a Clodio da vincoli di amicizia, fu Cicerone a far incrinare definitivamente la credibilità di quell'alibi fasullo sotto il peso della propria autorità. La sua testimonianza nel processo, secondo cui poche ore prima del fatto Clodio gli aveva fatto visita nella sua casa sul Palatino, era incompatibile con la presenza dell'accusato a Terni.¹⁹⁵ La difesa, tuttavia, riuscì

(passo nel quale i sacrifici di cui si parla sono appunto quelli da compiersi *pro populo* in onore della *Bona Dea* durante i *Damia*); 40.105.

¹⁹² Sulla *lex Pupia Valeria de incestu Clodii* v. G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, Milano 1912, 385, con fonti; C. VENTURINI, "Quaestio extra ordinem", cit., 81 ss.; cfr. ID., *Processo penale e società politica*, cit., 165 ss.; W.J. TATUM, *The Patrician Tribune*, cit., 75 ss.; J. SPIELVOGEL, *P. Clodius Pulcher*, cit., 59 s.; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, cit., 38 ss. Secondo J. NORTH, *La religione repubblicana*, in G. CLEMENTI - F. COARELLI - E. GABBA, *Storia di Roma*, II, 1, cit., 581 s., si tratterebbe del caso più emblematico in cui nel corso dell'ultima età repubblicana la religione avrebbe offerto un'opportunità per attaccare gli avversari politici, e che sarebbe stato particolarmente sfruttato da Cicerone contro i propri nemici.

¹⁹³ Cfr. App., *bell. ciu.* 2.14.52.

¹⁹⁴ Cicerone ricorda che nel processo contro Milone questo amico di Clodio, che il giorno della sua uccisione lo accompagnava durante il suo tragitto da Ariccia verso Roma, aveva testimoniato a sostegno della tesi dell'accusa che il ritorno a Roma di Clodio era stato frutto di una decisione improvvisa (Cic., *pro Mil.* 46). L'allusione, nel testo di questa orazione, alla sua precedente falsa testimonianza nel processo per il sacrilegio della *Bona Dea* (*cuius-Romae*), che non compare nel testo del *Codex Harleianus* 2682, secondo A.C. CLARK, *M. Tulli Ciceronis pro T. Annio Milone ad iudices oratio*, cit., 41 s., sarebbe di origine glossematica, e andrebbe dunque espunta. Al falso alibi che Gaio Causinio Scola aveva procurato a Clodio nel processo che gli era stato intentato a seguito dello scandalo della *Bona Dea* si accenna anche in Cic., *de dom.* 30.80: ... *cur non iuret se Gadibus fuisse, cum tu te fuisse Interamnae probaveris?* rell. Cfr. anche Asc., in *Mil.* 49 [CLARK 113].

¹⁹⁵ Sulla testimonianza di Cicerone in questo processo e sui motivi che lo avrebbero spinto a testimoniare contro Clodio v. I. GENTILE, *Clodio e Cicerone*, cit., 62 s.; E. MANNI, *L'utopia di Clodio*, cit., 164 ss.; PH. MOREAU, *Clodiana religio. Un procès politique en 61 av. J.-C.*, Paris 1982, 202 ss., con richiami alle fonti; D.F. EPSTEIN, *Cicero's Testimony at the Bona Dea Trial*, in *CIPh* 81, 1986, 229 ss., ove si analizza la tesi in base alla quale sarebbe stata la moglie di Cicerone, Terenzia, a indurlo a testimoniare contro Clodio, in quanto gelosa nei confronti di Clodia, sorella dell'accusato; v. anche G. LACOUR-GAYET, *P. Clodius Pulcher*, cit., 9 s.; W.J. TATUM, *Cicero and the Bona Dea Scandal*, in *CIPh* 85, 1990, 202 ss.; ID., *The Patrician Tribune*, cit., 62 ss.; A. EVERITT, *Cicerone*, cit., 136 ss.; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, cit., 42.

a comprare i voti di alcuni giurati,¹⁹⁶ che si rivelarono determinanti per la decisione della causa. Clodio, in questo modo, uscì assolto dal processo per *incestum*,¹⁹⁷ dando vita a un dibattito sulla perseguibilità per corruzione dei giurati appartenenti all'ordine equestre.¹⁹⁸

Gli dèi avrebbero dovuto aspettare perché il profanatore dei riti in onore della *Bona Dea* fosse punito in modo esemplare per quel sacrilegio che aveva turbato l'intera città. A quasi dieci anni di distanza, nel difendere Milone dall'accusa di aver ucciso Clodio, Cicerone si compiacerà di citare la circostanza che lo scontro fra i due era avvenuto sulla via Appia non lontano da un sacrario della *Bona Dea* situato nel fondo di un certo Tito Serzio Gallo.¹⁹⁹

In ogni caso, a seguito del processo seguito allo scandalo della *Bona Dea*, la testimonianza che aveva portato alla rottura definitiva con Clodio aveva mandato in frantumi, insieme all'alibi di quest'ultimo, anche l'ideale della *concordia ordinum* vagheggiato dallo stesso Cicerone. I rapporti fra i due si logorarono ancora, probabilmente, a seguito di scambi di battute sarcastiche in cui Cicerone non mancò di fare pesanti allusioni nei confronti di Clodio.²⁰⁰

Dal canto suo, Cesare ritenne politicamente opportuno fingere che nulla di grave fosse accaduto. Qualche tempo dopo tali fatti, anzi, fu proprio Cesare, in qualità di console e di pontefice massimo, a dar corso alla procedura perché Clodio, effettuata la *sacrorum detestatio*, venisse adottato dal senatore plebeo Publio Fonteio,²⁰¹ non senza profili di irregolarità.²⁰²

¹⁹⁶ Cic., *ad Att.* 1.16.5. La circostanza è richiamata anche in Cic., *pro Mil.* 87: ... *pecunia se a iudicibus redemerat* rell.

¹⁹⁷ Sullo scandalo della *Bona Dea* v., per esempio, I. GENTILE, *Clodio e Cicerone*, cit., 37 ss.; W. DRUMANN, *Geschichte Roms*, II², cit., 176 s., con fonti; J.P.V.D. BALSDON, *Fabula Clodiana*, in *Historia* 15, 1966, 65 ss.; W.K. LACEY, *Clodius and Cicero: A Question of Dignitas*, in *Antichthon* 8, 1974, 85 ss.; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, cit., 34 ss.; W. SCHULLER, *Der Mordprozess gegen Titus Annius Milo*, cit., 117.

¹⁹⁸ In argomento v. E. LEPORE, *La crisi della nobilitas: fra reazione e riforma*, in G. CLEMENTI - F. COARELLI - E. GABBA, *Storia di Roma*, II, 1, cit., 753.

¹⁹⁹ Cic., *pro Mil.* 86.

²⁰⁰ Cfr. G. LACOUR-GAYET, *P. Clodius Pulcher*, cit., 12; A. EVERITT, *Cicerone*, cit., 142.

²⁰¹ Si sostiene generalmente che in questa circostanza Claudio abbia mutato il proprio nome gentilizio in Clodio: v. I. GENTILE, *Clodio e Cicerone*, cit., 84 ss.; W. DRUMANN, *Geschichte Roms*, II², cit., 191 s., con fonti; H. BENNER, *Die Politik des P. Clodius Pulcher*, cit., 42; E. LEPORE, *La decisione politica e l'auctoritas senatoria*, cit., 774; R.A. BAUMAN, *Women and politics in ancient Rome*, London 1992, 236 nt. 29; W.J. TATUM, *The Patrician Tribune*, cit., 247 s.; L. FEZZI, *Il tribuno Clodio*, cit., 47. In senso contrario v. però G. LACOUR-GAYET, *P. Clodius Pulcher*, cit., 3, nt. 1. Al tema si è dedicato specificamente, più di recente, A.M. RIGGSBY, *Clodius / Claudius*, in *Historia* 51, 2002, 117 ss., il quale, fra l'altro, ha rilevato che Clodio risulta chiamato in questo modo già in alcune lettere di Cicerone che vanno dal 61 al 60 a.C.; e che anche due delle sorelle di Clodio erano chiamate 'Clodia' (e non 'Claudia') pur non avendo compiuto la *transitio ad plebem*. Per questa ragione si potrebbe credere, come ritenuto sicuro da W.M. LINDSAY, *Latin Language. An Historical Account of Latin Sounds, Stems and Flexions*, Oxford 1894, 41, che il mutamento del nome *Claudius* nella forma consueta nella pronuncia popolare (*Clodius*) sia stato effettuato allo scopo di compiacere la plebe. Ciò consentirebbe di spiegare la testimonianza di Dione Cassio, il quale ricorda che mentre alcuni lo chiamavano 'Clodius', altri lo chiamavano 'Claudius' (Dio Cass., 36.14.4: ... Πούπλιος τις Κλώδιος, ὃν Κλαύδιόν τινες ἐκάλεσαν κτλ.). A tale conclusione era già pervenuto sulla base di argomenti analoghi W. ALLEN JR., *Claudius or Clodius?*, in *ClJ* 33, 1937, 107 ss. Sul punto v. pure A. EVERITT, *Cicerone*, cit., 136 s.

²⁰² In argomento v. G. LACOUR-GAYET, *P. Clodius Pulcher*, cit., 14 s. L'irregolarità della procedura di adozione sarà sfruttata da Cicerone nell'orazione *De domo* allo scopo di mostrare che essa si ripercuoteva sulla

Dietro questa mossa si nascondeva la volontà di dare una lezione a Cicerone, che aveva irritato Cesare attaccandolo pubblicamente. A seguito della *transitio ad plebem*, necessaria perché un patrizio potesse aspirare a divenire tribuno della plebe, Clodio poté realizzare finalmente quel sogno che in precedenza era stato ostacolato. Presentò quindi la propria candidatura per l'anno successivo, contando sul sostegno elettorale di Cesare, al quale si era ormai politicamente avvicinato in seguito a un reciproco scambio di favori, al punto che Theodor Mommsen lo definì la 'scimmia di Cesare'.²⁰³ Clodio, dal canto suo, si sarebbe sdebitato appoggiando politicamente Cesare perché ottenesse il governo delle Gallie.²⁰⁴

Divenuto tribuno della plebe, Clodio avrebbe fatto approvare un plebiscito in forza del quale si colpiva con l'*aqua et igni interdictio* e con il divieto di soggiornare entro il raggio di 400 miglia dall'Italia (o, secondo un'altra testimonianza, da Roma) quanti avessero messo a morte un cittadino senza regolare giudizio del popolo, pena l'uccisione, da considerarsi lecita, per chi non avesse rispettato tale distanza.²⁰⁵ Seppur formulato in modo generale,²⁰⁶

legittimità di ogni provvedimento fatto votare da Clodio come tribuno della plebe, compreso quello che comportò l'esilio di Cicerone: sul punto v. F.R. BERNO, *Fuoco e fiamme su Cicerone. Il personaggio di Clodio nella De domo sua*, in Pan 23, 2005, 114.

²⁰³ T. MOMMSEN, *Römische Geschichte*, 3⁷, cit., 309. Questa idea è stata sostenuta anche da altri autori, ai quali si sono contrapposti coloro che, come ricordato da E. MANNI, *L'utopia di Clodio*, cit., 161 s., hanno pensato che Clodio fosse uno strumento nelle mani di Pompeo. Nella storiografia più recente, tuttavia, si tende a rivalutare l'autonomia del ruolo politico di Clodio tanto rispetto a Cesare, quanto rispetto a Pompeo. In tal senso v. gli autori citati da E. LEPORÉ, *La decisione politica e l'auctoritas senatoria*, cit., 777, nt. 106. Per W. SCHULLER, *Der Mordprozeß gegen Titus Annius Milo*, cit., 117, l'avvicinamento politico di Cesare e Clodio sarebbe stata un'operazione grazie alla quale entrambi avrebbero realizzato lo scopo di sfruttare l'altro per realizzare i propri interessi.

²⁰⁴ Cfr. App., *bell. ciu.* 2.14.53. In argomento v. anche J. SPIELVOGEL, *P. Clodius Pulcher*, cit., 62 s.. Per una valutazione dei rapporti fra Cesare e Clodio dopo la *transitio ad plebem* di quest'ultimo v. le acute osservazioni di E. MANNI, *L'utopia di Clodio*, cit., 168 ss.

²⁰⁵ Sul plebiscito, votato verso il 20 di marzo e generalmente conosciuto come '*lex Clodia de capite ciuis Romani*', v. le fonti richiamate in G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, cit., 394 s.

²⁰⁶ In argomento v. W. STERNKOPF, *Ueber die „Verbesserung“ des Clodianischen Gesetzentwurfes de exilio Ciceronis*, in *Philologus* 59, 1900, 272 ss.; ID., *Noch einmal die correctio der lex Clodia de exilio Ciceronis*, in *Philologus* 61, 1902, 41 ss.; L. GURLITT, *Lex Clodia de exilio Ciceronis*, in *Philologus* 59, 1900, 578 ss.; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, II, Bologna 1927, 79 s., e ivi nt. 6, secondo il quale in base a quanto si legge in Cic., *ad Att.* 3.15.5 e Plut., *Cic.* 32 «sembra che, ad applicare al Nostro la sua legge generale già proposta, Clodio abbia adoprato un *privilegium* fatto votare dopo ch'egli era partito; benchè tali testimonianze si possano anche spiegare ed intendere supponendo che la disposizione relativa a Cicerone, anzichè di un nuovo ed apposito *privilegium* promulgato per lui, formasse oggetto di una clausola aggiunta, dopo la sua partenza, al testo della legge generale». Sul punto v. pure G. ROTONDI, *Leges publicae populi Romani*, cit., 395 s.; PH. MOREAU, *La Lex Clodia sur le bannissement de Cicéron*, in *Athenaeum* 65, 1987, 465 ss.; C. WILLIAMSON, *The Laws of the Roman People. Public Law in the Expansion and Decline of the Roman Republic*, Ann Arbor 2005, 384 s.; C. VENTURINI, *L'esilio di Cicerone*, cit., 428 ss. A tale riguardo E. GABBA, *Cicerone e la falsificazione dei senatoconsulti*, in *Studi Classici e Orientali* 10, 1961, 92, ha posto in rilievo la circostanza che, in base a quanto si legge in Cic., *de dom.* 50, si dovrebbe desumere che «il punto di accusa più importante, il fondamento della *lex de exilio Ciceronis* proposta da Clodio nel 58 a. C. era il seguente: *quod M. Tullius falsum senatus consultum rettulerit*», e che tale notizia sarebbe confermata da *Schol. Bob.* 171, 5 [STANGL]; in questo senso v. C. VENTURINI, *L'esilio di Cicerone*, cit., 440 s.

il provvedimento era diretto contro Cicerone, che si vide dunque costretto all'esilio in Grecia.²⁰⁷ Nella *pro Milone* egli accenna a tali avvenimenti, includendoli nella lunga carrellata dei gravi misfatti commessi da Clodio.²⁰⁸

Se si tiene conto di questi fatti, si riesce a comprendere come lo sviluppo della tesi che costituisce l'asse portante della *tractatio extra causam* dell'orazione *pro Milone* permettesse all'Arpinate di sfruttare a proprio vantaggio l'opportunità che gli si presentava assumendo la difesa dell'accusato. Come si è avuto modo di osservare, infatti, sostenendo che quest'ultimo andava assolto perché, uccidendo Clodio, aveva reso un servizio allo Stato perché lo aveva liberato da un pericolo imminente, egli era in grado di fornire una giustificazione indiretta all'uccisione di Catilina e dei suoi seguaci.

Anche nella *peroratio* è solennemente proclamata con toni filosofeggianti una verità alla luce della quale i giudici avrebbero dovuto non soltanto assolvere Milone, ma anche valutare le decisioni assunte da Cicerone stesso per salvare lo Stato dai pericoli:

Cic., *pro Mil.* 96: ... *Addit haec, quae certe vera sunt, fortis et sapientis viros non tam praemia sequi solere recte factorum quam ipsa recte facta; se nihil in vita nisi praeclarissime fecisse, si quidem nihil sit praestabilius viro quam periculis patriam liberare.*

Ormai ammaestrato dagli avvenimenti che lo avevano visto protagonista per aver messo a morte Catilina e i suoi seguaci in quanto nemici dello Stato, ma senza un regolare processo, è probabile che Cicerone abbia preferito sostenere come tesi più sicura sul piano strettamente giuridico quella della legittima difesa, affidando all'argomento basato sulla difesa dello Stato il compito di far presa sulle emozioni dei giurati.

²⁰⁷ Su queste vicende v. W. DRUMANN, *Geschichte Roms*, II², cit., 208 ss., con fonti; K. KUMANIECKI, *Cicerone*, cit., 283 ss.; O. SEEL, *Cicero. Wort Staat Welt*², Stuttgart 1961, 108 ss.; R. SEAGER, *Clodius, Pompeius and the Exile of Cicero*, in *Latomus* 24, 1965, 519 ss.; W. STROH, *Cicerone*, cit., 39 ss. Sull'esilio di Cicerone può vedersi ora anche C. VENTURINI, *L'esilio di Cicerone*, cit., 427 ss.

²⁰⁸ Cic., *pro Mil.* 87: ... *Polluerat stupro sanctissimas religiones, senatus gravissima decreta perfregerat, pecunia se a iudicibus palam redemerat, vexarat in tribunatu senatum, omnium ordinum consensu pro salute rei publicae gesta resciderat, me patria expulerat, bona diripuerat, domum incenderat, liberos, coniugem meam vexarat, Cn. Pompeio nefarium bellum indixerat, magistratuum privatorumque caedis effecerat, domum mei fratris incenderat, vastarat Etruriam, multos sedibus ac fortunis eiecerat rell.*

NOTE

GIUSEPPE FALCONE

Il rapporto *ius gentium* - *ius civile* e la *societas vitae*
in Cic., *off.* 3.69-70

PAROLE CHIAVE

Ius gentium; natura; fides; Cicerone; De officiis; Quinto Mucio

L'apparizione, negli ultimi anni, di alcuni studi che hanno preso in considerazione, con qualche specificità, il rapporto instaurato tra *ius gentium* e *ius civile* in Cic., *off.* 3.69¹ mi induce a compiere alcune brevi osservazioni in margine a questo testo, che, una decina di anni fa, mi ero limitato a citare quale esempio di impiego, da parte dell'Arpinate, del concetto di *ius gentium* come equipollente alla *lex naturae*² e che adesso, in chiave di apposita analisi, non può essere considerato se non in connessione con il suo immediato seguito:

Cic., *off.* 3.69. *Hoc quamquam video propter depravationem consuetudinis neque more turpe haberi neque aut lege sanciri aut iure civili, tamen naturae lege sanctum est. Societas est enim – quod, etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius – latissime quidem quae pateat, omnium inter omnes, interior eorum, qui eiusdem gentis sint, prior eorum, qui eiusdem civitatis. Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt: quod civile, non idem continuo gentium, quod autem gentium, idem civile esse debet. Sed nos veri iuris germanaeque iustitiae solidam et expressam effigiem nullam tenemus, umbra et imaginibus utimur. Eas ipsas utinam sequeremur! Ferunt enim ex optimis naturae et veritatis exemplis. 70. Nam quanti verba illa UTI NE PROPTER TE FIDEMVE TUAM CAPTUS FRAUDATUSVE SIM! Quam illa aurea UT INTER BONOS BENE AGIER OPORTET ET SINE FRAUDATIONE. Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est. Q. quidem Scaevola, pontifex maximus, summam vim esse dicebat in omnibus iis arbitriis, in quibus adderetur EX FIDE BONA fideique bonae nomen existimabat manare latissime, idque versari in tutelis, societatibus, fideiis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis, quibus vitae societas contineretur; in iis magni esse iudicis statuere, praesertim cum in plerisque essent iudicia contraria, quid quemque cuique praestare oporteret.*

Cicerone esordisce affermando che la condotta volta ad ingannare e a far cadere in trappole,³ quand'anche non sia riprovata dal costume né sanzionata da statuizioni di

¹ F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storia e contemporanea*, II, Padova 2003, 117 ss.; M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani. «Leerformeln» e valori dell'ordinamento*, in *Il ruolo della buona fede cit.*, IV, 149 nt. 415; O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale alla protezione giudiziaria. Genesi e vicende delle formule di buona fede e delle cd. formulae in factum conceptae*, in C. CASCIONE - C. MASI DORIA (cur.), *Diritto e giustizia nel processo*, Napoli 2002, 218 ss.; ID., *Che cos'era il ius gentium antico?*, in M.P. BACCARI - C. CASCIONE (cur.), *Tradizione romanistica e Costituzione*, I, Napoli-Roma 2006, 483 ss.; S. RANDAZZO, *Mandare. Radici della doverosità e percorsi consensualistici nell'evoluzione del mandato romano*, Milano 2005, 133 ss.; R. CARDILLI, *Societas vitae in Cic., off. 3,70 e obligatio consensus contracta*, in *BIDR* 105, 2011, 195; R. FIORI, *Bonus vir. Politica filosofia retorica e diritto nel de officiis di Cicerone*, Napoli 2011, 134 ss..

² G. FALCONE, *“Obligatio est iuris vinculum”*, Torino 2003, 150 nt. 403.

³ Il testo in esame, invero, fa parte di una lunga ed assai articolata sezione, dedicata ad illustrare alcuni casi nei quali sembra che l'*utilitas* contrasti con l'*honestas* (§ 50); ed è, in particolare, immediatamente preceduto dalla seguente considerazione (§ 68): *‘Sed aliter leges, aliter philosophi tollunt astutias; leges, quatenus manu tenere possunt, philosophi, quatenus ratione et intellegentia. Ratio ergo hoc postulat, ne quid insidiose, ne quid simulate, ne quid fallaciter. Suntne igitur insidiae tendere plagas, etiam si excitaturus non sis, nec agitat-*

diritto positivo, è comunque proibita dalla *lex naturae*; quindi, come immediato svolgimento esplicativo di questa affermazione, ripropone l'osservazione, più volte compiuta, che esiste una *societas* che unisce tutti gli uomini:⁴ evidentemente, il richiamo a questa *societas* onnicomprensiva vuole indicare l'ambito di riferimento, per dir così, della predetta *lex naturae*; fa poi seguire a questo richiamo la prospettazione di altri due gradi di *societates* in ordine di progressivo restringimento: una *societas* che lega gli appartenenti ad una stessa *gens* e una *societas* costituita dagli appartenenti alla singola *civitas*; a questo punto, compare una separazione e correlazione tra *ius gentium* e *ius civile*: mentre i contenuti del *ius civile* non sono di per sé *ius gentium*, i contenuti del *ius gentium* 'devono essere' *ius civile*; segue, infine, nel § 70, la menzione di alcuni istituti giuridici raffigurati come riflessi (*umbrae* e *imagines*), nell'ordinamento positivo, di realtà superiori consistenti nel *verum ius* e nell'autentica *iustitia*: sono citati, in particolare, lo schema verbale '*uti ne propter te fidemve tuam captus fraudatusve sim*', un segmento della *formula* dell'*actio fiduciae* ('*ut inter bonos bene agere oportet et sine fraudatione*') e, tramite una citazione Quinto Mucio,⁵ la figura in sé degli *arbitria bonae fidei* e una serie di atti e rapporti giuridici imperniati sul valore della *fides bona*.⁶

rus? Ipsae enim ferae nullo insequente saepe incidunt. Sic tu aedes proscribas, tabulam tamquam plagam ponas, domum propter vitia vendas, in eam aliquis incurrat imprudens?'

⁴ Quel che è già stato più volte affermato da Cicerone ('*quod, etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius*') non è – come talvolta si è ritenuto: cfr., ad es., G. LOMBARDI, *Sul concetto di "ius gentium"*, Roma 1947, 71; M. VARVARO, *Iuris consensus e societas in Cicerone. Un'analisi di Cic., de rep., I, 25, 39*, in AUPA 45.1, 1998, F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, in L. GAROFALO (cur.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storia e contemporanea*, II, Padova 2003, 118 – la distinzione tra diverse *societates*, bensì l'idea che esiste una *societas* di amplissima estensione che lega tutti gli uomini tra loro. Lo rivela, anzitutto, la stessa posizione dell'inciso '*quod – saepius*'; e lo conferma il fatto che il riferimento ai diversi *gradus societatis* compare solo una volta (§ 1.53), mentre ciò che può dirsi affermato '*saepe*' è, appunto, il riferimento alla *societas* che unisce tutti gli uomini: cfr. i §§ 1.15, 1.17, 1.20, 1.21, 1.22 1.50-51, 1.60; 1.153; 1.157-158, 1.160; 3.21; 3.23; 3.28; 3.31 (nel quale, peraltro, proprio in relazione alla '*humana societatis*' Cicerone afferma '*quam s a e p e commemoro*'); 3.52; 3.53.

⁵ Per la provenienza dell'articolata notazione muciana cfr., per tutti, F. BONA, *Cicerone e i libri iuris civilis di Quinto Mucio Scevola*, in *Questioni di giurisprudenza tardo-repubblicana* (Atti Seminario - Firenze 1983), Milano 1985, 253 nt. 135 (= *Lectio sua. Studi editi e inediti di diritto romano*, II, Padova 2003, 882 nt. 135), con accurata discussione critica e propensione per una originaria collocazione nei *libri iuris civilis*, anziché per una formulazione esclusivamente orale (successivamente, peraltro, l'eventualità che si tratti di una presa di posizione espressa oralmente, in sede di insegnamento, è stata riproposta da F. WIEACKER, *Römische Rechtsgeschichte*, I, München 1988, 643 nt. 20, e ritenuta 'sicura' da A. DYCK, *A commentary on Cicero, De Officiis*, Michigan 1998, 584).

⁶ La complessiva notazione di Quinto Mucio viene per lo più considerata, in dottrina, come un'elencazione di *arbitria bonae fidei*. Tuttavia, pur se il discorso si apre con un diretto riferimento agli *arbitria* nei quali compare la clausola *ex fide bona*, riferimento che viene ripreso in chiusura con il cenno alla delicatezza della valutazione del giudice in relazione a codesti *arbitria* ('*in h i s magni iudicis esse...*'), quel che viene presentato, nella parte centrale, è un elenco di rapporti e operazioni giuridiche costituenti gli ambiti nei quali trova esplicazione la nozione della *bona fides* (*bonae fidei nomen*: cfr., opportunamente, R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino, 36 ss.): '*idque versari in tutelis, societatis, fiduciis, mandatis, rebus emptis, venditis, conductis, locatis*'.

Continua a sembrarmi evidente che la stessa sequenza espositiva interna al § 69 rivela senz'altro che il *ius gentium* ivi richiamato è assunto da Cicerone, non già come indicante il complesso di regole e istituti giuridici (ritenuti) presenti presso tutti i popoli,⁷ bensì come coincidente con la *lex naturae* menzionata in apertura di discorso.⁸ Il che è in linea, del resto, con la circostanza che, in un passaggio dello stesso III libro, una coincidenza tra *ius gentium* e *lex naturae* era stata fissata in modo esplicito.⁹ In relazione a questo valore di *ius gentium*, l'affermazione '*quod autem gentium, idem civile esse d e b e t*', anziché indicare una "necessità concettuale" che il *ius gentium* sia parte del *ius civile*,¹⁰ esprime un'aspirazione ideale che i principi e i valori riconducibili alla *lex naturae* (= *ius gentium*) vengano recepiti, fatti propri dall'ordinamento positivo della *civitas*.¹¹ Il '*debet*' va inteso, propriamente, come un 'dovrebbe';¹² e la complessiva affermazione come un diretto riferimento alla constatazione iniziale '*quamquam video – tamen natura sanctum est*'.

Alla luce di siffatta accezione del *ius gentium*,¹³ non vi è motivo di valutare in termini

⁷ Come assunto, recentemente, ad es. da F. GALLO, *Bona fides*, cit., 119 s.; S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 135; R. FIORI, *Bonus vir*, cit., 138 s.; v.a. implicitamente, data l'adesione alla ricostruzione di Gallo, R. CARDILLI, *Societas vitae*, cit., 195. In precedenza, ad es., G. GROSSO, *Gai III, 133. Riflessioni sul concetto del ius gentium*, in RIDA 2, 1949, 397 (= *Scritti storico giuridici*, I, Torino 2000, 231); ID., «*Syngraphae*», «*stipulatio*» e «*ius gentium*», in *Labeo* 17, 1971, 12 (= *Scritti cit.*, III, 753); H. WAGNER, *Studien zur allgemeinen Rechtslehre des Gaius. Ius gentium und ius naturale in ihrem Verhältnis zum ius civile*, Amsterdam 1978, 173: «*Ius gentium ist wie ius civile geltendes staatliches Recht im Gegensatz zu ideellem Naturrecht*» (!).

⁸ Cfr. già, con nettezza, M. LAURIA, *Ius. Visioni romane e moderne. Lezioni*,³ Napoli 1967, 65; B. ALBANESE, *Premesse allo studio del diritto privato romano*, Palermo, 1978, 137 nt. 131 e 141 nt. 144; G. ANSELMO ARICO', «*Ius publicum*»-«*ius privatum*» in Ulpiano, Gaio e Cicerone, in AUPA 37, 1983, 692 nt. 157.

⁹ Cic., *off.* 3.23: '*Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. Hoc enim spectant leges, hoc volunt, incolumen esse civium coniunctionem, quam qui dirimunt, eos morte, exsilio, vinclis, damno coercent. Atque hoc multo magis efficit ipsa naturae ratio, quae est lex divina et humana; cui parere qui velit - omnes autem parebunt, qui secundum naturam volent vivere - numquam committet ut alienum appetat et id, quod alteri detraxerit, sibi adsumat*'. Su questo brano, oltre ai rilievi compiuti in G. FALCONE, «*Obligatio est iuris vinculum*», cit., 150 nt. 403, cfr. anche *infra*, nt. 41.

¹⁰ Come riteneva G. LOMBARDI, *Sul concetto*, cit., 77 e 80: «Per necessità logica di definizione tutte le norme di *ius gentium* devono essere anche di *ius civile*». Cfr. anche, di recente, F. GALLO, *Bona fides e ius gentium*, cit., 119 nt. 4, il quale condivide l'idea di Beseler (*De iure civili Tullio duce ad naturam revocando*, in BIDR 39, 1931, 336), secondo cui l'affermazione in questione andrebbe intesa alla stregua di '*rogatio non potest non esse lex*' di Fest., v. '*Rogatio*' (326 L.).

¹¹ Che queste parole alludano ad un'aspirazione ideale, espressa attraverso la locuzione '*esse debet*', è già stato osservato da B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 141 nt. 144; G. ANSELMO ARICO', «*Ius publicum*»-«*ius privatum*», cit., 692 ss.; M. VARVARO, *Iuris consensus e societas*, cit., 478; non dissimile, in precedenza, la posizione di J. MICHEL, *Sur les origines du «jus gentium»*, in RIDA 3, 1956, 327 e 342 (nonostante l'accoglimento di una traduzione fuorviante a p. 340 nt. 48).

¹² Così già B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 141 nt. 144 e G. ANSELMO ARICO', «*Ius publicum*»-«*ius privatum*», cit., 695.

¹³ In aggiunta all'esplicita coincidenza tra *ius gentium* e *natura* fissata nello stesso *De officiis* (§ 3.23, trascrit-

negativi, a mo' di incongruenza o distonia, il fatto che Cicerone, dapprima, parla di tre gradi di *societas* e poi, nello spostare l'attenzione sul piano del *ius*, riduce il discorso ad un dualismo tra *ius gentium* e *ius civile*.¹⁴

In proposito, occorre anzitutto precisare che il significato del termine '*gens*' usato a proposito della *societas* intermedia tra l'umanità e le singole *civitates*, si individua con assoluta sicurezza.¹⁵ Esso ci viene, infatti, indicato direttamente da Cicerone in un precedente brano dello stesso *De officiis*, che costituisce (si badi) il solo altro luogo nel quale egli parla dei vari *gradus societatis hominum*. Mi riferisco alle battute iniziali del § 1.53, nelle quali l'autore spiega che, dopo la *societas 'infinita'* che collega tutti gli uomini tra loro, '*propior est eiusdem gentis, nationis, linguae, qua maxime homines coniunguntur*'. Il significato è, dunque, quello di '*natio*', gruppo etnico, *populus*.¹⁶ Del resto, proprio la *natio* e la *societas hominum* vengono tra loro correlate in un passo del *De legibus* (1.32), come vedremo subito.¹⁷

to *supra*, in nt. 9), non sarà male segnalare l'incisivo riscontro offerto da Cic., *de har. resp.* 14.32 '*...quamquam hoc si minus civili iure perscriptum est, lege tamen naturae, communi iure gentium sanctum est ut nihil mortales a dis immortalibus usu capere possint*'. Il brano, relativo ad un discorso pronunziato nel 56a.C., attesta la salda presenza del motivo dell'identificazione *lex naturae - ius gentium* nel pensiero di Cicerone già ben prima della composizione del *De officiis*; ed è significativo anche per l'identica strutturazione del dualismo tra statuizioni positive e *lex naturae=ius gentium* ('*quamquam ... tamen... sanctum est*') nonché per il riferimento all'*usu capere*, che, chiamando in causa un *ius proprium civium Romanorum*, conferma, se ve ne fosse bisogno, l'impiego del sintagma *ius gentium* per indicare un complesso di valori e principi ritenuti come avvertiti in ogni *natio*, e non come insieme di norme o istituti applicati presso ogni popolo.

¹⁴ In questo senso, di recente, F. GALLO, *L'officium del pretore nella produzione e applicazione del diritto (Corso di diritto romano)*, Torino 1997, 35; ID., *Bona fides e ius gentium*, cit., 118; adesivamente, S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 134 nt. 142 (in fine) e R. CARDILLI, *Societas vitae*, cit., 195. Accenna a "problemi di coordinamento" R. FIORI, *Bonus vir*, cit., 135 nt. 342, ma senza soffermarsi sulla questione. Su di essa, in modo articolato, G. LOMBARDI, *Sul concetto*, cit., 77 ss., le cui conclusioni però risultano viziate dal presupposto che il *ius gentium* alluderebbe al diritto positivamente vigente (*contra*, giustamente, A. GUARINO, Rec. a G. LOMBARDI, *Sul concetto di ius gentium*, in *AG* 136, 1949, 124 (ora, con il titolo *Il proteiforme ius gentium*, in *Pagine di diritto romano*, IV, Napoli 1994, 192).

¹⁵ Nonostante le perplessità di M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 149 nt. 415, il quale lamenta (del resto nel quadro di una lettura fortemente disincantata, per non dire critica, del complessivo enunciato del § 3.69: «una discutibilissima presa di posizione sul *ius gentium* e la *natura*, generalmente utilizzata dai giusnaturalisti di tutti i tempi con una filologia inversamente proporzionale alla carica d'ideologia di cui sono ahimè afflitti») che non si capirebbe bene a cosa Cicerone si riferisse parlando di *gens* a proposito di questa struttura intermedia e che, mentre a tal riguardo «noi moderni potremmo pensare agli stati sovraccittadini (come Roma e, precedentemente, le monarchie ellenistiche), [...] è difficile sostenere che, calato nell'ideologia della città-stato, Cicerone usasse il termine in questo significato incompatibile con la usuale sfera semantica di *gentes*».

¹⁶ L'accezione, in questo contesto, di '*gens*' nel senso di '*natio*', '*populus*' era peraltro già stata ben riconosciuta nella letteratura più antica: M. VOIGT, *Das ius naturale aequum et bonum und ius gentium der Römer*, I, Leipzig 1856, 514 nt. 1; E. COSTA, *Cicerone giureconsulto*, I, Bologna 1911, 19 nt 4, con altre fonti.

¹⁷ Va, dunque, respinta anche l'interpretazione, qua e là assunta in tempi recenti, nel senso di 'Gentilverband', sostenuta da M. KASER, *Ius gentium*, Köln-Wien-Weimar 1993, 14, nonché, sostanzialmente, da S. RANDAZZO, *Mandare*, cit., 125 ('gruppo, comunità parentale') e R. CARDILLI, *Societas vitae*, cit., 195 (il quale scrive che "la società intermedia, quella espressa dalla comunità di diritto tra *gentes*, aveva avuto,

Detto questo, il passaggio da tre *societates* al semplice dualismo *ius gentium/ius civile* ben si giustifica alla luce dell'obiettivo ciceroniano di mettere insieme e coordinare tra loro i seguenti elementi del complessivo messaggio di fondo: a) l'idea secondo cui *detrabere aliquid* a danno di altri è contrario alla *natura* e mina alla radice la *societas* o *convictum hominum*;¹⁸ b) il confronto, in relazione a questa condotta, tra l'ordinamento superiore della *natura* e le statuizioni giuridiche positive;¹⁹ c) l'aspirazione ideale che i contenuti (e cioè, i principi e i valori) di questo ordinamento superiore vengano recepiti, fatti propri dall'ordinamento della *societas* più ristretta e cioè della singola *civitas*. Ora, dal momento che nella tradizione giuridica romana (testimoniata dal richiamo ai *maiores*)²⁰ una correlazione tra ordinamento più ampio e ordinamento più ristretto era presente in chiave di dualismo tra *ius gentium* e *ius civile* (*Itaque maiores aliud ius gentium, aliud ius civile esse voluerunt...*), Cicerone dovette trovare opportuno menzionare esplicitamente anche la *societas* intermedia costituita dalla *gens=natio*, poiché in tal modo egli poteva alludere ai contenuti della *lex naturae* esprimendosi – sulla falsariga della predetta tradizione – in termini di *ius gentium*: codesti contenuti, infatti, proprio perché ascritti alla *natura* erano raffigurabili come principi e valori presenti presso ogni *gens* e dunque predicabili al contempo come *ius gentium*. V'è, del resto, un brano del *De legibus* che ottimamente mostra come la presenza di determinati valori presso ogni *natio* si prestava ad esser rappresentata in chiave di presenza degli stessi presso l'intero *genus hominum* (il che costituisce, appunto, il presupposto per entificare un *ius gentium*, quale *ius* di tutte le *gentes*, come coincidente con il *ius* dell'amplessima *societas hominum* e cioè con la *lex naturae*): *Quae autem n a t i o non comitatem, non benignitatem, non gratum animum et beneficium memorem diligit? quae superbos, quae maleficos, quae crudeles, quae ingratos non aspernatur, non odit? Q u i b u s e x r e b u s c u m o m n e g e n u s h o m i n u m sociatum inter se intellegatur, illud extremum est, quod recte vivendi ratio meliores efficit* (*leg.* 1.32).²¹

all'interno della *civitas*, espressione nel momento unificante del *ius civile*”; senonché, Cicerone non parla di una ‘comunanza di diritto tra *gentes*’, bensì indica, come *societas* intermedia, quella che lega fra loro i componenti di una stessa *gens*). Oltre che ai dati delle fonti, questa lettura, peraltro, si espone all'obiezione (ultimamente formulata da R. FIORI, *Bonus vir*, cit., 134 nt. 337) che in tal modo la cerchia della *civitas* verrebbe raffigurata, incomprensibilmente, come più ristretta di quella della *gens*.

¹⁸ Cfr., in particolare, l'intero svolgimento dei §§ 3.21-31.

¹⁹ Cfr., in termini generali, il § 3.21 e, più specificamente, i §§ 3.65-68 (dunque, il discorso che immediatamente precede lo squarcio in esame) da leggere alla luce della seguente affermazione del successivo § 71: *Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat...* (cfr. *infra*, su note 36-37). Dunque, i §§ 69-70 si trovano inseriti in un più ampio svolgimento impostato proprio sul confronto tra regole di diritto positivo e valori della *natura*.

²⁰ Sui quali cfr. *infra*, nt. 47.

²¹ Questo lo svolgimento argomentativo che precede e prepara il passaggio trascritto nel testo: gli uomini sono nati *ad iustitiam* e il *ius* *non opinione, sed natura constitutum <est>* (§ ...); ciò si può apprezzare se si tiene presente la *hominum inter ipsos societatem coniunctionemque*; questa comunità universale si fonda sulla *humani generis similitudo*: anche se le singole *gentes* possono coltivare differenti *opiniones*, determinati sentimenti e valori si ritrovano presso tutti gli uomini.

È implicito in quanto fin qui osservato che il riferimento ai tre tipi di *societas* e il dualismo tra *ius gentium* e *ius civile* che compaiono nel § 69 sono da ritenersi non solo genuini (dovendosi scartare sia l'ipotesi che il tratto concernente il binomio *ius gentium - ius civile* costituisca di un'interpolazione²² sia l'idea che si tratti di una notazione compiuta *in margine* dallo stesso Cicerone e poi inavvertitamente incorporata dagli editori²³), ma anche centrali ai fini del complessivo svolgimento di questa sezione del discorso ciceroniano. Questa parte del § 69 non costituisce, invero, una semplice digressione, come pure è stato sostenuto.²⁴ Piuttosto, si tratta di un passaggio fondamentale in vista del successivo richiamo alla *societas vitae* presente all'interno della citazione di Quinto Mucio (§ 70), richiamo che, a sua volta, rinsalda la stessa rappresentazione iniziale della *lex naturae* intesa come *ius gentium* e del rapporto tra questo e il *ius civile*.

Per apprezzare compiutamente ciò è necessario considerare preliminarmente due circostanze.

In primo luogo, i modelli virtuosi che, secondo Cicerone, hanno ispirato (*'feruntur ex optimis...exemplis'*) la creazione degli istituti di diritto positivo adottati quali riflessi (*umbrae et imagines*) del *verum ius*²⁵ e dell'autentica *iustitia* sono comportamenti informati non ad una generica correttezza, bensì, specificamente, al valore della *fides* intesa, in particolare, sotto il profilo dell'affidabilità e della connessa prospettiva dell'affidamento.²⁶ Ciò è suggerito già dalla precisazione iniziale *'naturae et veritatis exemplis'*, ove si tengano presenti altri passi dello stesso *De officiis* nei quali alla *iustitia* e alla *veritas* è collegata la *fides*: nel § 1.23 si spiega che *'fundamentum est iustitia e fides, id est dictorum conventorumque constantia et veritas'*; nel § 1.31 si parla, in relazione all'*homo iustus*, di *'facere promissum quaeque pertinent ad veritatem et fidem'*; e nel § 1.63 l'essere *'veritatis amici minimeque fallaces'* è ricondotto al cuore della *iustitia*.²⁷ Ed è confermato dalla scelta di addurre lo schema verbale *'uti ne propter te*

²² In questo senso si era espresso G. BESELER, *De iure civili*, cit., 336, sulla base dell'assunto che il cenno ai rapporti tra le due sfere ordinamentali costituirebbe un'interruzione rispetto alla linearità del complessivo discorso.

²³ È l'idea di J. MICHEL, *Sur les origines du «jus gentium»*, cit., 341, che si scontra, però, con l'osservazione incidentale *'quod, etsi saepe dictum est, dicendum est tamen saepius'*, la quale evidentemente è stata congegnata per essere letta: dunque, direttamente come parte integrante del testo.

²⁴ Da G. LOMBARDI, *Sul concetto*, cit., 77 ss.; v. a. A. GUARINO, Rec. a G. LOMBARDI, cit., 124 = *Il pro-teiforme ius gentium*, cit., 193. Anche alla base di questa diagnosi (come di quelle di Beseler e Michel) vi è l'(infondata) impressione che le affermazioni in questione spezzerebbero la continuità tra il cenno iniziale alla *lex naturae* e la notazione d'apertura del successivo § 70.

²⁵ Che il *verum ius* alluda alla *lex naturae* è fuor di dubbio. Riterrei, peraltro, che questo riferimento in termini di *ius*, anziché in termini di *lex* (*'vera lex'* compare, invece, in *leg.* 2.10 e in *rep.* 3.33), più che rispondere ad una inespressa concettualizzazione *'ius naturae'* (che, oltretutto, non ricorre mai nel *De officiis*), si riallacci direttamente all'impiego, subito prima, di *ius gentium* come equivalente a *lex naturae*.

²⁶ Sui molteplici e tra loro connessi valori della *fides*, tra i quali quello di dote che attribuisce ad un soggetto la «capacità d'esser fonte di sicurezza per altri» e che, quindi, induce altri a farvi affidamento, rinvio alle magistrali, pregnanti pagine di B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 114 ss.

²⁷ *'...Itaque viros fortes et magnanimos [...] veritatis amicos minimeque fallaces esse volumus; quae sunt ex*

*fide m ve tuam captus fra u d a t u s v e sim*²⁸ nonché dalla circostanza, notevole, che solo in questo brano la trascrizione del segmento di *formula fiduciae* concernente la tipizzazione del modello comportamentale dei due contraenti²⁹ comprende anche le parole ‘*et sine fraudatione*’, laddove in tutti gli altri luoghi (tra cui, significativamente, uno dello stesso *De officiis*) la trascrizione del predetto segmento si limita alle parole ‘*ut inter bonos bene agier*’ o ‘*ut inter bonos bene agier oportet*’.³⁰ Del resto, le figure giuridiche (*tutelae, societates, fiduciae, mandata, res emptae, venditae, conductae, locatae*) presenti nell’elencazione muciana coincidono con quelle che lo stesso Cicerone richiama nel *De natura deorum* (3.74) nei seguenti termini: ‘...*tot iudicia d e f i d e m a l a, tutelae mandati pro socio fiduciae, reliqua quae ex empto aut vendito aut conducto aut locato c o n t r a f i d e m f u n t, ...*’.³¹

In secondo luogo, anche la complessiva citazione del pensiero di Quinto Mucio è compiuta al fine di segnalare creazioni di diritto positivo da apprezzare particolarmente in quanto riflessi del *verum ius* e della *iustitia*.³² Non appare, invero, condivisibile

media laude iustitiae’. Inoltre, *veritas* e *fides* sono concettualmente accostate, in modo indiretto, anche nel § 1.109, nel quale ricorre la coppia ‘*veritatis cultores, fraudis inimici*’.

²⁸ È incerta l’appartenenza di queste parole ad un più ampio formulario processuale (cfr., per tutti, R. CARDILLI, «*Bona fides*» tra storia e sistema, Torino 2004, 32 nt. 60) o, invece, negoziale (cfr. J.-PH. DUNAND, *Le transfert fiduciaire: «donner pour reprendre»*. Mancipio dare ut remancipetur. Analyse historique et comparative de la fiducie-gestion, Bale-Genève-Munich 2000, 126 ss.).

²⁹ In argomento rinvio a G. FALCONE, *I verba della formula fiduciae e la nozione di vir bonus*, in corso di stampa negli scritti in onore di Laurens Winkel.

³⁰ Cic., *off.* 3.61; *top.* 17.65; *ad fam.* VII.12.

³¹ Che anche la menzione di una *fides* ‘*mala*’ in *nat. deor.* 3.74 alluda all’aspettativa (delusa) dell’affidabilità-affidamento è mostrato dal fatto che attorno ad essa vengono raggruppate ed isolate rispetto alla compravendita e alla locazione, le figure della *tutela*, del *mandatum*, della *societas* e della *fiducia*, nelle quali il profilo dell’affidamento è assolutamente primario e caratterizzante: cfr. Cic., *Rosc. com.* 16, nel quale *tutela, societas* e *fiducia* vengono unitariamente considerate proprio dal punto di vista della violazione dell’affidamento (‘*Si qua enim sunt privata iudicia summae existimationis et paene dicam capitis, tria haec sunt, fiduciae, tutela, societatis. Aequae enim perfidiosum et nefarium est fidem frangere quae continet vitam, et pupillum fraudare qui in tutelam pervenit, et socium fallere qui se in negotio coniunxit*’). E’ suggestiva, ma purtroppo non argomentabile, l’idea che, data la coincidenza di figure menzionate, anche l’elencazione e la bipartizione di *de nat. deor.* 3.74 riproduca una presa di posizione di Quinto Mucio.

³² Si noti il parallelismo tra la presentazione in chiave elogiativa dei primi due formulari, introdotti con parole che ne richiamavano il valore e la rilevanza, ‘*nam quanti verba illa...*’ e ‘*quam illa aurea...*’, e il riferimento ad una *summa vis* inerente agli *arbitria* contenenti la clausola ‘*ex fide bona*’. Le parole di Quinto Mucio dovettero apparire tanto più efficaci, in vista della finalità argomentativa indicata nel testo, in quanto si coordinano con l’uso del termine ‘*vis*’ con connotazione positiva sovente adottato da Cicerone proprio in ambiti tematico-concettuali finitimi: cfr., solo a titolo di esempio, *vis* della *iustitia* (*off.* 2.40), *vis* della *lex naturae* (*leg.* 1.19 e *nat. deor.* 1.40), *vis* della *ratio aequitatis* (*Caec.* 58), *vis honestatis* e *vis honesti* (*fin.* 2.81, *inv.* 2.158, *off.* 3.47), *vis amicitiae* (*Lael.* 15; 20; 23; 80; 92), *vis virtutis* (*fin.* 5.12 e 27), *vis fortitudinis* (*Tusc.* 2.11), *magna vis humanitatis* (*Rosc. Am.* 63), *magna vis conscientiae* (*Cat.* 3.27 e *Mil.* 61). Alla luce di ciò, l’idea di R. CARDILLI, *Bona fides*, cit., 36 nt. 65, secondo cui nell’espressione ‘*summa vis*’ il termine ‘*vis*’ avrebbe il significato di “attività umana potenzialmente prevaricatrice” (che potrebbe sfociare “in arbitrarie (ed in ciò prevaricatrici) concretizzazioni del concetto-valore” della *bona fides* da parte del

l'opinione, non sporadica, secondo cui il richiamo a Quinto Mucio sarebbe da porre in immediata connessione con la frase precedente '*Sed, qui sint boni et quid sit bene agi magna quaestio est*', nel senso che Cicerone avrebbe indicato una presa di posizione che appartiene o che dà risposta ad una "grande discussione" che si sarebbe agitata circa il significato dei termini '*boni*' e '*bene agi*' della *formula fidei*.³³ Al riguardo, può anzitutto notarsi che il senso più naturale della frase '*Sed – magna quaestio est*' appare, non "su chi siano i *boni* e su cosa significhi '*bene agier*' c'è una grande discussione", bensì "ma chi siano i *boni* e cosa significa *bene agier* è una questione delicata e di grande momento"; onde un eventuale, diretto collegamento con la citazione di Quinto Mucio potrebbe incentrarsi, semmai, sul riferimento che il giurista compie, in chiusura, all'intervento del giudice: Cicerone potrebbe aver voluto rilevare che, come stabilire in concreto i contenuti e le implicazioni della qualifica *virii boni* e del *bene agier* è una questione di non poco conto, così '*statuere ... quid quemque cuique praestare oporteret*', e cioè individuare i concreti risvolti della nozione di *bona fides*, avente amplissima portata (cfr. '*manare latissime*'), è compito di un giudice '*magnus*', preparato e avveduto.³⁴ D'altra parte, le parole di Quinto Mucio, al di là dei cenni alla '*summa vis*' e al '*manare latissime*', nulla di specifico indicano in ordine all'intrinseco significato della clausola '*ex fide bona*', onde esse non potevano venire intese da Cicerone come idonee a gettare luce sul controverso significato di altri termini;³⁵ tanto più, poi, che codeste parole di Quinto Mucio erano, sotto questo profilo, meno concludenti rispetto ad una esplicitazione che già lo stesso Cicerone aveva avuto occasione di fornire nel § 3.61: '*Aut cum dicitur INTER BONOS BENE AGIER, quicquam agi dolose aut malitiose potest?*'. In realtà, una menzione autonoma degli *arbitria ex fide bona* (non finalizzata, cioè, a chiarire il senso di altri *verba* formulari) ben difficilmente sarebbe potuta mancare in un discorso, come quello del § 70, avente come obiettivo apposito l'indicazione di istituti giuridici

giudice, con la conseguenza che il *iudex magnus* sarebbe colui che è «in grado - coadiuvato dai giuristi - di dominare adeguatamente questa 'forza', senza esserne sopraffatto»), appare senz'altro da respingere, almeno con riguardo all'inserimento della notazione di Quinto Mucio nel contesto del discorso ciceroniano; rispetto all'originaria notazione muciana in sé considerata, non vi sono elementi specifici per sostenere o respingere siffatta lettura, ma essa appare, francamente, artificiosa rispetto alla naturale interpretazione di '*summa vis*' come 'altissimo valore, rilievo' o 'estrema efficacia, incisività' degli *arbitria* in questione.

³³ Cfr., ad es., A. CARCATERRA, *Intorno ai bonae fidei iudicia*, Napoli 1964, 18 ss.; N. BELLOCCI, *La tutela della fiducia nell'epoca repubblicana*, Milano 1974, 56 ss.; J.-Ph. DUNAND, *Le transferts fiduciaire*, cit., 163; B. BISCOTTI, *Dal pacere ai pacta conventa. Aspetti sostanziali e tutela del fenomeno patrizio dall'epoca arcaica all'edito giuliano*, Milano, 2002, 309; R. CARDILLI, «*Bona fides*», cit., 34 s. (il quale pensa ad una disputa che ha interessato il "sapere giuridico romano"); L. FRANCHINI, *Osservazioni in merito alla recezione nel 'ius civile' dei 'iudicia bonae fidei'*, in L. GAROFALO (cur.), *Actio in rem' e 'actio in personam'*, II, Padova 2011, 195 nt. 227; in modo più sfumato M. TALAMANCA, *La bona fides nei giuristi romani*, cit., 143 e R. FIORI, *Bonus vir*, cit., 335 ss. (che colloca la *magna quaestio* in ambito filosofico).

³⁴ Si noti che, poco prima, nel § 67, del giudice Catone che '*statuit*' una concreta implicazione della *bona fides* veniva sottolineata la statura interiore: '*M. Cato sententiam, dixit, huius nostri Catonis pater. Ut enim ceteris ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus*'.

³⁵ Così già B. NOORDRAVEN, *Die Fiduzia im romischen Recht*, Amsterdam 1999, 302 s.

positivi che costituiscono riverberi del *verum ius*. Subito prima, infatti, Cicerone si era soffermato proprio su un *arbitrium bonae fidei*, assumendolo quale concreto strumento di realizzazione di una statuizione del *ius civile* (la sanzione della *reticentia* nelle vendite dei terreni: §§ 3.65-67)³⁶ rappresentata come ispirata, per l'appunto, alla *natura* (*'ius civile a natura ductum'*);³⁷ e in funzione della predetta finalità del complessivo § 70, il richiamo ad una compatta pluralità di istituti, quale era offerta dalla elencazione muciana, risultava assai efficace e probante, certo maggiormente rispetto a un singolo formulario (*'uti ne propter te fidemve tuam...'*; *'ut inter bonos bene agier...'*).

Fatte queste due premesse, è possibile ora considerare il cenno alla *societas vitae* che chiude l'elencazione muciana. Questo cenno – anziché costituire, come si è sostenuto, un indiretto riferimento all'*actio rei uxoriae*,³⁸ la quale resta fuori dal discorso di Q.

³⁶ Cic., *off.* 3.65. *Ac de iure quidem praediorum sanctum apud nos est i u r e c i v i l i, ut in iis vendendis vitia dicerentur, quae nota essent venditori. Nam cum ex duodecim tabulis satis esset ea praestari, quae essent lingua nuncupata, quae qui infitatus esset, dupli subiret, a i u r i s c o n s u l t i s etiam reticentiae poena est constituta. Quidquid enim est in praedio vitii, id statuerunt, si venditor sciret, nisi nominatim dictum esset, praestari oportere. 66. Ut, cum in arce augurium augures acturi essent iussissentque T. Claudium Centumalum, qui aedes in Caelio monte habebat, demoliri ea, quorum altitudo officeret auspiciis, Claudius proscriptis insulam, emit P. Calpurnius Lanarius. Huic ab auguribus illud idem denuntiatum est. Itaque Calpurnius cum demolitus esset cognossetque Claudium aedes postea proscriptis, quam esset ab auguribus demoliri iussus, arbitrum illum adegit QVIDQVID SIBI DARE FACERE OPORTERET EX FIDE BONA. M. Cato sententiam dixit, huius nostri Catonis pater. Ut enim ceteri ex patribus, sic hic, qui illud lumen progenuit, ex filio est nominandus. Is igitur iudex ita pronuntiavit, cum in vendendo rem eam scisset et non pronuntiasset, emptori damnium praestari oportere. 67. Ergo ad fidem bonam statuit pertinere notum esse emptori vitium, quod nosset venditor. Quod si recte iudicavit, non recte frumentarius ille, non recte aedium pestilentium venditor tacuit. Sed huiusmodi reticentiae iure civili comprehendere non possunt; quae autem possunt diligenter tenentur. M. Marius Gratidianus, propinquus noster, C. Sergio Oratae vendiderat aedes eas, quas ab eodem ipse paucis ante annis emerat. Eae serviebant, sed hoc in mancipio Marius non dixerat; adducta res in iudicium est. Oratam Crassus, Gratidianum defendebat Antonius. Ius Crassus urgebat, "quod vitii venditor non dixisset sciens, id oportere praestari", aequitatem Antonius, "quoniam id vitium ignotum Sergio non fuisset, qui illas aedes vendidisset, nihil fuisse necesse dici nec eum esse deceptum, qui id, quod emerat, quo iure esset, teneret". Quorsus haec? Ut illud intellegas, non placuisse maioribus nostris astutos.*

³⁷ La rispondenza della predetta statuizione ai principi della *natura* è indicata nel raccordo posto in apertura del § 71: *'Nec vero in praediis solum ius civile ductum a natura malitiam fraudemque vindicat...'*

³⁸ In tal senso A. SÖLLNER, *Zur Vorgeschichte und Funktion der "actio rei uxoriae"*, Köln-Wien 1969, 142 s., a detta del quale le parole *'quibus societas vitae contineretur'*, anziché riferirsi a tutti gli istituti e i rapporti subito prima elencati (dalle *tutela* alle *res locatae*), alluderebbero – posto che in un testo di Paolo (D. 25.2.1) e in uno di Trifonino (D. 42.1.52), nonché in un passo di Quintiliano (*decl.* 247) la locuzione *'societas vitae'* indica il matrimonio – ad un istituto ulteriore e cioè alla *res uxoria* (e quindi, di riflesso, all'*actio rei uxoriae*): occorrerebbe, così, sottintendere al pronome *'quibus'* il termine *'rebus'*, utilizzato subito prima in riferimento alla compravendita e alla locazione. Sennonché, da un lato, non si comprende per qual motivo Quinto Mucio, mentre per tutti gli altri rapporti elencati utilizzava indicazioni puntuali, per l'ultimo avrebbe fatto ricorso ad una perifrasi, per di più basata su una metafora; dall'altro lato, è inverosimile la supposta esistenza di un termine *'res'* sottinteso al pronome *'quibus'*, alludente alle cose che formano la dote («Die Mitgiftgegenstände sind die Sachen, „durch die eine Ehe zusammengehalten wird“ oder „auf denen eine Ehe beruht“»), dal momento che nelle locuzioni *rebus emptis, venditis*, etc. il termine è impiegato per indicare, non già le 'cose' comperate, vendute etc., bensì le operazioni di compera, di vendita etc. (cfr. *off.* 1.15 *'fides rerum contractarum'*; 2.64 *'in omni re contrahenda, vendundo emendo, conducendo locando'*; 3.61 *'ex rebus contrahendis'*).

Mucio-Cicerone (probabilmente proprio perché questo strumento processuale non chiama in causa primariamente e specificamente il profilo dell'affidabilità-affidamento poc'anzi segnalato)³⁹ – allude alla *societas hominum*, considerata dal punto di vista del concreto correlarsi e interagire degli individui tra loro; e l'assunto che siffatta *societas vitae* si regge sulle relazioni giuridiche fin lì menzionate ('*quibus societas vitae continetur*'),⁴⁰ sia che appartenesse all'originario discorso di Quinto Mucio sia che risalga, invece, a Cicerone,⁴¹ si inquadra perfettamente nel complessivo ordine di idee che muove l'articolata riflessione svolta nel trattato in tema di *honestum, iustitia, natura e officia*.

A giustificazione di queste asserzioni valgono le seguenti coordinate concettuali fissate tra le battute iniziali dell'intero trattato:

Cic., *off.* 1.20. *De tribus autem reliquis latissime patet ea ratio, qua societas hominum inter ipsos et vitae quasi communitas continetur; cuius partes duae: iustitia, in qua virtutis splendor est maximus, ex qua viri boni nominantur, et huic coniuncta beneficentia, quam eandem vel benignitatem vel liberalitatem appellari licet.* 21. *Sed iustitiae primum munus est, ut ne cui quis noceat, nisi lacessitus iniuria, deinde ut communibus pro communibus utatur, privatis ut suis. Sunt autem privata nulla natura, sed aut vetere occupatione, ut qui quondam in vacua venerunt, aut victoria, ut qui bello potiti sunt, aut lege, pactione, condicione, sorte [...]. Ex quo, quia suum cuiusque fit eorum, quae natura fuerant communia, quod cuique optigit, id quisque teneat; e quo si quis sibi appetet, violabit ius humanae societatis.* 22. *Sed quoniam, ut praeclare scriptum est a Platone, non nobis solum nati sumus ortusque nostri partem patriae vindicat, partem amici, atque, ut placet Stoicis, quae in terris gignantur, ad usum hominum omnia creari, homines autem hominum causa esse generatos, ut ipsi inter se aliis alii prodesse possent, in hoc naturam debemus ducem sequi, communes utilitates in medium adferre, mutatione officiorum, dando accipiendo, tum artibus, tum opera, tum*

³⁹ La diversa spiegazione proposta da M. VARVARO, *Studi sulla restituzione della dote. I. La formula dell'actio rei uxoriae*, Torino 2006, 137, secondo il quale l'*actio rei uxoriae* non sarebbe menzionata in quanto Quinto Mucio considerava solo azioni nelle cui formule erano aggiunte le parole '*ex fide bona*', urta contro la circostanza che il tratto in questione della citazione muciana non concerne *formulae*, bensì rapporti, nei quali appare comunque operante il valore della *bona fides* anche a prescindere dalla presenza, nelle relative formule processuali, della specifica clausola *ex fide bona* (*supra*, nt. 6): tant'è che l'elenco comprende anche le *fiduciae*, operazioni per la tutela delle quali è apprestata una *formula* che contiene *verba* differenti.

⁴⁰ Per il significato di '*contineri*' con l'ablativo nel senso di "reggersi su", "fondarsi su" – non sempre tenuto presente dagli interpreti di questo brano (da ultimo, R. CARDILLI, *Societas vitae*, cit., 194: rapporti che "vengono inclusi in una volontaria comunione di vita") – si vedano, per limitarci allo stesso *De officiis*, almeno i riscontri presenti nei §§ 1.17; 1.20 (*infra*, nel testo); 1.30; 1.159; 2.5; 3.23 (note 9 e 41); 3.77. Cfr. G. FALCONE, *L'attribuzione della qualifica 'vir bonus'*, cit., 87 nt. 80.

⁴¹ È appena il caso di precisare che per prospettare l'eventualità che si tratti di un'aggiunta da parte di Cicerone non è necessario immaginare che Cicerone stesse riportando una riflessione espressa da Quinto Mucio solo oralmente (*supra*, nt. 5).

facultatibus devincire hominum inter homines societatem. 23. *Fundamentum autem est iustitiae fides, id est ditorum conventorumque constantia et veritas....*

Questo squarcio offre, per quel che qui interessa, le seguenti indicazioni: la *iustitia* (insieme con la *beneficentia*) è presentata come la *ratio* su cui si regge (cfr., di nuovo, ‘*continetur*’) la *societas hominum* e la *communitas vitae*; a sua volta, la *iustitia* ha come *fundamentum* la *fides*; esplicazione (che potremmo qualificare solidaristica) della *iustitia* è seguire la *natura* ponendo in essere una serie di operazioni con le quali *devincire* la *societas hominum*; la *natura* è indicata in termini di *ius humanae societatis*.⁴² Non occorre insistere sulle corrispondenze con il contesto e i con i contenuti della citazione di Quinto Mucio del § 3.70, dall’affidabilità-affidamento quale angolo visuale del richiamo ad istituti giuridici che costituiscono espressione della *iustitia* (e del *verum ius*), all’affermazione che su codesti istituti giuridici “si regge la *societas vitae*”, fino a risalire, nel § 69, alla rappresentazione di una *lex naturae* che attiene all’ambito dell’intera *societas hominum* e che equivale al *ius gentium* e al *verum ius* (richiamato in coppia con la *iustitia*). Semmai, è il caso di segnalare appositamente che, a ben guardare, le figure giuridiche presenti nell’elencazione muciana (*tutelae, societates, fduciae, mandata, res emptae, venditae, conductae, locatae*) sono perfettamente sovrapponibili, costituendone la proiezione o traduzione tecnico-giuridica, alle operazioni indicate nel § 1.22 in termini di prestazione e scambi di *officia*, competenze, attività e sostanze (...*mutatione officiorum, dando accipiendum, tum artibus, tum opera, tum facultatibus...*).

Queste concettualizzazioni presenti nei §§ 1.20-23 trovano, a loro volta, riscontro e conferma in un passaggio di poco successivo (§ 1.29), particolarmente importante anche per l’impiego della stessa espressione *societas vitae* che compare nella citazione muciana. Segnatamente, Cicerone vi afferma che coloro che attendono solo alle proprie occupazioni pongono in essere un comportamento contrario a *iustitia*, dal momento che trascurano la *societas vitae* non apportando ad essa alcun contributo in termini di impegno, di attività, di beni: ‘*deserunt enim vitae societatem, quia nihil conferunt in eam studii, nihil operae, nihil facultatum*’.⁴³ Il testo conferma, non solo il collegamento tra la *iustitia*

⁴² Che il *ius humanae societatis*, chiamato in causa in relazione al divieto di accaparrarsi altrui beni (...*si quis sibi appetet* ...) corrisponda alla *natura* (e cioè alla *lex naturae*) è confermato, se ve ne fosse bisogno, da Cic., *off.* 3. 23, in cui, con riferimento al medesimo divieto di ‘*appetere*’ beni altrui, vengono richiamati ed equiparati tra loro la *natura* e il *ius gentium*: ‘*Neque vero hoc solum natura, id est iure gentium, sed etiam legibus populorum, quibus in singulis civitatibus res publica continetur, eodem modo constitutum est, ut non liceat sui commodi causa nocere alteri. ... Atque hoc multo magis efficit ipsa natura et ratio, quae est lex divina et humana; cui parere qui velit - omnes autem parebunt, qui secundum naturam volent vivere - numquam committet ut alienum appetat et id, quod alteri detraxerit, sibi adsumat*’.

⁴³ Cic., *off.* 1.29. *Sunt etiam, qui aut studio rei familiaris tuendae aut odio quodam hominum suum se negotium agere dicant nec facere cuiquam videantur iniuriam. Qui altero genere iniustitiae vacant, in alterum incurrunt; deserunt enim vitae societatem, quia nihil conferunt in eam studii, nihil operae, nihil facultatum*.

e la *societas vitae*, ma anche, e soprattutto, la conclusione or ora proposta, secondo cui gli istituti giuridici “sui quali si regge la *societas vitae*” nella citazione muciana costituiscono per Cicerone concrete e tipizzate manifestazioni delle operazioni considerate nel § 1.22 quali fondamento della convivenza tra gli uomini.

Del resto, una volta registrato che la *societas vitae* è la stessa *societas hominum* colta da un aspetto particolare,⁴⁴ può ulteriormente addursi l’affermazione, compiuta già nel § 1.15, secondo cui la *iustitia* è quella *pars* dell’*honestum* che consiste “*in h o m i n u m s o c i e t a t e t u e n d a t r i b u e n d o q u e s u u m c u i q u e e t r e r u m c o n t r a c t a r u m f i d e*”:⁴⁵ affermazione notevole, perché, raffigurando la *fides* delle *res contractae* quale strumento della *iustitia* a difesa della *societas hominum*, combacia perfettamente con la rappresentazione di Mucio-Cicerone di una *societas vitae* che si regge su determinate operazioni (tutte concepibili, all’epoca, come *res contractae*) imperniate, come si è visto, sul valore dell’affidabilità-affidamento.

In ragione delle testimonianze che precedono, il cerchio si chiude e il complessivo discorso svolto nei §§ 3.69-70 appare il riscontro concreto delle coordinate concettuali fissate nelle scansioni iniziali del trattato: una serie di istituti del diritto positivo, ispirati a quel valore essenziale del *verum ius* e della *iustitia* che è la *fides* (la quale, si badi, ‘*continet vitam*’),⁴⁵ sono rappresentati come elementi sui quali ‘*societas vitae continetur*’, talché il *ius gentium=lex naturae*, e cioè il *ius humanae societatis* del § 1.21 (cfr., nel § 3.69, il richiamo, che perciò è strategicamente importante, alla *societas hominum* quale esplicitazione - *enim* - del cenno iniziale alla *lex naturae*), viene mostrato come attuato nel *ius civile*.

Quanto, infine, alla paternità dell’idea che il *ius civile* dovrebbe recepire principi e valori del *ius gentium=lex naturae*, credo che essa sia attribuita, da Cicerone, (già) ai *maiores*.⁴⁶ In effetti, un richiamo all’*auctoritas* dei *maiores*⁴⁷ risulterebbe assai meno giustificato se ad essi Cicerone riferisse la semplice percezione in sé di una distinzione tra le due sfere giuridiche (*aliud...aliud...esse voluerunt*) e non anche la riflessione sulla

⁴⁴ La locuzione *societas vitae* compare, nella medesima prospettiva del concreto interagire tra gli uomini, in *off.* 1.12 (‘*Eademque natura vi rationis hominem conciliat homini et ad orationis et ad vitae societatem*’) e in *off.* 2.45 (in cui la ‘*communitas ac societas vitae*’ figura come uno degli elementi che concorrono a formare la *dignitas* quale criterio per scegliere i destinatari dei *beneficia*: cfr., infatti, l’apposita trattazione di questo elemento nei §§ 50 ss.).

⁴⁵ Cic., *Rosc. com.* 16, trascritto *supra*, in nt. 31.

⁴⁶ Questa presa di posizione è, invece, generalmente riferita allo stesso Cicerone: cfr., ad es., B. ALBANESE, *Premesse*, cit.; G. ANSELMO ARICO, ‘*Ius publicum*’-‘*ius privatum*’, cit., 692 ss., spec. 695.

⁴⁷ Generalmente, questo termine è assunto come indicante esclusivamente i giuristi (per qualche esempio recente, cfr. O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitrale*, cit., 238 nt. 81 e 240; F. GALLO, *Bona fides*, cit., 118 ss.; R. FIORI, *Bonus vir*, cit., 135); ma esso potrebbe avere, in realtà, la stessa gittata ampia che si osserva nel contiguo, complessivo svolgimento dei §§ 65-67 (trascritto *supra*, nt. 35), ove con il termine ‘*maiores*’ si allude complessivamente ai *iuris consulti*, che hanno introdotto la *poena reticentiae*, ai giudici, che concretamente applicano le elaborazioni dei giuristi e che, così facendo, “statuiscono” (...*iudex...ad fidem bonam statuit pertinere...*), e agli *oratores*, che attraverso il loro argomentare si fanno portatori (e incidono sull’affermarsi) di determinati valori.

necessità che i valori del *ius gentium* penetrino entro il *ius civile*; e inoltre, ai *maiores* Cicerone aveva accennato, nello squarcio che immediatamente precede (§§ 65-67) e che costituisce con quello in esame una complessiva scansione espositiva, proprio in relazione a una previsione del diritto positivo (la sanzione della *reticentia*) che, come si è ricordato, egli stesso configura come '*ius civile a natura ductum*'.⁴⁸ Né costituisce ostacolo il passaggio dalla costruzione '*...esse voluerunt*' alla formulazione diretta '*debet*': l'autore potrebbe aver voluto segnare, in tal modo, uno stacco per isolare e mettere in risalto proprio l'aspetto della riflessione dei *maiores* che maggiormente lo interessava e cioè la predetta aspirazione ideale. Altra cosa, naturalmente, è la possibilità di ascrivere realmente codesta riflessione ai *maiores*. Al qual proposito, peraltro, riterrei che dovremmo inclinare per la veridicità storica del riferimento: è difficile pensare ad un'infondata anticipazione, la quale, potendo esser rilevata dai contemporanei, avrebbe esposto Cicerone al rischio di veder indebolito l'intero messaggio ideologico. Resta il fatto che, purtroppo, di possibili elaborazioni concettuali in materia che risalcano ad età preciceroniana non esistono riscontri esterni sicuri.⁴⁹

⁴⁸ Cfr. i §§ 3.65-67 e 74, trascritti *supra*, note 36 e 37.

⁴⁹ L'unico testo che potrebbe provare un'avvenuta elaborazione, anteriormente a Cicerone, sia di una identificazione tra *ius gentium* e *natura* sia di una contrapposizione tra questo ordinamento superiore e le statuizioni positive è un brano di Aulo Gellio (*N.A.* 6.3.45), nel quale, a commento di un passaggio dell'orazione *pro Rodiensis* di Catone, si accenna ad '*...ea ... quae non iure naturae aut iure gentium fieri prohibentur, sed iure legum*': ma non vi sono elementi per stabilire se queste parole riproducano fedelmente un'affermazione di Catone (nel qual caso, esse costituirebbero un riscontro utile) o se, invece, si tratti di una autonoma scelta terminologico-concettuale di Gellio: cfr., ad es., B. ALBANESE, *Premesse*, cit., 138 nt. 131 e M. KASER, *Ius gentium*, cit. 39; troppo netto nell'escludere la riferibilità a Catone è J.-L. FERRARY, *Le droit naturel dans les exposés sur les parties du droit des traités de rhétorique*, in D. MANTOVANI - A. SCHIAVONE (cur.), *Testi e problemi del giusnaturalismo romano*, Pavia 2007, 94 nt. 57. D'altra parte, quand'anche nel richiamo alla *societas vitae* da parte di Q. Mucio si volesse scorgere un influsso del pensiero stoico (cfr., ad es., il § 1.22, poc'anzi trascritto nel testo), non vi sono, però, elementi – diversamente da quanto sostiene, con troppa decisione, O. BEHREND, *Dalla mediazione arbitraria*, cit., 218 ss.; e già *Die Wissenschaftslehre im Zivilrecht des Q. Mucius Scaevola pontifex*. Nachrichten der Akad. der Wissenschaften in Göttingen, Philol.-hist. Kl., 7, 1976, 299 ss. (il quale considera la notazione muciana in questione espressione di un 'diritto naturale stoico dei *maiores*') – per estendere siffatto contatto con dottrine stoiche alla teorizzazione sul rapporto tra *ius gentium*=*lex naturae* e *ius civile* richiamata nel § 69 e per individuare nei *maiores* gli esponenti di un 'diritto naturale stoico preclassico'. Con l'occasione osservo che non è possibile confrontare il nostro § 3.69 con il testo di *off.* 3.108 (riguardante l'episodio di Attilio Regolo) '*cum iusto enim et legitimo hoste res gerebatur, adversus quem et totum ius fetiale et multa sunt iura communia*', come vorrebbe F. GALLO, *Bona fides et ius gentium*, cit., 119 ss., il quale desume dall'uso di '*iura communia*' la conclusione che non era stata ancora elaborata una nozione di *ius gentium*: le prospettive concettuali sono del tutto diverse, solo i *iura communia* del § 108, non anche il *ius gentium* del § 69, alludendo a norme ed istituti comuni ai vari popoli.

GIOVANNI NICOSIA

Possessio e res incorporales

PAROLE CHIAVE

Festo; *possessio*; *res incorporales*; *res corporales*.

1. E' una vita che mi occupo di possesso¹ ed è da lungo tempo che rifletto sulle *res incorporales*.² Ma non ho mai affrontato, e volutamente, il problema dei rapporti tra *possessio* e *res incorporales*.

Eppure più di sessanta anni fa il Monier si poneva l'interrogativo «la possession est-elle une *res incorporalis* en droit romaine classique?». ³

In effetti a me pare che tale dubbio è stato principalmente alimentato dalla circostanza che tra i romanisti è stata generalmente seguita l'integrazione di un testo di Festo (v. *possessio*) accolta dal Bruns (ed avallata dal Mommsen) in quel magistrale e tuttora prezioso strumento di lavoro, quale è il secondo volume (*Pars posterior, Scriptores*) della raccolta di *Fontes iuris romani antiqui*,⁴ per noi ancora più prezioso, e spesso addirittura insostituibile, rispetto al primo volume (*Pars prior, Leges et negotia*); osservazione che vale soprattutto per l'opera di Festo (e dell'epitome paulina), sia per la disposizione dei lemmi secondo il nostro consueto ordine alfabetico (“ad ordinem alphabeticum hodie usitatum”),⁵ sia per la meditata e felice scelta di quelli che presentano maggiore interesse dal punto di vista giuridico.

E' pertanto ben comprensibile che i romanisti si siano basati sull'integrazione del nostro testo ivi accolta.

Ma credo che prima di porsi qualunque interrogativo (compreso quello che si poneva Monier) sui rapporti tra *possessio* e *res incorporales*, sia doveroso valutare preliminarmente l'ammissibilità di tale integrazione.

Ed è esclusivamente di questo problema che intendo qui occuparmi.

¹ Da *L'acquisto del possesso mediante i potestati subiecti*, Milano 1960 [v. anche *Donazione fra coniugi e usucapio pro donato*, in Arch. Giur. 101, 1956, 67 ss., ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, Catania 1998, 1 ss.; *Acquisto del possesso per procuratorem e reversio in potestatem domini delle res furtivae*, in Iura 11, 1960, 189 ss., *Silloge*, 137 ss.], agli *Studi sulla deiectio*, Milano 1965, ai miei scritti più recenti, tra cui *Possesso nel diritto romano*, in Dig., disc. priv., sez. civ., 14, Torino 1996, 79 ss., *Silloge*, 759 ss., sotto il più appropriato titolo *Il possesso nella pluriscolare esperienza romana; Il possesso I, Dalle lezioni di diritto romano 1995-1996*, Catania, 1^a ed. 1997, 2^a ed. 2008; *La pretesa possessio del sequestratario*, in *Cunabula iuris. Studi Broggin*, Milano 2002, 277 ss.

² Cfr. *Passi scelti dalle Istituzioni di Gaio e di Giustiniano con traduzione e commento I*, Catania 1990, 94 s.; *Institutiones. Profili di diritto privato romano I*, Catania 1997, 114 s.; *Iuris consultorum acutae ineptiae*, in *Studi Martini II*, Milano 2009, 865 ss., v. 892 ss.; soprattutto *Ea quae iure consistunt*, in *Scritti Melillo II*, Napoli 2009) 821 ss.; da ultimo *Nuovi profili istituzionali* ⁶, Catania 2013, 113, dove ho fermamente ribadito, nonostante le perplessità, da ultimo, di G. FALCONE, *Osservazioni su Gai 2.14 e le res incorporales*, in AUPA 55, 2012, 125 ss. (scritto per altro ricco di acute riflessioni e di stimolanti interrogativi), che non vi sono convincenti ragioni né per correggere la lezione di G. 2.14 attestata inequivocabilmente dal codice veronese, né per non dare la dovuta rilevanza al fatto incontestabile che Gaio, elencando le *res incorporales*, pone in testa l'*hereditas*, che diritto non è.

³ R. MONIER, *La possession est-elle une res incorporalis en droit romain classique?*, in RIDA 5, 1950 [*Mélanges De Vischer IV*], 235 ss.

⁴ *Fontes iuris romani antiqui* edidit C. G. BRUNS; post curas TH. MOMMSEN editionibus quintae et sextae adhibitas, septimum edidit O. GRADENWITZ, *Pars posterior, Scriptores*, Tubingae 1909, rist. Aalen 1958.

⁵ 1: “factum autem est ...ut in hac editione quae ex Festo Paulove deprompsimus digesta ad ordinem alphabeticum hodie usitatum... proponantur”. Come è ben noto, sia nell'opera di Festo che nell'epitome di Paolo, l'ordine alfabetico all'interno di ciascuna lettera ricomincia più volte, per cui riesce assai difficoltoso rintracciare la voce che interessa.

2. E' noto che l'unico codice, per quanto fortemente mutilo (a causa soprattutto di un incendio che ha distrutto gran parte del manoscritto), che ci ha tramandato almeno in parte (solo a partire dalla lettera M e con estese e gravi lacune) il *de verborum significatu* di Festo, è il *codex Farnesianus* (già *Neapolitanus* IV A 3), mentre ci è pervenuta l'epitome redattane dallo storico Paolo (Paul Warnefried), *diaconus* dell'età carolingia.⁶ Ed è pure noto che la più recente edizione critica, sia dell'opera di Festo che dell'epitome di Paolo, è quella teubneriana curata dal Lindsay nel 1913.⁷

Esaminiamo dunque il testo di Festo, che riferisco come ci è stato tramandato (a parte la punteggiatura) dal *codex Farnesianus* (Linds. 260, 28-32):

*Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedifici, non ipse fundus aut ager; non enim possessio est.rebus quae tangi possunt.qui dicit se possidere his vere potest dicere.*⁸

Tra *possessio est* e *rebus* c'è uno spazio vuoto, corrispondente alla mancanza di cinque lettere,⁹ e tra *possunt* e *qui dicit* un altro spazio vuoto di uguale estensione.¹⁰

Anche l'integrazione della seconda lacuna pone problemi;¹¹ ma il punto cruciale, ai nostri fini, è come vada integrata la prima.

Per lo più i romanisti hanno dato quasi per scontato, sulla scia di Bruns,¹² che sia da integrare con *e*; e anche di fronte alla difficoltà che una integrazione del genere non esaurisce lo spazio della lacuna, si è proposto di migliorarla inserendo *ex iis* (o *in iis*),¹³ e si è pertanto continuato a ritenere che Festo affermi che la *possessio* non rientra tra le *res quae tangi possunt*.

⁶ Che è noto per aver scritto (oltre ad altre opere, tra cui la *Historia romana*, contenente l'epitome del *Breviarium* di Eutropio) soprattutto la *Historia Langobardorum*.

⁷ W. M. LINDSAY, *Sexti Pompei Festi de verborum significatu quae supersunt cum Pauli epitome*, Lipsiae 1913, rist. Hildesheim 1965, zweite Nachdruckaufl. Stuttgart 1978.

⁸ Nella prosecuzione del testo (*Itaque ...rell.*) vengono riferiti i *verba* della più antica formulazione dell'*uti possidetis*; v. quanto ho avuto occasione di osservare in *Il possesso* I cit., 137 ss.

⁹ C.G. BRUNS, *Fontes iuris romani antiqui*, cit., 24 nt. 13 ("deficiunt in hiatu cod. litterae duo pluresve") indicava un'estensione della lacuna corrispondente allo spazio di due o più lettere; più esattamente, W. M. LINDSAY, *Sexti Pompei Festi de verborum significatu*, cit., 260, 30, riproduce una lacuna di cinque lettere (uguale a quella della lacuna successiva, v. nt. seg.), precisando (261, nt. 30): "spat. 5 litt. in F". Del resto l'estensione di entrambe le lacune è agevolmente controllabile nell'accuratissima riproduzione della fondamentale edizione di C.O. MÜLLER, *Sexti Pompei Festi de verborum significatione quae supersunt, cum Pauli epitome*, Lipsiae 1839, rist. Lipsiae 1880, 233, 3-4.

¹⁰ W. M. LINDSAY, 260, 31 e 261 nt. 31.

¹¹ Che non rilevano ai nostri fini, ma alla cui soluzione potrebbe anche essere d'aiuto la corretta integrazione della prima lacuna.

¹² Il quale, ritenendo (come già ricordato) che la lacuna fosse approssimativamente di due o più lettere, proponeva (24 e nt. 13) l'integrazione *e*.

¹³ G. FALCONE, *Per una datazione del «de verborum quae ad ius pertinent significatione» di Elio Gallo*, in AUPA 41, 1991, 223 ss., v. 242 e nt. 62; ID., *Ricerche sull'origine dell'interdetto Uti possidetis*, Palermo 1996, 25 e nt. 54; M. BRETONE, *L'autonomia del diritto e il diritto antico*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 22, 1992, 27 ss., v. 36 nt. 8 [= *Diritto e tempo nella tradizione europea*⁶, Bari 2004, 166 nt. 28]; ID., *I fondamenti del diritto romano*⁴, Bari 2001, 208 e nt. 42.

Ma per attribuire a Festo una tale affermazione, e quindi congetturare un'integrazione che (comunque modulata) porti a questo risultato, occorrerebbe addurre qualche prova; in particolare l'esistenza di testimonianze in proposito.

Cercherò di mostrare che nessuna attestazione in tal senso è rintracciabile nelle nostre fonti.

3. Festo inizia affermando che è *possessio*, come indicato dal giurista¹⁴ Elio Gallo, un certo *usus*¹⁵ dell'*ager* o dell'*aedificium* (*Possessio est, ut definit Gallus Aelius, usus quidam agri aut aedificii*), non lo stesso *fundus* o *ager* (*non ipse fundus aut ager*).¹⁶

A questa affermazione segue il tratto che a noi interessa, dove tra *'non enim possessio est'* e *'rebus quae tangi possunt'* è la lacuna.

Per cercare di integrarla ragionevolmente, a me sembra indispensabile richiamare anzitutto i testi in cui si parla appunto di *res quae tangi possunt*, e poi vedere se vi sono testi in cui, come in quello di Festo, in riferimento ad esse si accenna alla *possessio*.

Di *res quae tangi possunt* parla soprattutto Gaio, il quale, dopo aver posto la distinzione tra *res corporales* e *res incorporales* (G. 2.12: *Quaedam praeterea res corporales sunt, quaedam incorporales*), dice che le prime sono (2.13) *'hae quae tangi possunt'*, e che invece sono *incorporales* (2.14) quelle che *'tangi non possunt'*.

L'affermazione che le *res corporales* sono quelle che *tangi possunt* è ripetuta in D.1.8.1.1 (Gai 2 *inst.*: *'corporales hae sunt quae tangi possunt'*), con l'aggiunta *manu* in Ep. Gai 2.1.2 (*'corporales sunt quae manu tangi possunt'*), con l'aggiunta *sui natura* in I. 2.2.1 (*'corporales hae sunt quae sui natura tangi possunt'*).

Anche il grammatico Carisio, occupandosi dei *nomina appellativa* e avvertendo che si dividono in due *species*, indicanti rispettivamente *res corporales* e *res incorporales*, dice delle *res corporales* che *'videri tangique possunt'* (Char. *ars gramm.*, KEIL, *Gr. Lat.*, I, p. 153: *'appellativa ... in duas species dividuntur, quarum altera significat res corporales, quae videri tangique possunt'*).¹⁷

Dunque, mentre Gaio e così pure l'Epitome visigotica e le Istituzioni giustiniane si richiamano solo alla tangibilità fisica, alla possibilità che la *res* venga materialmente toccata, percepita con il tatto, Carisio vi affianca la possibilità di essere percepita con la vista e parla non solo di *tangi*, ma di *videri tangique*.¹⁸

Vediamo ora se vi sono testi in cui in riferimento a queste *res*, considerate *corporales* in

¹⁴ Cfr. G. FALCONE, *Per una datazione*, cit., 226 nt. 5 (e bibliografia richiamata).

¹⁵ Così secondo la lezione del Farnesiano; ma mi parrebbe preferibile emendare *quidam* in *quidem* e pensare che Elio Gallo non si riferisse ad un *usus quidam*, cioè ad un 'certo' (particolare, specificamente determinato) *usus*, bensì semplicemente all'*usus*, all'utilizzazione intesa non in senso restrittivo, e rimarcasse con *quidem* che certamente *possessio* non indicava l'immobile, ma l'*usus* di esso.

¹⁶ Appare strano che si parli prima di *'ager aut aedificium'* e poi di *'fundus aut ager'*; sul punto v. *Il possesso* I cit., 134.

¹⁷ Su questo testo v. quanto ho osservato in *Ea quae iure consistunt*, cit., 830.

¹⁸ Diverso il discorso di Cicerone (*top.* 5.26-27), che ponendo la distinzione tra *'res quae sunt'* e *'res quae intelleguntur'* dice che le prime sono quelle che *'cerni tangique possunt'* e le seconde quelle che *'tangi demonstrarive non possunt, cerni tamen animo atque intellegi possunt'*; me ne sono occupato, evidenziando anche gli aspetti di confrontabilità (e parziale sovrapposibilità) tra questa distinzione e quella posta da Gaio tra *res corporales* e *res incorporales*, in *Ea quae iure consistunt* cit., 828 s., v. anche *Iuris consultorum acutae ineptiae* cit., 893 e nt. 81.

quanto *tangi possunt* o *videri tangique possunt*, si accenna alla *possessio*.

Delle *res corporales*, che per lui sono quelle che *tangi possunt*, Gaio dice esplicitamente che possono essere oggetto di *traditio* (*recipiunt traditionem*) solo se (*si modo*) e proprio perché (*ob id*) sono tali (G. 2.19: '*res ... si modo corporales sunt et ob id recipiunt traditionem*'); rilevando poi che il *tradere rem* fa acquistare la *possessio* della *res tradita* (2.41: '*si tibi rem ... tradidero, in bonis quidem tuis ea res efficitur ... donec tu eam possidendo usucapias*'); sempre a proposito dell'*in bonis* e della *Publiciana*, 4.36: '*datur autem haec actio ei qui ex iusta causa traditam sibi rem nondum usucepit eamque amissa possessione petit*') o parlando di *possessionem tradere* (2.204: '*possessionemque tradere debet*'; 4.131a: '*possessionem nobis tradi*'), mostra di avere sempre presente che le *res* possono essere oggetto di *possessio*, e quindi trasferite mediante *traditio*, solo se sono *corporales*.

Altrettanto esplicita è l'affermazione di Paolo, D. 41.2.3 pr. (Paul. 54 *ad ed.*): '*Possideri autem possunt, quae sunt corporalia*'; alla quale fanno significativo riscontro le considerazioni dei successivi §§ 2, 4 e 5, in cui si rileva, rispettivamente, che di una *res* non è possibile possedere una *pars incerta* ('*Incertam partem rei possidere nemo potest*'), mentre è possibile possedere per più *causae* una stessa *res* ('*Ex plurimis [pluribus] dett. causis possidere eandem rem possumus*') e al contrario non è possibile che più possiedano *in solidum* la stessa *res* ('*Ex contrario plures eandem rem in solidum possidere non possunt*').

Correlativamente, delle *res incorporeales*, proprio perché *tangi non possunt*, Gaio afferma ripetutamente (e in due opere diverse) '*traditionem non recipere manifestum est*': G. 2.28: '*res*¹⁹ *incorporeales traditionem non recipere manifestum est*'; D. 41.1.43.1 (Gai 7 *ad ed. prov.*): '*incorporeales res traditionem et usucapionem non recipere manifestum est*'. E, come abbiamo appena chiarito a proposito di G. 2.19, adoperando l'espressione *traditionem recipere* si riferisce alla *possessio*; come è ulteriormente confermato dalla circostanza che in D. 41.1.43.1 Gaio affianca alla *traditio* l'*usucapio*, che anch'essa si basa sulla *possessio*.

In proposito possono anche richiamarsi l'impostazione seguita e le osservazioni fatte dai giuristi (da Labeone a Giavoleno, a Pomponio, a Ulpiano) nel rilevare che delle servitù prediali non era possibile effettuare una *traditio*.

Così, in caso di compravendita avente ad oggetto una servitù, *via aut aliquid ius fundi*, in base alla constatazione che di un tale *ius* non poteva essere fatta la *traditio* ('*quia nulla eiusmodi iuris vacua traditio esset*'), in particolare la *vacua traditio*,²⁰ a partire da Labeone si reputò che il venditore dovesse impegnarsi mediante *cautio* a non impedire che il compratore *eo iure uti possit*: D. 8.1.20 (Iav. 5 *ex post. Labeonis*): '*Quotiens via aut aliquid ius fundi emeretur, cavendum putat esse Labeo per te non fieri, quo minus eo iure uti possit, quia nulla eiusmodi iuris*

¹⁹ Prima di *incorporeales* nel Veronese vi è una lunga lacuna, ma l'integrazione *res* può considerarsi sicura ed è unanimemente accolta.

²⁰ Cioè la *traditio vacuae possessionis*, cfr. E. SECKEL und E. LEVY, in ZSS 47, 1927, 226: «Dass das *tradere vacuum fundum* oder (was dasselbe ist) *vacuam possessionem* im römischen Kauf ein technischer Begriff ist, steht fest». L'espressione più frequentemente usata era *vacuam possessionem tradere* (G. 4.131a; D. 18.1.68.2, Proc. 6 *epist.*; D. 41.2.18.2, Cels. 23 *dig.*; D. 19.1.48, Scaev. 2 *resp.*; D. 22.1.4 pr., Pap. 27 *quaest.*; D. 45.1.52.1, Ulp. 7 *disput.*; D. 45.1.75.7, Ulp. 22 *ad ed.*; D. 19.1.36, Paul. 7 *ad Plaut.*), ma ricorre anche *in vacuam possessionem inducere* (D. 41.2.33, Pomp. 32 *ad Sab.*; D. 39.5.35.1, Scaev. 31 *dig.*; D. 49.14.50, Paul. 3 *decret.*; Vat. Fr. 314, Diocl., a. 294; Vat. Fr. 316, Diocl., s. d.) e talora *mittere* (D. 41.2.34 pr., Ulp. 7 *disput.*).

vacua traditio esset. E Giavoleno aggiungeva che l'esercizio di tale diritto (*usus eius iuris*) era da considerare '*pro traditione possessionis*' ('*ego puto usum eius iuris pro traditione possessionis accipiendum esse*') e che perciò erano stati predisposti '*interdicta veluti possessoria*'²¹ ('*ideoque et interdicta veluti possessoria constituta sunt*').

Analogamente Pomponio, in D. 19.1.3 (Pomp. 9 *ad Sab.*), dopo aver chiarito nel § 1 la portata e gli effetti della *stipulatio* con la quale il venditore si è impegnato a *vacuam possessionem tradere*, nel § 2 dice che, se oggetto della compravendita è una servitù (di *iter, actus, via, aquae ductus*), non è possibile una *vacuae possessionis traditio* e perciò il venditore deve impegnarsi mediante *cautio* a non impedire che il compratore eserciti la servitù: '*Si iter actum viam aquae ductum per tuum fundum emero, vacuae possessionis traditio nulla est: itaque cavere debes per te non fieri, quo minus utar*'.

E Ulpiano, in D. 45.1.75.7 (Ulp. 22 *ad ed.*), occupandosi delle *stipulationes* aventi ad oggetto un *incertum* (sia '*in faciendo*' che '*in non faciendo*'), richiama tale *cautio* e ne riferisce una formulazione corrente: '*incertum stipulari videtur ... in non faciendo, veluti «per te non fieri, quo minus mihi per fundum tuum ire agere liceat»*'.

Dunque i giuristi, in relazione alle *servitutes* o *iura praediorum*, ricordavano la necessità del ricorso alla *cautio* '*per te non fieri, quo minus ...rell.*', dato che si trattava di *ius*, di cui non era possibile effettuare una *vacuae possessionis traditio*.

Un'eco di questo diffuso pensiero giurisprudenziale è riscontrabile in Quintiliano, *inst. orat.* 5.10: '*ius, quod sit incorporale, adprehendi manu non posse*'; per altro il modo di esprimersi del retore presenta qualche somiglianza con quello (già visto) di Epit. Gai 2.1.2 ('*corporales sunt, quae manu tangi possunt*').

4. Siamo ora in grado, dopo l'analisi che abbiamo condotto dei molteplici testi, di constatare che nelle nostre fonti non si rintraccia alcuna prova dell'affermazione, che si vorrebbe attribuire a Festo, e che quindi è infondata l'integrazione comunemente accolta della lacuna del Farnesiano.

In nessun testo si afferma che la *possessio* non rientra tra le *res quae tangi possunt* (o *corporales*); viene invece ripetutamente detto che solo di queste *res* si può fare la *traditio possessionis*, mentre non è possibile farla delle *res quae tangi non possunt* (o *incorporales*), come ad es. delle *servitutes*.

Pertanto è sulla base di queste concordi attestazioni che va fondatamente integrata la nostra lacuna e restituito sensatamente il discorso di Festo.

Dopo aver chiarito²² che è *possessio* l'*usus* di un bene (in particolare immobile) e non lo stesso bene, Festo dice, prima della lacuna, '*non enim possessio est*' e, dopo la lacuna, '*rebus quae tangi possunt*'.

La lacuna va colmata tenendo presente che Festo, coerentemente alle altre attestazioni pervenute, doveva rilevare che non poteva esservi *possessio* (*non enim possessio est*) se non in riferimento alle *res quae tangi possunt*.

Questo risultato è raggiungibile, tenendo conto dell'estensione della lacuna, o integrandola con *quam*, affermando quindi Festo che la *possessio* non poteva che essere relativa (*non enim*

²¹ Espressione forse confrontabile con G. 4.139: '*cum de possessione aut quasi possessione inter aliquos contenditur*'.

²² Richiamandosi anche, come si ricorderà, a Elio Gallo.

possessio est 'quam')²³ alle *res quae tangi possunt*; ovvero integrandola con *nisi in*, per cui Festo affermava che non poteva esservi *possessio* se non su tali cose, '*nisi in' rebus quae tangi possunt*.

Entrambe queste possibilità mi sembrano prospettabili, ma credo, per le ragioni che avrò modo di chiarire tra breve, che in ultima analisi sia da preferire l'integrazione *nisi in*.

Integrazione che (è venuto il momento di dirlo) era già stata autorevolmente proposta da Lindsay, nell'edizione del 1930.²⁴

Mentre l'edizione teubneriana del 1913 era volta a restituire criticamente il testo, nella successiva edizione Lindsay si è prefisso anche il compito di integrare (ove possibile) almeno talune lacune: «Cum ante aliquot annos... ea quae Festi truncatus codex servat et ea quae Paulus Diaconus Carolo Magno regi ex pleno codice excerpsit quam fidelissime philologis exhibui (Teubn. 1913), tum promisi me in altero volumine maiora esse adgressurum, ut, quatenus possem, ea quae Festus scripsit adumbrarem»;²⁵ «In hac tamen editione audaciorum praeterea laborem mihi imposui... lacunas quae in nostro codice sunt interdum sup- plere conatus sum».²⁶

Lindsay proponeva questa integrazione²⁷ basandosi sulle sue cognizioni filologiche, paleografiche e lessicografiche,²⁸ e in particolare sulla familiarità che aveva con il linguaggio di Festo, non certo sulle attestazioni delle fonti giuridiche.

E' invece basandomi su queste, quindi seguendo tutt'altra via e attraverso un diverso percorso argomentativo, che io sono autonomamente pervenuto a conclusioni corrispondenti.

Indipendentemente dalla scelta tra le due integrazioni (*quam* o *nisi in*) che mi sono sembrate proponibili, entrambe raggiungono lo scopo di non attribuire a Festo un'affermazione inventata (che non trova riscontro in nessun'altra testimonianza); risultato che coincide con quello conseguito, per via diversa, da Lindsay.

Vorrei ora (anzi direi che mi corre l'obbligo di farlo) indicare brevemente le ragioni per cui mi pare sia in definitiva da preferire l'integrazione *nisi in*. Già sotto il profilo paleografico l'integrazione *quam* offre qualche difficoltà, in quanto non copre l'intero spazio di cinque lettere della lacuna; mentre è con esso compatibile l'integrazione *nisi in*, perché tre *i* occupano lo spazio di due lettere: ed infatti è proposta senza perplessità da Lindsay, la cui specifica competenza in proposito non va trascurata. Ma soprattutto va riconosciuto che la restituzione '*non enim possessio est quam rebus...*' potrebbe essere abbastanza vicina al linguaggio

²³ Un tale modo di esprimersi di Festo mi parrebbe in qualche modo confrontabile con l'espressione *nihil aliud est quam* adoperata dai giuristi (D. 44.7.51, Cels. 3 dig.: *nihil aliud est actio quam ius, quod sibi debeatur, iudicio persequendi*; D. 50.16.24, Gai. 6 ad ed. prov.: *nihil aliud est hereditas quam successio in universum ius quod defunctus habuit*; D. 50.17.62, Iul. 6 dig.: *hereditas nihil aliud est quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*; D. 50.16.186, Ulp. 30 ad ed.: *commendare nihil aliud est quam deponere*).

²⁴ W. M. LINDSAY, in *Glossaria Latina (iussu Academiae Britannicae edita)*, IV, Paris 1930, rist. Hildesheim 1965, 73 ss.

²⁵ W. M. LINDSAY, *Glossaria*, IV cit., *Praefatio*, 73.

²⁶ W. M. LINDSAY, *Glossaria*, IV cit., *Praefatio*, 74.

²⁷ Di essa, per quanto mi consta, dai romanisti o non è stato tenuto conto o è stato detto che «non dà senso» o che «stravolge il senso del testo» (M. BRETONE, *I fondamenti*⁴ cit., 208 nt. 42; ID., *Diritto e tempo*⁶ cit., 166 nt. 28).

²⁸ Fu autore, fra l'altro, di *The Latin Language, di Ancient Lore in Medieval Latin Glossaries*, e di una fondamentale edizione critica dell'opera di Isidoro.

dei giuristi,²⁹ ma forse non a quello di Festo. E dato che Lindsay, profondo conoscitore di Festo e dei suoi modi di esprimersi, ha ritenuto di proporre l'integrazione *nisi in*, è alla sua autorevolezza che è opportuno rimettersi, e considerare preferibile questa integrazione.

A riprova della fondatezza dell'integrazione *nisi in*,³⁰ può essere addotto un ulteriore argomento.

Delle *res quae tangi non possunt*, o *incorporales*, le nostre fonti ci tramandano elenchi diversi. Gaio (2.14=D. 1.8.1.1) vi comprende eredità, usufrutto, obbligazioni e *iura praediorum* ('*sicut hereditas ususfructus obligationes quoquo modo contractae ... eodem numero sunt iura praediorum*'); le Istituzioni giustiniane (2.2.2) vi aggiungono l'*usus*; l'Epitome Gai (2.1.2-3) vi include soltanto *hereditas*, *obligationes* e *iura praediorum*; Ulp. *Reg.* (19.11) *usufructus, hereditas* e *tutela legitima libertae*; Carisio (*ars gramm.*, KEIL, *Gr. Lat.*, I, p. 153) vi ricomprende *pietas*, *iustitia* e *dignitas*; e così pure Cleonio (*ars gramm.*, KEIL, *Gr. Lat.*, V, p. 34).

In nessuno di tali elenchi,³¹ pur tra tante diversità, è compresa la *possessio*.

Ancora una volta si constata come non vi sia nessun appiglio per supporre che Festo affermasse che la *possessio* non rientrava tra le *res quae tangi possunt*; e risulta confermato che l'integrazione comunemente accolta dai romanisti è arbitraria, e che basarsi su di essa sarebbe fuorviante.

²⁹ V. *supra*, nt. 23.

³⁰ O in subordinate dell'integrazione *quam*.

³¹ E neppure in quello di Cicerone (*top.* 5.27) di *res quae tangi demonstrarive non possunt* (v. sopra nt. 18), comprendente *usucapio*, *gens* e *adgnatio*.

JOSEPH GEORG WOLF

Religio in den Juristenschriften

PAROLE CHIAVE

Religio; giuristi romani.

I. In seiner Schrift über “Die Verschwörung des Catilina“ schildert Sallust anschaulich die verwerflichen, insbesondere durch die Zuchtlosigkeit der jüngeren Generationen wüsten Zustände in den Mauern Roms nach Sullas Rückkehr aus Griechenland im Jahre 82 v. Chr., die Zerstörung Praenestes und die Ermordung seiner Einwohner, die Tötung tausender Samniten, die Proskription von nahezu fünf tausend Römern und schließlich Sullas Ernennung zum Diktator mit ihren brutalen und erbarmungslosen Folgen¹. Gegen all das erinnert Sallust an die Vorfahren, die er die *religiosissimi mortales* nennt, die ‘Gottesfürchtigsten unter den Sterblichen’². Er rühmt ihre Frömmigkeit, mit der sie die Heiligtümer der Götter schmückten, und ihre Tugend, die den Besiegten nichts nahm als die Möglichkeit zu neuem Unrecht.

Religiosissimi ist ein Schlüsselwort: es besagt nicht weniger als die Bindung an die Gottheiten in allen Lebenslagen, als die Überzeugung und das Gefühl der unbedingten Bestimmung und Abhängigkeit des Staates oder der Gemeinde und der privaten Existenz von den zwar personifizierten, aber doch numinosen Göttern³. Diese Bindung vollzieht sich, nach dem Bedürfnis der Römer, in geordneten Bahnen, nämlich gemäß dem *ius divinum*, das ein Teil des *ius publicum* war⁴.

Bei dieser Allgegenwärtigkeit der Gottheiten sollte nicht überraschen, daß in den literarischen, aber auch in den juristischen Schriften das Wort *religio* häufig begegnet. Bemerkenswert bleibt indessen, daß *religio* in mehrfacher Bedeutung verwendet wird. Im Vordergrund unserer Betrachtungen sollen die juristischen Schriftwerke stehen.

II. Die Juristen verwenden *religio* für ‘Religion’ und ‘Kultus’, sozusagen als Sammelbegriff aller für die Beziehungen zu den Gottheiten geltenden Regeln und Riten. *Religio* steht ebenso für ‘Gottesverehrung’, auch die ‘den Toten geschuldete Ehre’. Häufig bezeichnet es den ‘Eid’, und immer wieder die ‘gewissenhafte Erfüllung von Amtspflichten’, eines Prätors, eines Statthalters oder eines Richters. Der Bestattungsort ist ein *locus religiosus* oder ein *locus sacer*, ein geheiligter und tabuisierter Ort. Wir gehen ins Einzelne.

1. Das Eingangsfragment der Digesten aus Ulpian’s Institutionen belehrt über die Grundeinteilung der römischen Rechtsordnung. Nach diesem Text umfaßt sie zum einen das *ius publicum*, das öffentliche Recht, zum anderen das *ius privatum*, das Privatrecht. Das öffentliche Recht regelt die *sacra*, den Staatskultus, und die *sacerdotes*, die Priesterschaften, und die Magistraturen – wobei dahin steht, ob die *sacra* nur, wie wahrscheinlich, der Staatskultus sind oder die gesamte *religio*, nämlich einschließlich der Beziehungen des einzelnen Menschen zu den Gottheiten⁵:

Huius studii duae sunt positiones publicum et privatum. publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem: sunt enim quaedam publice

¹ Sallust., *Catilin.* 12-14.

² Sallust., *Catilin.* 12, 3.

³ Vgl. G. WISSOWA, *Religion und Kultus der Römer*², München 1912, 380 ff.

⁴ D. 1.1.1.2 (Ulp. 1 *inst.*). Vgl. auch M. KASER, *Das römische Privatrecht*, I², München 1971, 27 f. unter III.

⁵ D. 1.1.1.2 (Ulp. 1 *inst.*).

utilia, quaedam privatim. publicum ius in sacris, in sacerdotibus, in magistratibus constitit. privatum ius tripartitum est: collectum etenim est ex naturalibus praeceptis aut gentium aut civilibus.

2. Bei Maecianus ist *religio* 'die Gottesverehrung'. Wer ihr obliegt und vor den Prätor geladen worden ist, um den Sklaven freizulassen, dem die Freiheit durch Fideikommiß vermacht worden ist, fällt nicht unter das *senatusconsultum Rubrianum*, das dem Prätor erlaubt, in Abwesenheit des *fideicommissarius* dem Sklaven die Freiheit zu gewähren⁶. Vermutlich war die 'Gottesverehrung', die den Verpflichteten abhielt, vor dem Prätor zu erscheinen, an ein Ritual gebunden⁷.

neque infantes neque furiosi neque ab hostibus capti neque hi, quos religio aut honestior causa vel calamitas aliqua vel maior res familiaris aut capitis famaeve periculum aut similis causa moretur, Rubriano senatus consulto continentur: ac ne pupilli quidem, qui tutores non habent, aut eos habeant, quos earum quae causa detinet. sed nec, si hi data opera sui potestatem non faciunt, puto pupillis libertos eripi, quia et iniquum est facto tutoris, qui forsitan solvendo non sit, pupillum damno adfici, et senatus consulto non continetur alius quis quam qui ex causa fideicommissi debet praestare libertatem. quid ergo est? Dasumiano senatus consulto subvenitur his, quo cautum est de his, qui iusta ex causa absent, ut nec libertas impediatur nec libertus eripiatur his, qui fraude careant.

Pomponius hebt hervor, daß unter allen Lebewesen nur den Menschen die 'Verehrung' der Gottheit obliegt - so wie die Verehrung der Eltern und des Vaterlandes⁸:

Veluti erga deum religio; ut parentibus et patriae pareamus

Und Cicero belehrt uns, daß *religio* das Wort ist, mit dem die Furcht vor der Gottheit und die 'Verehrung' der Gottheit benannt wird⁹:

Religionem eam quae in metu et caerimonia deorum sit appellant

3. Bei Modestinus ist *religio* 'die den Toten geschuldete Ehre'. Auf einem ererbten Grundstück, das zwei Miterben gehört, sind Vorfahren bestattet, denen die Väter der Miterben 'Totenehre' schuldeten. Die Miterbin will das Grundstück verkaufen, was der Miterbe ablehnt und darum eine Teilung des Grundstücks verlangt. Nach Modestin kann der

⁶ D. 40.5.26.7-11 (Ulp. 5 *fideicomm.*).

⁷ D. 40.5.36 pr. (Maec. 16 *fideicomm.*).

⁸ D. 1.1.2 (Pomp. *lib. sing. ench.*). Das Fragment folgt auf D. 1.1.1.4: *Ius gentium est, quo gentes humanae utuntur. Quod a naturali recedere facile intellegere licet, quia illud omnibus animalibus, hoc solis hominibus inter se commune sit.*

⁹ Cic., *De invent.*, 2.66. Der Text fährt fort: *pietatem, quae erga patriam aut parentes aut alios sanguine coniunctos officium conservare moneat; gratiam, quae in memoria et remuneratione officiorum et honoris et amicitiarum observantiam teneat;*

Erbschaftsrichter auch das Grundstück teilen. Von der Teilungsklage ausgeschlossen seien allerdings die *loca religiosa*, die religiösen Stätten, mithin die Gräber der Vorfahren¹⁰:

Fundus mihi communis est pupillae coheredi: in eo fundo reliquiae sunt conditae, quibus religio ab utriusque patribus debebatur, nam parentes quoque eiusdem pupillae ibi sepulti sunt: sed tutores distrahere fundum volunt: ego non consentio, sed portionem meam possidere malo, cum universitatem emere non possim et velim pro meo arbitrio exsequi ius religionis. quaero, an recte arbitrum communi dividendo ad hunc fundum partiendum petam an etiam is arbiter, qui familiae erciscundae datur, isdem partibus fungi possit, ut hanc possessionem exemptis ceteris corporibus hereditariis pro iure cuique nobis partiatur. Herennius Modestinus respondit nihil proponi, cur familiae erciscundae iudicio addictus arbiter officium suum etiam in eius fundi de quo agitur divisionem interponere non possit: sed religiosa loca in iudicium non deduci eorumque ius singulis heredibus in solidum competere.

4. Der Ort, an dem ein Leichnam bestattet wurde, ist ein *locus religiosus*: durch die Beisetzung wurde der genutzte Grund zu einem religiösen Ort¹¹. Wenn das Grundstück mit einem Nießbrauch belastet ist, muß der Nießbraucher der Beisetzung zustimmen. Nur ausnahmsweise darf der Eigentümer ohne die Zustimmung des Nießbrauchers die Beisetzung vornehmen, wenn er keinen anderen Ort für das Begräbnis hat¹²:

Locum autem religiosum facere potest consentiente usufructuario: et hoc verum est favore religionis. sed interdum et solus proprietatis dominus locum religiosum facere potest: finge enim eum testatorem inferre, cum non esset tam oportune, ubi sepeliretur.

Für den Zugang zur Grabstätte kann eine Dienstbarkeit bestellt werden. Sie ist rein privatrechtlich. Sie kann auch nach der Beisetzung begründet und auch zu jeder Zeit aufgegeben werden. Der *locus religiosus* dagegen kann nicht besessen¹³ und, wie schon gesagt, nicht geteilt werden.

Ein Interdikt verheißt, daß Grabmäler errichtet und auch geschmückt werden sollen¹⁴. Die Restauration einer Grabstätte setzt indessen ein Gutachten der Priester voraus, das eine Verletzung der *religio*, des Totenkults, durch die Erneuerungsarbeiten ausschließt¹⁵:

Sed si religionis locus iam factus sit, pontifices explorare debent, quatenus salvalreligione desiderio reficiendi operis medendum sit.

¹⁰ D. 10.2.30 (Mod. 6 resp.).

¹¹ D. 24.1.5.8 (Ulp. 32 ad Sab.): *Concessa donatio est sepulturae causa: nam sepulturae causa locum marito ab uxore vel contra posse donari constat et si quidem intulerit, faciet locum religiosum*

¹² D. 7.1.17 (Ulp. 18 ad Sab.).

¹³ D. 41.2.30.1 (Paul. 15 ad Sab.): *..... namque locum religiosum aut sacrum non possumus possidere, etsi contemnamus religionem et pro.*

¹⁴ D. 11.8.1.6 (Ulp. 68 ad ed.): *Interdictum hoc propterea propositum est, quia religionis interest monumenta exstrui et exornari.*

¹⁵ D. 11.8.5. 1 (Ulp. 1 opinion.).

Und wer einen *locus religiosus* nicht verlassen darf, kann nicht *in ius* voziert werden¹⁶:

in ius vocari non oportet neque consulem neque praefectum neque praetorem neque proconsulem neque ceteros magistratus, qui imperium habent, qui et coercere aliquem possunt et iubere in carcerem duci: nec pontificem dum sacra facit: nec eos qui propter loci religionem se movere non possunt...

5. Auch der Eid, das *iusiurandum* oder *sacramentum*, wird immer wieder mit *religio* bezeichnet. Ein klares Beispiel gibt etwa Ulpian in seinem Ediktskommentar¹⁷:

Quod si deferente me iuraveris et absolutus sis, postea periurium fuerit adprobatum, Labeo ait de dolo actionem in eum dandam: Pomponius autem per iusiurandum transactum videri, quam sententiam et Marcellus libro octavo digestorum probat: stari enim religioni debet.

Der Richter mußte die Eidesleistung anordnen¹⁸. Dem geschworenen Eid wurde eine stärkere Geltung zugeschrieben als dem richterlichen Urteil¹⁹:

Iusiurandum speciem transactionis continet maioremque habet auctoritatem quam res iudicata.

Die Scheu vor dem Eid - wohl wegen der Folgen eines Meineids - war so groß, daß Prozeßparteien lieber von sich aus oder auf Geheiß des Richters den Streit durch eine Vereinbarung, wohl einen Vergleich, beilegten²⁰. - Wer vererbte oder vermachte unter der Bedingung einer Eidesleistung, handelte gegen ein Verbot des Prätors. Gründe dieses Verbots waren, daß nicht wenige Menschen die *religio* verachteten oder abergläubisch aus Scheu vor dem Eid die Bedingung ablehnten²¹:

Cum enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis, alii perquam timidi metu divini numinis usque ad superstitionem, ne vel hi vel illi aut consequerentur aut perderent quod relictum est, praetor consultissime intervenit. etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis condicione adstringit sub condicione faciendi relinquere: ita enim homines aut facientes admitterentur aut non facientes deficerentur condicione.

Selbst Sklaven wurden vor ihrer Freilassung aufgefordert, sich durch einen Eid ihrem künftigen Patron zu verpflichten, *ut hi religione adstricti*, damit sie, durch die *religio* gebunden, als Freigelassene ihre Verpflichtung unverzüglich erneuerten²².

¹⁶ D. 2.4.2 (Ulp. 5 *ad ed.*). Zur Unterscheidung von *locus sacer* und *sacrarium* siehe D. 1.8.9.2 (Ulp. 68 *ad ed.*).

¹⁷ D. 4.3.21 (Ulp. 11 *ad ed.*).

¹⁸ D. 12.3.4.1 (Ulp. 36 *ad ed.*): *Deferre autem iusiurandum iudicem oportet.....*

¹⁹ D. 12.2.2 (Paul. 18 *ad ed.*).

²⁰ D. 12.2.1 (Gai. 5 *ad ed. prov.*): *maximum remedium expediendarum litium in usum venit iurisiurandi religio, qua vel ex pactione ipsorum litigatorum vel ex auctoritate iudicis deciduntur controversiae.*

²¹ D. 28.7.8 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*).

²² D. 40.12.44 (Venul. 7 *action.*). Im Prozeß konnte der Beweispflichtige *adversario suo rei veritate*

6. *Religio* kann auch 'die gewissenhafte Erfüllung' der Amtspflicht eines Magistrats, Statthalters oder auch eines *iudex* sein. Der Prätor, der den Sklaven eines Mündels, gegen dessen *curator* ermittelt wird, vernimmt, handelt 'in gewissenhafter Erfüllung seiner Amtspflicht'²³:

Nihil proponi, cur praescribere curator possit in cognitione suspecti, quo minus religio praetoris a pupillari servo detegente fraudes instruat.

Septimius Severus hat in einer Rede den *tutores* und *curatores* erlaubt, ererbte Grundstücke des Mündels zu verkaufen, wenn anders Schulden nicht getilgt werden können. Allerdings muß der Stadtprätor angegangen werden. Er soll *pro sua religione*, 'gewissenhaft', schätzen und bestimmen, was aus der Erbschaft veräußert werden darf²⁴:

..... quod si forte aes alienum tantum erit, ut ex rebus ceteris non possit exsolvi, tunc praetor urbanus vir clarissimus aedeatur, qui pro sua religione aestimet, quae possunt alienari obligarive debeant,

Wie Prätor²⁵ und *iudex*²⁶ mußte auch der *praeses provinciae*, der Statthalter, sein Amt 'gewissenhaft' führen. So gehörte zu seinen Pflichten, die *potentiores* abzuhalten, den *humiliores* Unrecht zu tun, und zu verhindern, daß ihre *defensores*, ihre Vertreter, die unschuldigen kleinen Leute aus Schikane mit unbegründeten Anklagen nachstellten²⁷:

Ne potentiores viri humiliores iniuriis adficiant neve defensores eorum calumniosis criminibus insectentur innocentes, ad religionem praesidis provinciae pertinet.

7. Die *divi fratres* haben, Proculus folgend, reskribiert, daß dem Enkel eines Freigelassenen, den dessen Sohn eines Kapitalverbrechens angeklagt hat, *contra tabulas* der Nachlaßbesitz nicht erteilt werden darf. Ebenso habe Valusius Maecianus entschieden, veranlaßt durch die dem kaiserlichen Reskript geschuldete *religio*: nämlich die der kaiserlichen Entscheidung

iusiurandum ferre, dem allerdings das Recht zustand, den Eid zurückzuschieben: *iure referendae religionis ei servando*: D. 22.3.25.3 (Paul. 3 *quaest.*).

²³ D. 26.10.12 (Iul. Aquil. *libr. resp.*).

²⁴ D. 27.9.1.2 (Ulp. 35 *ad ed.*). Siehe auch D. 27.9.5.11 (Ulp. 35 *ad ed.*): *..... iubere debet edi rationes itemque synopsis bonorum pupillarum, advocatumque pupillo dare, qui instruere possit praetoris religionem, an adsentire venditioni vel obligationi debeat.*

²⁵ Siehe auch D. 28.7.8 pr. (Ulp. 50 *ad ed.*): *..... cum enim faciles sint nonnulli hominum ad iurandum contemptu religionis Etenim potuit is, qui voluit factum, quod religionis condicione adstringit sub condicione faciendi relinquere.* Außerdem D. 29.4.6.4 (Ulp. 50 *ad ed.*): *..... si vero nulla suspicio collusionis religionem praetoris (das Gewissen des Prätors) instruxerit.* Entsprechendes galt für das Priesteramt D. 50.5.13 pr. (Ulp. 23 *ad ed.*): *..... vel si quid sacerdotium nanci sint, ut discedere ab eo sine religione non possint.*

²⁶ D. 7.6.2 (Pomp. 5 *ad Sab.*): *Ad iudicis religionem pertinet, ut inspiciat, qualis ante iudicium acceptum fundus fuerit.* Außerdem siehe D. 22.5.13 (Pap. 1 *de adult.*); D. 42.1.33 (Call. 5 *cognit.*); D. 48.18.1.17 (Ulp. 8 *de off. proc.*); D. 50.13.6 (Gai. 3 *rer. cott.*).

²⁷ D. 1.18.6.2 (Ulp. 1 *opinion.*). Siehe auch D. 50.5.2.8 (Ulp. 3 *opinion.*). Schon Plautus, *Curcul.* 350: *Postquam hoc mihi narravit, abeo ab illo. Revocat me ilico, vocat me ad cenam; religio fuit, denegare nolui.*

geschuldete - und von den Kaisern selbst erwähnte - 'Ehrerbietung'; in dieser Bedeutung ist *religio* nur in diesem Reskript belegt²⁸:

'..... cuius sententiam nos quoque secuti sumus, cum rescriberemus ad libellum Caesidiae Longinae: sed et Volusius Maecianus amicus noster ut et iuris civilis praeter veterem et bene fundatam peritiam anxie diligens religione rescripti nostri ductus sit ut coram nobis adfirmavit non arbitratum se aliter respondere debere

III. Nach diesem Überblick, der den Gebrauch von *religio* in den Juristenschriften verzeichnet - und in den literarischen Werken etwa von Cicero und Livius oder Gellius und Plinius noch reicher ausgefallen wäre - nach diesem Überblick ist die Frage unvermeidlich, was diesen Bedeutungen, die dem Begriff *religio* unterlegt worden sind, gemeinsam ist, was ihre Vielfalt verständlich macht, was wohl ihr gemeinsamer Ausgang ist. Willkürliche Verwendung des Wortes kommt kaum in Betracht²⁹.

1. 'Gottesverehrung' oder 'Götterverehrung' ist die Bedeutung, die Volusius Maecianus, ein jüngerer Zeitgenosse Julians, *religio* beilegt³⁰. Diese Verwendung überrascht uns nicht, denn *religio* ist Glaube, religiöse Gesinnung, Gottesfurcht.

Das öffentliche und private Leben in Rom sah sich seit alters in Abhängigkeit von den Gottheiten. Sie bestimmten, so war der Glaube, alles was geschah, jedes Handeln und jeden Zustand. Diese Bindung und Abhängigkeit aller Existenz von den Gottheiten erzeugte zugleich die Überzeugung, daß man alles tun müsse, um das Wohlwollen der Götter und ihre Fürsorge zu gewinnen und dauernd zu erhalten. So sah man sich selbst auch verpflichtet zu Gegenleistungen, zu Opfern und sakralen Ritualen; mit einem Wort zu dauernder Verehrung der Gottheiten. Die Vorgänge bei der Gründung einer römischen Bürgerkolonie lassen uns wissen, daß alsbald nach der Konstituierung der *colonia civium Romanorum* die sakralen Pflichten des Gemeinwesens festgelegt wurden³¹. Die Verehrung der Gottheiten, das war die Gewißheit, würde ihre Milde und ihre Huld dem Einzelnen und dem Gemeinwesen erhalten, würde, durch die Verehrung bestimmt, das Gute herbeiführen und das Böse fernhalten. So ist die 'Götterverehrung' unverkennbar die Erfüllung einer Verpflichtung, die begründet ist durch das Gefühl und die Überzeugung, in jeder Hinsicht den Gottheiten ausgeliefert zu sein und ihr Wohlwollen stets aufs Neue gewinnen und bewahren zu müssen. Die 'Götterverehrung' ist demnach die Erfüllung einer Verpflichtung, die dem Einzelnen und dem Gemeinwesen als Gegenleistung obliegt für das Wohlwollen der alle menschliche Existenz beherrschenden Gottheiten. Ihr Ausgangspunkt ist die geglaubte Bindung und Abhängigkeit alles Menschlichen von den Göttern.

²⁸ D. 37.14.17 pr. (Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*).

²⁹ Zum Folgenden vgl. G. WISSOWA, *Religion*², cit., 380 ff.

³⁰ D. 40.5.36 pr. (Maec. 16 *fideicom.*).

³¹ Lex Urson. 64: *Ilviri quicumque post coloniam deductam erunt, ii in diebus X proxumis, quibus eum magistratum gerere coeperint, at decuriones referunto, cum non minus duae partes aderint, quos et quot dies festos esse et quae sacra facere placeat*

2. a) Bei Modestin ist *religio* die den Verstorbenen geschuldete Ehre³². Dem Kontext entnehmen wir, daß die Väter der Miteigentümer eines ererbten Grundstücks diese Ehre den auf dem gemeinsamen Grundstück bestatteten Vorfahren schuldeten: *religio ab utriusque patribus debebatur*³³.

Der Jahreskalender sah mehrere, auch von Staats wegen verordnete Totenfeiern vor. Die wohl bedeutendsten und längsten waren die *dies parentales*, die vom 13. bis zum 21. Februar dauerten. Die Toten der Familien, die *divi parentium*, wurden im Haus geehrt, aber auch ihre Gräber besonders geschmückt. Man glaubte, daß die Geister der Verstorbenen über dem Haus walteten und daß sie gerade in den Tagen der Feier die Oberwelt heimsuchten. Damit sie den Lebenden nicht schadeten, ehrte man sie mit Opfergaben, und war sicher, auf diese Weise die *divi parentium* friedlich und versöhnlich zu stimmen. Auch hier sehen wir das Verhältnis von Leistung und Gegenleistung: die Totengeister sollten ihren Nachfahren keinen Schaden zufügen und werden dafür von ihnen mit Opfergaben geehrt. Die Ehrung, die Gegenleistung, war nach aller Überzeugung unverzichtbar, so daß Modestin zurecht schreibt, daß sie 'geschuldet' wurde. Wie die 'Götterverehrung' war demnach auch die Ehrung der Verstorbenen eine religiöse Verpflichtung, eine Gegenleistung, um, wie man fest glaubte, die Totengeister zu begütigen.

b) Von *religio* abgeleitet ist das Adjektiv *religiosus*, das zuerst bei Plautus begegnet³⁴. Das Stammwort *religio* hat in dieser Nachbildung nicht die Grundbedeutung 'Erfüllung einer religiösen Verpflichtung' wie die Analysen der Begriffe 'Götterverehrung' und 'Totenehrung' gezeigt haben. Die hier besprochene Nachbildung geht vielmehr von *religio* in seiner eigentlichen und elementaren Bedeutung aus, nämlich von *religio* in seiner Bedeutung 'Religiösität', 'Heiligkeit', 'Frömmigkeit'. Daher steht *religiosus* für 'religiös', 'heilig', 'fromm'.

In diesem Anhang zur Untersuchung der 'Totenehrung' gehen wir auf das Adjektiv ein, weil die Bestattung eines Leichnams, wie schon gesagt, den Ort zum *locus religiosus* machte. Das Grundstück verlor damit seine alltägliche private Verfügbarkeit: es konnte nicht mehr besitzen, nicht mehr geteilt, nicht mehr veräußert und auch nicht mehr belastet werden, und erneuert nur dann, wenn der Totenkult - was immer das heißt - unverletzt blieb³⁵. Die Grabstätte war unantastbar geworden, sozusagen tabuisiert. Ein bemerkenswertes Beispiel für die Religiösität der römischen Gesellschaft.

3. In den Digesten wird *religio*, häufiger als in anderen Bedeutungen, auch für das *iusiurandum*, den Eid, verwendet.

In Rom unterschied man den assertorischen vom promissorischen Eid. Mit dem assertorischen beschwor man, etwa als Zeuge, die Wahrheit gesagt zu haben; mit dem promis-

³² D. 10.2.30 (Mod. 6 resp.).

³³ Zum Folgenden vgl. G. WISSOWA, *Religion*², cit., 232 ff.; K. LATTE, *Römische Religionsgeschichte*, München 1960, 98 ff.

³⁴ Plaut., *Asin.* 782: *deam invocet sibi quam lubebit propitiam*, (782) *deum nullum; si magi religiosa fuerit*, (783) *tibi dicat*.

³⁵ D. 11.8.5.1 (Ulp. 1 opinion.).

sorischen verpflichtete man sich zu einer Leistung. In beiden Eidesarten unterwarf sich der Schwörende durch Selbstverfluchung der Strafe des Schwurgottes oder der Schwurgötter: im assertorischen Eid, wenn er wissentlich falsch geschworen, also einen Meineid geleistet hatte³⁶, im promissorischen Eid für den Fall, daß er das Versprechen nicht erfüllte. Zuvor bat er noch den Schwurgott oder die Schwurgötter, ihm gütig zu sein, wenn er keinen Meineid geschworen oder sein Versprechen halte. Der am häufigsten angerufene Schwurgott war Juppiter, der in dieser Rolle *Dius Fidius* genannt wurde; war auch *Herkules*, von dessen Kult allerdings die Frauen ausgeschlossen waren, und, in der Mehrzahl die Dioskuren und Penaten³⁷. Die Selbstverfluchung, die *exsecratio*, folgte dem Eidesthema, wie Plinius in seiner Lobrede auf Trajan schildert³⁸, aber auch das *Iusiurandum Aritensium* zur Anschauung bringt³⁹:

Ex mei animi, ut ego iis inimicus ero, quos C. Caesari Germanico inimicos esse cognovero, et si quis periculum ei salutique eius infert inferetque armis bello internicivo terra marique persequi non desinam, quoad poenas ei persolverit: neque me neque liberos meos eius salute cariores habeo, eosque, qui in eum hostili animo fuerint, mihi hostes esse ducam: si sciens fallo fefellerove, tum me liberosque meos Iuppiter optimus maximus ac divus Augustus ceterique omnes di immortales expertem patria incolumitate fortunisque omnibus faxint.

Wo die Juristen den Eid *religio* nennen, fügen sie nicht ausdrücklich hinzu, von welcher Art der Eid ist. Der Kontext läßt indessen keinen Zweifel aufkommen, daß fast alle *religiones* assertorische Schwüre sind⁴⁰. Nur Venuleius bildet den Fall, daß ein Sklave vor seiner Freilassung seinem Herrn eidlich Dienste verspricht, die er als *libertus* erbringen soll. Der Eid ist rechtlich unwirksam, die religiöse Bindung aber doch so wirkungsvoll, daß er nach seiner Freilassung nicht zögert, das eidliche Versprechen seiner Dienste, nunmehr wirksam, zu wiederholen⁴¹.

Die vorstehende detaillierte Beschreibung stellt außer Frage, daß der römische Eid ein religiöser Akt war: die Wahl eines Schwurgottes; die Bitte um seine Milde und Huld, wenn der Eid kein Falscheid war oder das eidliche Versprechen erfüllt wurde; die Unterwerfung unter seine strenge Strafe, wenn der Eid ein Meineid war oder das Versprechen gebrochen wurde. Der assertorische Eid verpflichtete den Schwörenden zur Wahrheit, der promissorische, das Versprechen zu erfüllen. Aber nicht diese Elemente werden mit *religio* bezeichnet. Hier ist

³⁶ Daß in diesem Fall die *actio doli* gewährt werden sollte, war kontrovers. Nach Pomponius und Marcellus mußte der Eid unangetastet bleiben: *stari enim religioni debet*: D. 4.3.21 (Ulp. 11 *ad ed.*).

³⁷ *Religio* war auch die 'religiöse Scheu' vor dem Eid. Er wurde darum auch als Mittel zur Schlichtung von Rechtsstreitigkeiten eingesetzt; man verglich sich lieber, als einen Eid zu schwören: D. 12.2.1 (Gai. 5 *ad ed. prov.*). Vgl. auch D. 12.2.25 (Ulp. 26 *ad ed.*).

³⁸ Plin., *Paneg.* 64.3: *Quin etiam sedens stanti praeiit ius iurandum, et ille (Traian) iuravit, expressit explanavitque verba quibus caput suum domum suam, si scienter fefellerisset, deorum irae consecraret.*

³⁹ Aus dem Jahre 37 n. Chr.: DESSAU 190; CIL II 172; BRUNS Nr. 101 S. 277.

⁴⁰ Dem Eid wurde stärkere Geltung zugeschrieben, als dem Urteil: D. 12.2.2 (Paul. 18 *ad ed.*). Allerdings mußte der Richter den Eid anordnen: D. 12.3.4.1 (Ulp. 36 *ad ed.*).

⁴¹ D. 40.12.44 pr. (Venul. 7 *action.*). Siehe auch Liv. 3.20.4; 7.3.9; 9.8.6.

religio der Eid selbst, der religiöse Akt. Wenn die ‘religiöse Bindung’ selbst des unwirksamen Eides den *libertus* vermochte, das eidliche Versprechen zu wiederholen, so können wir schon darin eine Andeutung sehen, warum das *iusiurandum* auch *religio* genannt wurde. Nehmen wir seine religiösen Elemente hinzu, so ist die Bezeichnung des Eides mit *religio* verständlich und durchaus gerechtfertigt.

4. Die analysierende Darstellung der ‘Gottesverehrung’, der ‘Totenehrung’, des Eides und der ‘Heiligkeit’ des Bestattungsortes haben uns zugleich belehrt, daß die Bezeichnung *religio* nicht an ein bestimmtes, gar konkretes Element der Vorgänge und Zustände gebunden war. Insofern ist ihre Bezeichnung mit *religio* oder *religiosus* willkürlich - willkürlich allerdings nur im Bereich der Religiosität. An ihr haben ‘Gottesverehrung’, ‘Totenehrung’ und Eid, aber auch der durch Bestattung zum *locus religiosus* gewordene Ort gehörigen Anteil: dort, in der ‘Gottesverehrung’, der ‘Totenehrung’ und auch beim Eid, ist der Anteil erheblich und unübersehbar; beim *locus religiosus* ist es die ‘Heiligung’ des Ortes durch die Bestattung eines Leichnams. Was die mit *religio* und *religiosus* bezeichneten Vorgänge und Zustände verbindet, scheint demnach nicht mehr zu sein als ihre Religiosität.

5. Auch die ‘Gewissenhaftigkeit’, mit der der Consul, der Prätor⁴² und jeder andere Magistrat, auch der *iudex*⁴³ und ebenso der Statthalter⁴⁴ seiner Amtspflicht nachkommen muß, wird *religio* genannt; die ‘gewissenhafte’ Erfüllung der Amtspflicht *religiosus*. Diese ‘Amtspflichten’ sind profan und nicht religiös. Gleichwohl kann der Gebrauch von *religio* und *religiosus* zu ihrer Bezeichnung nur dann überraschen, wenn man vergißt, daß die Magistrate, wenn sie das Amt antraten, den Eid leisteten, ihre Pflichten ‘gewissenhaft’ zu erfüllen⁴⁵. Die Antrittsförmlichkeiten - auch schon durch die an Jupiter um Bestätigung gerichteten Auspizien des gewählten Magistrats religiös geprägt - sehen diesen Eid vor, der, wie jeder Eid, auch die Selbstverfluchung umfaßte. So ist es ohne weiteres verständlich, daß die beschworene ‘Gewissenhaftigkeit’ der Amtsführung *religio* genannt wurde und ihre ‘gewissenhafte’ Erfüllung *religiosus*. Die auch mit *religio* benannte ‘Gewissenhaftigkeit’ bei der Erfüllung auch profaner Amtspflichten bestätigt mithin unsere Annahme, daß nichts als die Religiosität, hier der Pflichterfüllung, der gemeinsame Nenner der Vorgänge und Zustände ist, die mit *religio* und *religiosus* bezeichnet werden.

6. Ein letztes Beispiel für den Gebrauch von *religio*: es sind die *divi fratres*, die in einem Reskript von der einer kaiserlichen Entscheidung geschuldeten *religio*, ‘Ehrrbietung’, spre-

⁴² D. 26.10.12 (Iul. Aquil. 50 *resp.*); D. 27.9.1.2 und 5.11 (Ulp. 35 *ad ed.*); D. 29.4.6.4 (Ulp. 50 *ad ed.*).

⁴³ D. 7.6.2 (Pomp. 5 *ad Sab.*); D. 22.5.13 (Pap. 1 *de adult.*); D. 42.1.33 (Call. 5 *cognit.*); D. 48.18.1.17 (Ulp. 8 *de off. proc.*).

⁴⁴ D. 1.18.6.2 (Ulp. 1 *opinion.*); D. 50.5.2.8 (Ulp. 3 *opinion.*).

⁴⁵ TH. MOMMSEN, *Römisches Staatsrecht*, I⁴, 608 ff., insb. 615 ff.; ID., *Abriss des römischen Staatsrechts*, Leipzig 1893, 131, 133; B. KÜBLER, *Geschichte des Römischen Rechts*, Leipzig 1925, 73 ff., insb. 76 ff. – Siehe Plin., *Panegyrik*. 64.3 (oben A. 38); vgl. Lex Irnit., ed. J.G. WOLF, 2011, cap. 59; Lex Malacit., ed. BRUNS u. a. (7. Aufl. 1909) cap. 59, S. 151.

chen⁴⁶. Seit dem Jahre 12 v. Chr. war der Erste Princeps auch *pontifex maximus*⁴⁷. In diesem Priestertum, in dem ihm alle späteren Kaiser nachfolgten, war er für das gesamte Sakralwesen zuständig. Und es war wohl dieser Status und diese religiöse Zuständigkeit, die auch für die profanen Erlasse und Reskripte des Kaisers, dem die gesamte Bevölkerung des Reichs durch Treueid verbunden war, *religio*, religiöse 'Ehrrbietung', verlangten.

IV. Eine Erklärung dieser bedeutungsreichen Verwendung von *religio* könnte allenfalls die Etymologie liefern. Die etymologischen Erklärungen sind indessen kontrovers. Maximilian Kobbert hält das Verb *religare* - 'durch Binden zurückhalten' - für den Ursprung von *religio*⁴⁸. A. Ernout und A. Meillet dagegen sind sicher, daß sich *religio* von *relegere* herleitet⁴⁹. Kobbert führt Lactantius an, der sich von Ciceros Ableitung ausdrücklich distanzier⁵⁰: *Hoc vincolo pietatis obstricti deo et religati sumus, unde ipsa religio nomen ceperit, non, ut Cicero interpretatus est, a relegendo*. Nach Walter F. Otto wäre anzumerken, daß die Ableitung eines Wortes auf -io (wie *religio*) von einem Wort auf -are (wie *relegare*) eher unwahrscheinlich ist⁵¹. Näher läge, daß, wie *legio* von *legere*, so *religio* von *relegere* abstammt. Das war Ciceros These, der in *De natura deorum* schreibt⁵²: *Qui autem omnia, quae ad cultum deorum pertinerent, diligenter retractarent et tamquam relegerent, sunt dicti religiosi ex relegendo, tamquam elegantes ex eligendo, tamquam ex diligendo diligentes, ex intellegendo intellegentes*. *Religio* könnte demnach hergeleitet sein von *religare*, *religo*, 'anbinden', 'befestigen' oder von *relegere*, *relego*, 'zuschreiben', 'zusammen nehmen'. Wenn *diligens* zu *diligere*, *intellegens* zu *intellegere* und *neglegens* zu *neglegere* gehören, gehört *religens* 'gottesfürchtig', und damit auch *religio* eher zu *relegere*⁵³. Es sind vor allem diese Parallelen, die uns kaum die Wahl lassen, der These Ciceros den Vorzug zu geben. *Religio* wäre demnach eine Art Sammelbegriff, der alles umfaßt, alles zusammen nimmt, was religiöse Bedeutung hat.

⁴⁶ D. 37.14.17 pr. (Ulp. 11 *ad leg. Iul. et Pap.*). Siehe oben nach A. 28.

⁴⁷ B. KÜBLER, *Geschichte*, cit., 203-204; H. VOLKMAN, *Princeps*, Der Kleine Pauly IV, München 1972, 1137-1139.

⁴⁸ M. KOBBERT, *Religio*, RE I A 1, Stuttgart, 1914, 572-574.

⁴⁹ A. ERNOUT, A. MEILLERT, s.v. *Religio*, *Dictionnaire etymologique de la langue latine, Histoire des mots*^A, Paris 1985, 569.

⁵⁰ Lactant., *Divin. Inst.* 4.28.2. Von Geburt Afrikaner fällt seine Karriere in die ersten Jahrzehnte des 4. Jahrhunderts.

⁵¹ Vgl. W.F. OTTO, *Archiv für Religionswissenschaft* 12, 1909, 533 ff.

⁵² Cic., *De nat. deor.* 2.28.72.

⁵³ Vgl. auch Terenz bei Gell. 4.9.11: *tum, quod dem, recte est. Nam nihil esse mihi religio est dicere*: 'Daß ich nämlich nichts habe, habe ich Bedenken (Gottesfurcht, Scheu) zu sagen'.

VARIE

MARIO VARVARO

La compravendita di animali appartenenti alle *res Mancipi*
in Varrone e in Gaio alla luce della corrispondenza
fra Baviera, Pernice e Mommsen

ABSTRACT

In the light of the unpublished correspondence between Giovanni Baviera, Theodor Mommsen and Alfred Pernice some aspects of the debate about the belonging of some animals to the category of the *res Mancipi* are reconstructed, the basis of interpretation being some passages of Varro's *De re rustica* compared with the Gaius' Institutions.

PAROLE CHIAVE

Giovanni Baviera; Theodor Mommsen; Alfred Pernice; Varrone; *emptio uenditio*; *res Mancipi* e *res nec Mancipi*.

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. La corrispondenza come materiale destinato alla circolazione nella comunità scientifica. 3. La questione relativa alla vendita di animali appartenenti al novero delle *res mancipi* in Varrone e in Gaio e il quesito posto per iscritto da Baviera a Mommsen. 4. La fortuna della soluzione proposta da Baviera circa l'interpretazione dei brani del *De re rustica* di Varrone nella storiografia successiva. 5. I testi delle lettere e delle cartoline.

1. Conclusi a Pisa gli studi giuridici cominciati a Palermo, nel 1898 Giovanni Baviera (1875-1963)¹ si recò per un biennio a Berlino, Strasburgo e Parigi grazie a una borsa di stu-

¹ Figlio di Ignazio Baviera, Consigliere alla Corte di Cassazione e poi Primo Presidente onorario di Corte di appello, Giovanni Baviera nacque a Modica nel 1875. Dopo due anni di studio a Palermo si trasferì a Pisa, dove si laureò in giurisprudenza nel 1897. Lì ebbe modo di conoscere Filippo Serafini (1831-1897) e Francesco Buonamici (1832-1921), ma anche Ettore Pais (1856-1939), Santi Romano (1875-1947) e Lodovico Mortara (1855-1937). L'anno dopo la laurea si recò in Germania e in Francia per perfezionare i propri studi. A Strasburgo entrò in contatto con Otto Lenel (1849-1935). In Italia si legò a Vittorio Scialoja (1856-1933), a Contardo Ferrini (1859-1902) e a Salvatore Riccobono (1864-1958), con i quali coltivò uno scambio epistolare che meriterebbe di essere integralmente pubblicato. Nel 1899 – a soli due anni dalla laurea – ottenne per titoli la libera docenza di Istituzioni di diritto romano a Pisa; nel 1901 quella di Storia del diritto romano a Modena e quella di Diritto romano a Roma. Sempre nel 1901 ottenne l'incarico di Storia del diritto romano all'università di Palermo. Già nel 1903 divenne titolare della cattedra per concorso, dapprima come professore straordinario e dal 1907 come professore ordinario. A Palermo tenne anche la cattedra di Diritto civile e dal 1907, su incarico della facoltà, quella di Scienza delle finanze e diritto finanziario. Nel 1912 fu chiamato all'università di Pisa e nel 1914 a Napoli, dove insegnò anche Diritto internazionale e Diritto musulmano in seguito alla conquista italiana della Libia, avvenuta nel 1912. In questa occasione tradusse e annotò il *Manuale di diritto musulmano secondo la dottrina della scuola Sciafeita* dell'olandese Theodoor Willem Jan Juynboll (1802-1861), pubblicandolo a Milano nel 1916. Pur iscrittosi nel 1906 all'Albo degli Avvocati della Corte di Cassazione di Napoli, non esercitò mai la professione forense. Con lo scoppio del primo conflitto mondiale ottenne di continuare a prestare servizio militare come ufficiale di complemento, pur avendo raggiunto i limiti di età, nel Settore costiero di Capo Granitola-Pantelleria-Marsala. Nel dicembre del 1915 tornò a insegnare a Napoli su richiesta dell'università al Ministero della Guerra. Durante gli anni del conflitto svolse anche attività di pubblicista, scrivendo numerosi articoli per *La Perseveranza* di Milano. Nel 1919 fu eletto deputato per la XXV legislatura nel collegio elettorale di Avellino, divenendo Presidente del gruppo parlamentare misto. Fu rieletto nel 1923 per la legislatura successiva, nei difficili anni in cui con la marcia su Roma il fascismo aveva già deciso in Italia la svolta politica che ne avrebbe segnato il destino per il ventennio successivo. Dopo aver assistito personalmente all'irruzione di un gruppo di squadristi fascisti a casa di Francesco Saverio Nitti (1868-1953) nel quartiere Prati della capitale, presentò un'interrogazione parlamentare alla Camera dei deputati (Tornata di venerdì 30 novembre 1923). Fu solidale nei confronti dei colleghi allontanati dall'insegnamento perché ebrei. Nei primi anni Trenta fece anche parte della Commissione Reale per la riforma del codice civile, nell'ambito della quale fu impegnato nei lavori della sottocommissione incaricata della revisione del primo libro. A Napoli si legò a Benedetto Croce (1866-1952). Con quest'ultimo, così come con Nitti, Filippo Turati (1857-1932) e Giovanni Amendola (1882-1926), condivise le posizioni antifasciste. Gli stessi ideali lo legarono al collega Vincenzo Arangio-Ruiz (1884-1964). Ebbe contatti anche con Luigi Einaudi (1874-1961), Enrico De Nicola (1877-1959) e Alcide De Gasperi (1881-1954). Perseguitato per le sue idee politiche, nel 1926 Baviera abbandonò Napoli per tornare a insegnare a Palermo, dapprima Diritto pubblico romano e dal 1932 Istituzioni di diritto romano. Anche nel capoluogo siciliano continuò a svolgere, seppur clandestinamente, la propria attività politica. Per non destare sospetti, organizzò a casa sua il «Circolo dello scopone», che dietro la facciata di riunioni per giocare a carte raccoglieva un cenacolo di liberali che esercitavano le «mormorazioni» contro il regime fascista. La circostanza di non essere iscritto al Partito Nazionale Fascista fu addotta come ragione per negargli ulteriori incarichi di insegnamento, anche se richiesti a titolo gratuito.

dio vinta in un concorso bandito fra i giovani laureati dal Ministero italiano della Pubblica Istruzione.

Nella capitale tedesca, dove si perfezionò negli studi romanistici sotto la guida di Alfred Pernice (1841-1901)² ed Ernst Eck (1838-1901),³ il giovane ebbe l'occasione di allacciare contatti anche con altri studiosi, fra cui Moritz Voigt (1826-1905)⁴ e Theodor Mommsen (1817-1903).⁵

Alla luce di alcune lettere e cartoline inedite è possibile ricostruire i rapporti che legarono lo studioso siciliano a Pernice e a Mommsen con particolare riguardo a uno scambio epistolare relativo all'interpretazione di alcuni brani del *De re rustica* di Varrone⁶ che riguardavano l'acquisto di taluni animali. Di questi brani, in realtà, Baviera aveva cominciato a occuparsi quando, studiando i contrasti fra Sabiniani e Proculiani, si era imbattuto nel noto passo delle Istituzioni di Gaio in cui si riferivano le diverse interpretazioni in ordine al momento in cui gli animali da tiro e da soma cominciavano a considerarsi appartenenti alle *res mancipi*. Per i Sabiniani, infatti, essi erano *res mancipi* già dalla nascita, mentre per i Proculiani divenivano

Durante l'occupazione degli Alleati in Sicilia il Governo militare (*Allied Military Government of Occupied*) lo nominò Rettore dell'ateneo palermitano. Pur con qualche riluttanza, su suggerimento del collega Andrea Guarneri Citati (1894-1944) decise di «inghiottire il rospo» e accettare l'incarico. Baviera continuò a impegnarsi in politica contro il movimento separatista che mirava a rendere l'Isola indipendente dallo stato italiano, che considerava «un movimento voluto da parecchi ambiziosi e da chi aspirerebbe (nel verificarsi) di pescarvi dentro per interessi personali.» In questa prospettiva scrisse un manifesto che firmò insieme a Enrico La Loggia (1872-1960) e Bernardo Mattarella (1905-1971). Nel 1945 fece parte della Consulta incaricata di stilare il testo dello Statuto siciliano. Rifiutò invece la proposta di ricoprire la carica di Alto Commissario per la Sicilia. Riconfermato dai colleghi nell'incarico di Rettore dell'ateneo palermitano, Baviera continuò a svolgerlo dedicandosi «alla ricostruzione degli edifici universitari e al riassetto degli istituti scientifici colpiti della guerra nonché la messa a punto, quando non la soluzione, degli altri problemi più rilevanti ed urgenti, connessi alla vita e allo sviluppo dello Studio palermitano.» (Einaudi a Baviera, Roma 16.12.1950, inedita, in Archivio Baviera, s.n.). Nel 1950, all'abbandono dell'insegnamento e del rettorato per raggiunti limiti di età seguì la nomina a professore emerito. Su incarico del collega Lauro Chiazzese (1903-1957), succedutogli nel rettorato, gli fu affidata la direzione della biblioteca universitaria dell'ateneo palermitano. Pur continuando a restare vicino al Partito Liberale Italiano, non fu attivamente occupato in politica. Ritiratosi a vita privata, si spense a Palermo nel 1963, circondato dall'affetto dei familiari, all'età di 88 anni. Sulla vita e sulle opere di Baviera v. B. ALBANESE, *Giovanni Baviera*, in *Labeo* 10, 1964, 311 s. [= *Scritti giuridici* 2 (a c. di M. Marrone), Palermo 1991, 1909-1910]; C. SANFILIPPO, *Giovanni Baviera*, in *Iura* 15, 1964, 188 s.; M. MARRONE, *Romanisti professori a Palermo*, in *Index* 25, 1997, 596 s. [= G. PURPURA (a cura di), *La Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Palermo. Origini, vicende ed attuale assetto*, Palermo 2007, 176 ss.]; G. D'ANGELO, s.v. *Baviera*, *Giovanni*, in *DBGI*, I, Bologna 2013, 199.

² Su Pernice v. B. KÜBLER, *Alfred Pernice*. †, in *DJZ* 6, 1901, 451 s.

³ Su Eck v. R. LEONHARD, *Ernst Eck*. †, in *DJZ* 6, 1901, 61 s.

⁴ Su Voigt v. *Voigt, Moritz*, in *DBE* 10, München 1999, 238.

⁵ Su Mommsen v., in breve, J. SCHRÖDER, *Theodor Mommsen*, in G. KLEINHEYER-J. SCHRÖDER, *Deutsche und Europäische Juristen aus neun Jahrhunderten. Eine biographische Einführung in die Geschichte der Rechtswissenschaft*⁴, Heidelberg 1996, 286 ss., con ulteriore bibliografia.

⁶ Varr., *de re rust.* 2.6.3; 2.7.6; 2.8.3. Per la datazione di quest'opera di Varrone in un arco di tempo compreso fra il 37 e il 34 a.C. v. la bibliografia citata in S. VIARIO, *Corrispettività e adempimento nel sistema contrattuale romano*, Padova 2011, 22, nt. 2, e in S.A. CRISTALDI, «*Ut bonum pares pecus*». In tema di acquisto di *res mancipi*, secondo la testimonianza di Varrone, in *TSDP* 5, 2012, 2 s., nt. 6.

tali solamente a partire dal momento in cui venivano addestrati, e, nell'ipotesi in cui ciò non potesse avvenire '*propter nimiam feritatem*', una volta raggiunta l'età in cui solevano essere domati.⁷

Al contrasto fra le due *sectae* di giuristi romani Baviera aveva dedicato uno studio di respiro monografico, pubblicato a Palermo e a Firenze in due versioni e con due titoli differenti nello stesso anno in cui, vinta la borsa di studio per recarsi all'estero, era giunto a Berlino.⁸

Soltanto in una di queste due versioni il giovane autore accenna alla propria corrispondenza con Mommsen sulla questione relativa agli animali appartenenti alle *res Mancipi*. Ciò fornisce un elemento utile a stabilire che la versione fiorentina del libro è posteriore rispetto a quella palermitana e che essa fu data alle stampe in un momento successivo all'estate del 1898.⁹

Nell'ambito del suo studio Baviera aveva cominciato a riflettere sulle opinioni enunciate dalla storiografia precedente a proposito degli animali ricompresi nella categoria delle *res Mancipi*. Ne aveva discusso con Pernice,¹⁰ che alla fine del giugno del 1898 gli aveva inviato una cartolina in tedesco [Nr. 1], nella quale esprimeva la propria opinione sull'interpretazione suggerita da Voigt. Secondo quest'ultimo studioso, infatti, solamente in un'epoca successiva a Varrone vi sarebbe stato un mutamento nell'ordinamento giuridico vigente, compiutosi nel senso di includere nella categoria delle *res Mancipi* anche animali che non ne avrebbero originariamente fatto parte, come asini, cavalli, buoi e muli.¹¹ Una conclusione del genere non era ritenuta condivisibile da Pernice, il quale segnalava come essa fosse stata confutata ampiamente e con successo in uno studio dedicato da Pietro Bonfante (1864-1932)¹² alle *res Mancipi* e *nec Mancipi*.¹³

⁷ Gai 2.15.

⁸ G. BAVIERA, *Le due sette dei Giureconsulti Romani*, Palermo 1898; Id., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, Firenze 1898 (rist. anast. Roma 1970).

⁹ Alla lettera di Mommsen, infatti, non si allude nella versione dell'opera stampata a Palermo (G. BAVIERA, *Le due sette*, cit., 59 ss.): cfr. *infra*, nt. 20.

¹⁰ G. BAVIERA *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 70; Id., *Nota alla dottrina delle 'res Mancipi' e 'nec Mancipi'*, in RISP 27, 1899, 177 ss. = *Scritti giuridici di Giovanni Baviera Professore ordinario nella R. Università di Palermo*, I. *Diritto romano*, Palermo 1909 (da cui si cita), 84.

¹¹ M. VOIGT, *Das jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, IV: *Die gemeinsame Tendenz des jus naturale, aequum et bonum und jus gentium der Römer*, Leipzig 1875, 567 ss.. La stessa opinione è sostenuta e difesa dalle critiche mosse da Bonfante anche in M. VOIGT, *Römische Rechtsgeschichte*, I, Leipzig 1892, 439 s., nt. 36. In proposito è opportuno ricordare che un mutamento del catalogo delle *res Mancipi* è stato ipotizzato anche da altri studiosi, ora nel senso di un'oscillazione, ora nel senso di un restringimento, ora nel senso di un ampliamento: sul punto v. P. BONFANTE, *Scritti giuridici varii*, II. *Proprietà e servitù*, Torino 1918, 109.

¹² Su Bonfante v. L. CAPOGROSSI COLOGNESI, s.v. *Bonfante, Pietro*, in DBGI, I, cit., 292 ss.

¹³ P. BONFANTE, «*Res Mancipi*» e «*nec Mancipi*», Roma 1888-1889, 111 (che conosciamo solamente grazie alla citazione di G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 81, nt. 3), poi ripubblicato in Id., *Forme primitive ed evoluzione della proprietà romana* («*Res Mancipi*» e «*res nec Mancipi*»), in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 1 ss., spec. 110 ss., dove contro la spiegazione di Voigt si rileva che «è troppo strano ammettere che l'insufficienza della *traditio* pel trasferimento della proprietà negli animali da tiro e da soma, e la necessità di tutte quelle garanzie d'ogni specie che circondano l'alienazione delle *res Mancipi*, siasi sentita in età in cui, da un lato per la profonda e rapida trasformazione nei costumi, nella vita e nell'economia romana, codesti oggetti,

A nemmeno un mese di distanza dal momento in cui ricevette la cartolina di Pernice Baviera si rivolse per iscritto a Mommsen con una lettera in italiano [Nr. 2], scritta dalla casa della *Zimmerstraße*, dove aveva preso alloggio a Berlino. In essa il giovane chiedeva un *responsum* relativo a quella che gli sembrava l'interpretazione più corretta dei passi di Varrone dei quali si era occupato.

Non si hanno notizie sulla genesi di questa iniziativa. Forse dietro di essa si nascondeva un suggerimento di Pernice o un incoraggiamento da parte di Ettore Pais (1856-1939),¹⁴ che di Mommsen era stato allievo a Berlino,¹⁵ e conosciuto da Baviera durante gli anni trascorsi a Pisa.¹⁶

Una settimana dopo Mommsen rispose con una lettera in italiano [Nr. 3; v. fig. 1], nella quale espresse il parere che gli era stato richiesto. Il giorno successivo inviò al giovane una cartolina postale [Nr. 4], sulla quale aveva appuntato un passo di Varrone che aveva dimenticato di menzionare nella lettera.

intimamente connessi con la vita rurale antica, erano decaduti dall'antica importanza, dall'altro lato anche la *traditio* di una *res m.* veniva ad essere garantita come un vero dominio» (*ibid.*, 111-112), aggiungendosi «che v'ha pure contro l'opinione del Voigt ragioni decisive di ordine positivo» (*ibid.*, 113), essendo inverosimile che Gaio non sapesse che «gli animali da tiro e da soma fossero stati aggiunti al catalogo delle *res Mancipi* soltanto in un periodo così recente», e che difficilmente il giurista «avrebbe potuto dire che questi soli animali erano stati annoverati tra le *res Mancipi*, e non già gli elefanti e i cammelli, perchè all'epoca non si conoscevano neppure di nome» (*ibid.*, 113). Bonfante conclude accogliendo, «con lievi modificazioni», l'opinione di Ballhorn-Rosen (per cui v. *infra*, § 3, e ivi nt. 45), ritenendo che non sarebbe assurdo «che nella pratica il costume generale fosse di trasferire questi animali, che, per la rapida ruina dell'agricoltura romana, già prima di Varrone erano decaduti dall'antico pregio, colla semplice tradizione, e codesto costume generale col tempo avesse quasi acquistato il valore e il rispetto di un costume giuridico» (*ibid.*, 112), spianando la strada alla formulazione della tesi proculiana secondo cui giovenchi e puledri sarebbero divenuti *res Mancipi* solamente una volta domati.

¹⁴ Dopo aver studiato a Lucca, nel 1878 Pais si laureò in lettere all'università di Firenze. Nel 1881 si perfezionò a Berlino sotto la guida di Mommsen. Fra il 1880 e il 1884 fu attivo in Sardegna, dove fondò il museo archeologico dell'università di Sassari e fu direttore del Museo di Cagliari. Dal 1886 tenne la cattedra di Storia antica nell'università di Palermo, passando nel 1888 a Pisa e poi a Napoli (1899-1904), dove dal 1910 al 1914 fu direttore del Museo archeologico. Dal 1906 insegnò all'università di Roma.

¹⁵ Del mantenimento dei rapporti fra i due si trova traccia nelle numerose lettere di Pais a Mommsen, custodite a Berlino in SPK, Nachlass Mommsen I, 92: Pais, Ettore; spesso esse cominciano con le parole «Illustre S. Maestro» o «Illustre e Venerato S.^t Maestro».

¹⁶ Cfr. *supra*, nt. 1. Che il contatto fra Mommsen e Baviera fosse stato favorito da Pais potrebbe forse dedursi da quanto si legge alla fine della lettera del 21.7.1898 [Nr. 2].

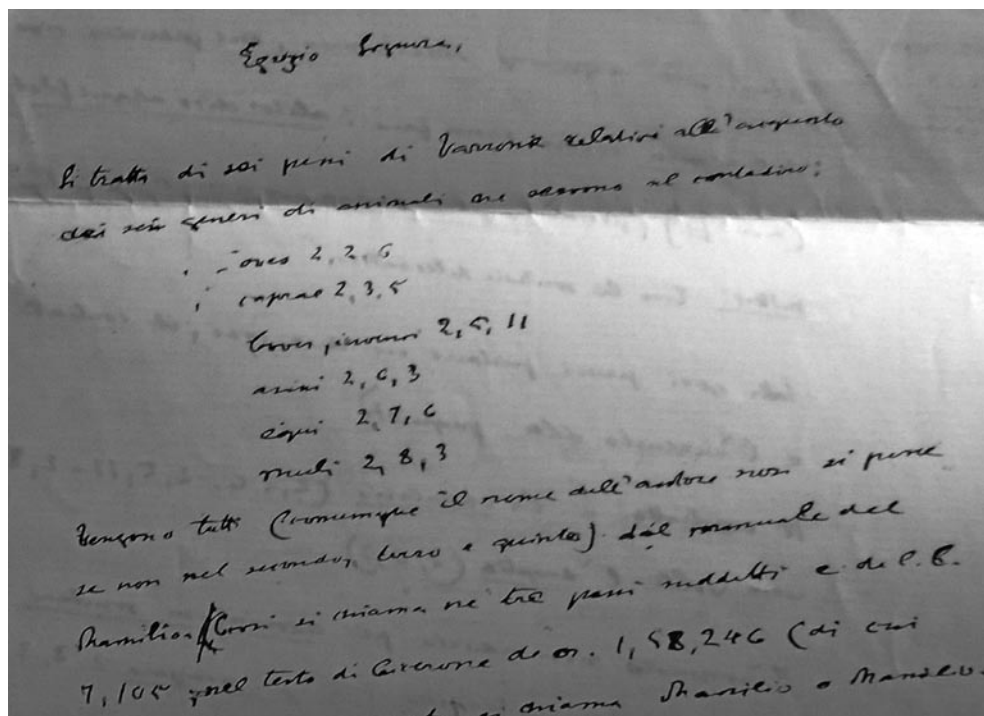


Fig. 1 – Mommsen a Baviera, Charlottenburg 28.7.1898, in Archivio Baviera, s.n., f. 1r (particolare).

Ricevuta la risposta, Baviera tornò a scrivere a Mommsen, questa volta in tedesco, per ringraziarlo della lettera ricevuta [Nr. 5; fig. 2].

Dopo aver riflettuto su quanto gli era stato comunicato, Baviera spedì a Mommsen un'ultima lettera scritta, come la prima, in italiano [Nr. 6]. In essa lo studioso siciliano sottopose la propria idea sulla interpretazione dei passi di Varrone, annunciando anche una propria visita, per continuare a discutere con Mommsen della questione. Non si sa come andò quell'incontro, né la lingua in cui i due decisero di parlarsi. Dagli scritti di Baviera si può ricavare che Mommsen confermò l'interpretazione dei passi suggerita dal giovane.

La riflessione su di essi avrebbe dato vita, oltre che a un articolo specifico dedicato alle *res Mancipi* e *nec Mancipi* apparso sulle pagine della *Rivista italiana di scienze giuridiche* nel 1899,¹⁷ anche a una parte di un altro contributo sui *monumenta* di Manilio pubblicato nel 1903.¹⁸ Tanto nella versione fiorentina del libro sul contrasto fra le due *sectae* di giuristi quanto nell'articolo, Baviera – mutando opinione rispetto alla convinzione espressa in

¹⁷ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit.

¹⁸ G. BAVIERA, *I "Monumenta", di Manilio e il «jus Papirianum»*, in AG 71, fasc. 2, 1903, 255 ss. [= *Scritti giuridici*, I, cit., 37 ss.].

acc. ms. 1933. 124.
Mommsen

Berlin 29 Juli 1898 5

I
 Hochzuverehrender Herr!

Gute Morgen es hat ich für mich sehr angenehmes Befunden
 bin mit dem respansum auf meine Frage.

In einigen Tagen werde ich mich die Ihre geben,
 Ihnen hierfür meinen herzlichsten Dank gerne
 lieb auszudrücken.

Ich hoffe Ihnen sehr schnell die Land und bin
 mit ausgezeichnetster Zusage

Ihr dankbar ergebener
 D. j. Giovanni Baviera
 Zimmerstraße 3-4/II.

Fig. 2 – Baviera a Mommsen, Berlin 29.7.1898, in SPK, Nachlass Mommsen I, 5, f. 3r.

precedenza¹⁹ – riproducesse con alcune modifiche due passi della lettera di Mommsen del 28.7.1898,²⁰ e, come si è accennato, riferì di aver discusso della questione con Pernice oralmente e per iscritto.²¹

Le lettere di Baviera a Mommsen [Nrr. 2, 5 e 6] fanno parte, insieme a moltissime altre lettere, del *Nachlass Mommsen I* conservato nella *Handschriftenabteilung* della *Staatsbibliothek zu Berlin – Preussischer Kulturbesitz*.²² Le cartoline e le lettere di Pernice [Nr. 1] e di Mommsen [Nrr. 3 e 4], invece, si trovano oggi nell'archivio privato custodito nella casa di via Ariosto a Palermo dagli eredi di Baviera.²³

2. I testi della lettera e della cartolina di Mommsen [Nrr. 3 e 4] saranno editi prossimamente insieme a quello delle altre lettere di Mommsen agli italiani nell'ambito di un progetto diretto da Marco Buonocore.²⁴ Sembra opportuno, tuttavia, pubblicare l'intero carteggio

¹⁹ Cfr. *infra*, § 3, nt. 49.

²⁰ G. BAVIERA, *Le due scuole*, cit., 71, nt. 1: «Dal venerando 'Maestro di color che sanno' ho avuto la fortuna di un suo parere scritto in proposito, di cui riporto qui il brano corrispondente: «Perciò quanto al risultato sono perfettamente del suo avviso, che questi passi pur se non privi d'interesse non hanno nulla da fare colla controversia se i giovenchi entrino o non entrino nelle 'res mancipi': se vi avesse pensato, certo troveremmo un cenno della differenza che, peraltro, riferisce (2, 5, 11).» Allude il sommo Maestro alla differenza tra i 'boves domitos' e gli 'indomitos' che fa Varrone»; G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 82: «Evidentemente l'uomo pratico, da cui provengono questi passi, non ha punto pensato alla 'mancipatio', ma alla 'traditio', tanto più che questa si richiede anche fatta la mancipazione, mentre Varrone dell'asino, che è ben 'res mancipi', richiede la 'traditio'. Al mio avviso questi passi dimostrano che praticamente gli animali 'r.m.' quanto 'n.m.' si acquistavano mediante 'traditio', e che dell'atto solenne della 'mancipatio' nella vita comune se ne faceva a meno» (cfr. quanto si legge nei ff. 1u-2r della lettera di Mommsen a Baviera [Nr. 3]). G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 95: «Perciò, quanto al risultato, sono perfettamente del suo avviso che questi passi, pur se non privi d'interesse, non hanno nulla da fare con la controversia se i giovenchi entrino o non entrino nelle 'res mancipi': se Varrone vi avesse pensato, certo troveremmo un cenno della differenza, che, per altro, riferisce (2, 5, 11)» (cfr. quanto si legge nel f. 2r della lettera di Mommsen [Nr. 3]).

²¹ Cfr. *supra*, nel testo e nt. 10.

²² Del *Nachlass Mommsen I* custodito nella *Staatsbibliothek* di Berlino fanno parte quasi tutte le lettere inviate a Mommsen, a dispetto del desiderio espresso in una clausola del suo testamento secondo cui la maggior parte di queste lettere dovesse essere distrutta subito dopo la sua morte: v. A. WUCHER, *Theodor Mommsen. Geschichtsschreibung und Politik*, Göttingen-Berlin-Frankfurt [a. M.] 1956, 218 s., qui 219: «Meine Briefschaften und sonstige Papiere sollen nach meinem Tode meinen Söhnen Karl und Ernst zur Sichtung übergeben werden, wobei sie meine Frau nach Ermessen hinzuziehen und ihre Wünsche berücksichtigen werden. Da ich nicht die Gewohnheit hatte, empfangene Briefe zu kassieren, so wird bei weitem das Meiste sofort zu vernichten sein.» Come ricordato da L. WICKERT, *Theodor Mommsen. Eine Biographie*, I. *Lehrjahre 1817-1844*, Frankfurt am Main 1959, 1, il *Nachlass* di Mommsen conservato a Berlino è diventato accessibile solamente nel 1933, dopo trent'anni dalla sua morte. Le lettere scritte da Mommsen sono conservate nel *Nachlass Mommsen II*. Le lettere di Mommsen ai suoi familiari sono invece custodite nel *Deutsches Literaturarchiv* di Marbach.

²³ Di esse si è potuto prendere visione grazie alla pronta disponibilità manifestata dagli eredi di Giovanni Baviera, e in particolare dalla Dott.ssa Cristina Baviera, che si ringrazia in modo particolare per la cortesia e la liberalità con cui ha voluto facilitare la consultazione dei documenti custoditi nell'archivio del nonno.

²⁴ I primi risultati di questo progetto sono già consultabili in rete al seguente indirizzo internet: www.mommsenlettere.org

fra Mommsen e Baviera, unitamente al testo della cartolina di Pernice sullo stesso tema [Nr. 1]. Tali testi, infatti, si comprendono meglio se letti nel contesto dello scambio epistolare.²⁵ Ciò consentirà di commemorare il romanista siciliano a cinquant'anni dalla sua scomparsa, richiamando un contributo che manifesta già nella prima produzione scientifica di un autore ancora giovanissimo la stessa indipendenza di pensiero in seguito costantemente professata anche nella vita pubblica, pur nel rispetto ossequioso nutrito nei confronti di chi avesse maturato maggiori esperienze.²⁶

In questo contesto, inoltre, sarà possibile ricostruire una fra le numerose vicende di confronto fra generazioni di studiosi che si manifesta con tutte le peculiarità del genere epistolare ancora sino alla fine dell'Ottocento. Oltre al carattere dialogico²⁷ che ne rappresenta un elemento costitutivo, infatti, lo scambio di lettere si situa su un terreno che sta a metà fra il pubblico e il privato, in prossimità della «giuntura fra sfera individuale e sfera collettiva» intorno alla quale si costituisce lo spazio discorsivo che dà vita alla costruzione del discorso scientifico.²⁸ Come avviene in casi non di certo isolati, fra cui anche quello del carteggio qui considerato, lettere e cartoline potevano essere pensate come uno strumento che non esauriva la propria funzione nell'ambito di un contatto necessariamente destinato a rimanere nella sfera privata del mittente e del destinatario.²⁹ Ancora fino ai primi del Novecento non sono isolati i casi nei quali le comunicazioni scritte potevano essere concepite come materiale destinato a una più ampia circolazione attuata mediante la loro pubblicazione totale o parziale,³⁰ allo scopo di richiamarne l'*auctoritas* e farne valere il contenuto come «argomento di verità, in quanto tale

²⁵ Sul punto v. quanto opportunamente osservato da A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica: i carteggi di Carl Joseph Anton Mittermaier*, in *La comparazione giuridica tra Ottocento e Novecento*, Milano 2001, 19: «Ogni lettera si pone ... come segmento di una sequenza, potenziale o realizzata che sia. Appartiene alla concatenazione di un carteggio il quale non è solo una somma di frammenti eterogenei, ma anche un campo di strategie discorsive e di interazioni collegate in un unico spazio, in una struttura che trascende il singolo «autore» e produce a sua volta un discorso proprio, generatore aggiuntivo di significati.»

²⁶ La devozione di Baviera nei confronti di Mommsen si mantenne anche dopo la morte di quest'ultimo, come può ricavarsi dalla recensione al primo volume delle *Gesammelte Schriften* pubblicata nel 1905: G. BAVIERA, Rec. a *Mommsen Theodor – Gesammelte Schriften. I. Abteilung: Juristische Schriften. Erster Band*, ne Il Circolo giuridico 36, 1905, 28 s.

²⁷ In proposito è stato rilevato che le lettere di un carteggio «simulano il dialogo in ciò che di fatto è un monologo, disciplinano con le metafore di una prossimità immaginaria il differimento effettivo dello scambio, mascherano con la retorica della spontaneità e dell'immediatezza l'artificio e lo scarto»: così A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 18.

²⁸ Al riguardo v. ancora A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 16.

²⁹ Cfr. A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 19, dove si nota che il contenuto delle lettere «per quanto confidenziale possa sembrare, è un resoconto rivelato documentalmente di situazioni e di accadimenti, che si presta pertanto senza difficoltà a trasformarsi in una comunicazione aperta a più destinatari, violando esso stesso il proprio segreto nella oscillazione ambigua tra visibilità e nascondimento, tra connessione e mistificazione.»

³⁰ Sul punto v. J. RÜCKERT, *Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny*, Ebelsbach 1984, 15-16; C. VANO, «Il nostro autentico Gaio». *Strategie della scuola storica alle origini della romanistica moderna*, Napoli 2000, 58 e 61; A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 15 ss.; M. VARVARO, *Zwei wiederentdeckte Briefe Niebuhrs vom 23.9.1816 und ein anonymer Aufsatz in der 'Allgemeinen Literatur-Zeitung'*, in TRG 80, 2012, 191.

trasmissibile ed anzi spesso destinato intenzionalmente ad essere ulteriormente trasmesso».³¹

Alla luce di queste osservazioni non è difficile individuare le ragioni per le quali lettere e cartoline in entrata fossero sistematicamente conservate dal destinatario, talora provviste di appunti relativi alla data in cui si era risposto, in modo da consentire, unitamente alle minute di quelle in uscita, di ricostruire anche a distanza di tempo un dialogo avvenuto in forma epistolare.³²

Nello scrivere a Mommsen, l'intento di Baviera era quello, peraltro dichiarato, di provocare un *responsum* da allegare a conforto di una propria interpretazione. Da questo punto di vista egli si riallacciava a un uso ampiamente attestato già dai primi anni dell'Ottocento. Non è un caso che, ricevuta la lettera in cui Mommsen confermava l'ipotesi che si sentiva di poter proporre, lo studioso siciliano si preoccupasse di citarla per fondare il valore dell'opinione espressa su un *argumentum ex auctoritate*. L'idea che può scorgersi dietro questo modo di pensare è quella di un vero e proprio rafforzamento proveniente da parte di qualcuno che aveva saputo guadagnarsi un peso unanimemente riconosciuto nella comunità scientifica.

Benché negli ultimi anni del diciannovesimo secolo Julius Petersen (1878-1941) non avesse ancora elaborato il concetto di 'generazione' per spiegare l'essenza del Romanticismo come fenomeno letterario,³³ sembra che il giovane Baviera volesse impiegare il parere ottenuto da uno dei più autorevoli esponenti di una precedente generazione di studiosi come una sorta di spada di Brenno da gettare su uno dei due piatti della bilancia che raccoglievano le opinioni sino a quel momento espresse sulla questione che stava affrontando. Si comprende bene, in questa ottica, come nei propri scritti lo studioso siciliano si richiamasse esplicitamente alla «autorità» del «venerando 'Maestro di color che sanno'»³⁴ e alla «autorità» di Pernice.³⁵ Nella stessa ottica vanno considerate le parole con le quali il giovane si rivolgeva a Mommsen, pregandolo di volergli dare un parere «che tagliando come la spada d'Alessandro il nodo gordiano illumini e dissipi il dubbio» [Nr. 2, f. 2r]. Nella trama di rapporti così impostati si può scorgere chiaramente il filo che lega gli studiosi di una generazione a quelli che li hanno preceduti.

L'osservazione induce a confrontare questo approccio, da cui è ormai passato oltre un secolo, con quello ancor oggi adottato dagli studiosi delle discipline storico-giuridiche che fanno ricorso nei propri scritti all'*argumentum ex auctoritate*, talora senza impiegare ulteriori elementi, per corroborare le idee che si sentono di dover seguire.

Si spiega così come chi si sia guadagnato una posizione autorevole nella propria generazione continui a influenzare in modo decisivo il pensiero delle generazioni successive. Queste si sentono talora schiacciate dal peso dell'autorità di chi li ha preceduti e ad accettarne le interpretazioni come se fossero verità ormai definitivamente acquisite. Un esempio emblematico, in questo senso, è costituito proprio da Mommsen, le cui idee, per quanto superate o contraddette alla luce dei progressi compiuti dalla storiografia anche in base a fonti scoperte

³¹ Così A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 33.

³² Cfr. C. VANO, «*Il nostro autentico Gaio*», cit., 60.

³³ J. PETERSEN, *Die Wesenbestimmung der deutschen Romantik. Eine Einführung in die moderne Literaturwissenschaft*, Leipzig 1926.

³⁴ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 82 e 95. Cfr. ID., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 71.

³⁵ G. BAVIERA, *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 70; ID., *Nota alla dottrina*, cit., 84.

successivamente alla sua morte, si tramandano tutt'oggi indisturbate «nei placidi anfratti»³⁶ della manualistica. Per fare un solo ma significativo esempio, può ricordarsi come la distinzione fra magistrature 'ordinarie' e 'straordinarie', concepita da Mommsen nel quadro di un'impostazione che si spingeva addirittura a qualificare il *rex* come magistrato unico e vitalizio, continui ancora a tenere il campo nelle trattazioni dedicate al diritto pubblico romano benché sia del tutto sprovvista di riscontri nelle testimonianze di cui disponiamo.

Può accadere in questo modo che un'idea o anche solo un'ipotesi formulata da uno studioso considerato come un'autorità finisca per radicarsi in un determinato settore di studi e si irrobustisca sempre più grazie ai consensi ottenuti da quanti ne abbiano condiviso, spesso senza discuterli adeguatamente, presupposti e conseguenze. Nel sistema di citazioni 'a cascata' l'*argumentum ex auctoritate* finisce per trasformarsi così in una sorta di *argumentum e quantitate* che acquista il valore di una certezza assoluta. È questo uno dei canali attraverso i quali tendono a formarsi alcuni dogmi, destinati a non essere messi più in discussione e che condizionano più o meno consapevolmente il modo stesso di impostare molte delle questioni che continuamente si presentano lungo i cammini della ricerca.

3. Come si accennava, il quesito posto da Baviera a Mommsen concerne la questione relativa al tipo di negozio giuridico necessario per l'acquisto della proprietà di alcuni animali che rientravano nel novero delle *res Mancipi*. Fino a quando nel 531 non fu formalmente abolita la distinzione fra *res Mancipi* e *res nec Mancipi*,³⁷ infatti, la rilevanza della *magna differentia* – come la chiama Gaio³⁸ – che nel diritto romano contrapponeva la prima categoria di *res* alla seconda si traduceva nelle diverse modalità richieste per il trasferimento *pleno iure* della loro proprietà. Secondo il regime descritto per l'età classica tanto nelle Istituzioni di Gaio quanto nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, difatti, per i beni appartenenti alle *res Mancipi* la proprietà si sarebbe trasferita facendo ricorso alla *mancipatio* o alla *in iure cessio*, mentre per tutti gli altri beni sarebbe stata sufficiente la semplice *traditio*, purché si trattasse di *res corporales*.³⁹ Alle *res Mancipi* appartenevano alcuni animali da tiro e da soma, come buoi, cavalli, muli e asini,⁴⁰ che nell'economia agricolo-pastorale della Roma delle origini giustificavano la loro inclusione fra le *res pretiosiores*. Ciò varrebbe a spiegare come in relazione al trasferimento della loro proprietà – se di proprietà può parlarsi per l'epoca più antica – si richiedevano

³⁶ L'immagine è di G. ARICÒ ANSELMO, 'Ius publicum'-'ius privatum' in Ulpiano, Gaio e Cicerone, in AUPA 37, 1983, 450.

³⁷ L'abolizione si ebbe con una delle *constitutiones ad commodum propositi operis pertinentes* emessa dalla cancelleria giustiniana nel 531 (Cl. 7.31.1.5: *Cum etiam res dividi Mancipi et nec Mancipi sane antiquum est merito antiquari oportet, sit et rebus et locis omnibus similis ordo, inutilibus ambiguitatibus et differentiis sublatis*).

³⁸ Gai 2.18: *Magna autem differentia est inter Mancipi res et nec Mancipi*.

³⁹ Cfr. Gai 2.18-22; Tit. Ulp. 19.1.3; 7.

⁴⁰ Un celebre elenco delle *res Mancipi* è riferito in un passo del secondo commentario delle Istituzioni di Gaio (Gai 2.14a-15) che, seppur tramandato in modo assai lacunoso nel f. 62r del palinsesto veronese, che è *bis rescriptum* (cfr. *Gaii Institutionum commentarii quattuor. Codicis Veronensis denuo collati apographum confecit et iussu Academiae regiae scientiarum Berolinensis edidit Guilelmus Studemund*, Lipsiae 1874, 57), è stato ricostruito dagli editori con una certa sicurezza grazie ad alcuni passi paralleli, fra i quali quello dei *Tituli ex corpore Ulpiani* contenente un elenco delle *res Mancipi* (Tit. Ulp. 19.1.1).

forme giuridiche più gravose di una semplice consegna.⁴¹

Nei passi del *De re rustica* di Varrone considerati da Baviera, tuttavia, si discorre di *traditio* anche in relazione all'acquisto di buoi, cavalli, muli e asini, ossia di animali che, appartenendo alle *res Mancipi*, avrebbero dovuto essere alienati con *mancipatio* o *in iure cessio*. Ancor prima della scoperta del palinsesto veronese che tramandava le Istituzioni di Gaio, avvenuta nel 1816,⁴² già nel XVIII secolo era stata rilevata una presunta contraddizione fra le notizie che si leggono in Varrone e il regime descritto per l'età classica nei *Tituli ex corpore Ulpiani*, e successivamente confermato dal testo delle Istituzioni di Gaio.

Per tentare di conciliare le notizie del *De re rustica* con quelle riferite nelle fonti giuridiche appena richiamate sono state formulate varie spiegazioni,⁴³ fra cui anche quelle che hanno ipotizzato un mutamento di regime giuridico o un ampliamento del novero delle *res Mancipi* intercorso fra l'epoca di Varrone e quella di Gaio.

Quest'ultima opinione, in particolare, era stata sostenuta da Voigt. Per sanare la presunta contraddizione fra i passi varroniani e le Istituzioni di Gaio, tale studioso – come si è ricordato – aveva fatto ricorso all'ipotesi di un mutamento nell'ordinamento giuridico vigente che solamente in un'età successiva a Varrone si sarebbe compiuto nel senso di includere nella categoria delle *res Mancipi* asini, cavalli, buoi e muli: questa soluzione sarebbe stata suggerita dalle leggi generali in materia di conoscenza storica.⁴⁴

Dopo attenta riflessione, invece, Baviera pensava che la migliore soluzione fosse quella suggerita da Friedrich Ernst Ballhorn (1774-1855)⁴⁵ e successivamente ripresa da Bonfante. Secondo tale interpretazione, Varrone non avrebbe avuto affatto l'intenzione di specificare con precisione giuridica il modo di acquistare la proprietà di beni appartenenti alla *res pecuaria* in modo da potersi tutelare verso qualunque terzo, bensì di indicare gli accordi da concludere con il venditore per cautelarsi nei suoi confronti, seguendo gli schemi delle *Manilianae actiones* ai quali esplicitamente o tacitamente rinviava.⁴⁶ A suo giudizio in età

⁴¹ Gai 2.16, dove si parla di animali '*quae collo dorsoue domari solent*'. In Tit. Ulp. 19.1.1 si discorre di '*quadrupes quae dorso colloue domantur*', mentre in Vat. Fragm. 259 (Pap. 12 *resp.*) si trova l'espressione '*pecora quae collo uel dorso domarentur*'.

⁴² Per un quadro di insieme delle varie opinioni sulla riscoperta del palinsesto e sulla questione della sua casualità v. da ultimo J.M. COMA FORT, '*Ein entdecktes juristisches ineditum*': a proposito del descubrimiento de las *Institutiones de Gayo*, in SDHI 79, 2013, 653 ss., con bibliografia, cui adde U. MANTHE, Rec. a M. Varvaro, *Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, in IAH 5, 2013, 193 ss.; S. MEDER, *Die Entdeckung der Institutionen des Gaius: Zufall oder Notwendigkeit? Zu Mario Varvaro, Le Istituzioni di Gaio e il Glücksstern di Niebuhr*, G. Giappichelli, Torino 2012, 203 S., in *Annaeus* 10, 2013, 55 ss.

⁴³ Un quadro sintetico delle opinioni più rilevanti sino al periodo in cui se ne occupò Baviera si legge in G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 79 ss., spec. 79: «Diese Thatsache steht nun mit der Lehre von *Gai.* und *Ulp.* in einem Widerspruche, der nach den Gesetzen unserer Erkenntniß in historischen Dingen nicht anders gelöst werden kann, als durch die Annahme, daß zwischen *Varr.* und *Gai.* eine Veränderung der geltenden Rechtsordnung sich vollzogen habe in der Weise, daß erst nach *Varr. asinus, equus, bos* und so nun auch *mulus* in die Classe der *res Mancip.* gestellt worden sind.»

⁴⁴ Cfr. *supra*, § 1, nt. 11.

⁴⁵ F. BALLHORN genannt ROSEN, *Ueber Dominium. Ein Titel aus Ulpian's Fragmenten, als Versuch einer Bearbeitung juristischer Classiker für Schulmänner*, Lemgo 1822, 93 ss.

⁴⁶ F. BALLHORN, *Ueber Dominium*, cit., 94: «Inzwischen ist Varros Absicht gar nicht einaml, bei den *pe-*

varroniana ci si sarebbe accontentati abitualmente di effettuare il trasferimento dei beni acquistati con semplice *traditio*, anche quando essi appartenessero al novero delle *res Mancipi*, evidentemente perché contro una eventuale *rei vindicatio* del venditore rimasto proprietario *ex iure Quiritium*⁴⁷ dei beni venduti il venditore sarebbe stato in ogni caso tutelato con l'*exceptio rei uenditae ac traditae*.⁴⁸ Il confronto fra i passi di Varrone e quelli di Gaio, quindi, non avrebbe rivelato alcuna contraddizione né andava ricondotto a un contrasto fra Sabini e Proculiani.⁴⁹

4. In occasione della ripubblicazione dello studio sulle *res Mancipi* e *nec Mancipi* nel secondo volume dei suoi *Scritti giuridici vari*, Bonfante discusse in una postilla l'interpretazione dei passi di Varrone suggerita da Baviera «e sancita dall'autorità di Teodoro Mommsen», rivedendo parzialmente l'opinione espressa in precedenza.⁵⁰ Dopo aver giudicato «acuta e ricca di notizie» la nota dello studioso siciliano, Bonfante concordava sull'impossibilità di accettare la tesi di Voigt, pur mostrandosi scettico circa la possibilità di intendere la *traditio* di cui parlava Varrone come semplice consegna materiale,⁵¹ e non come negozio giuridico idoneo a trasferire la proprietà dei beni che ne costituivano oggetto. Contro questa idea, a suo giudizio, si sarebbe potuto obiettare che nei brani varroniani ricorrono espressioni

cudes mit juristischer Bestimmtheit anzugeben, wie man ein gegen jeden Dritten verfolgbares – Römisches – Eigentum an ihnen erhalte, sondern welche Verabredungen man mit dem Verkäufer zu treffen, und wie man sich im Verhältnisse zu diesem vorzusehen habe, wobei er aber immer, entweder ausdrücklich oder stillschweigend auf Mamilius Formularbuch – *Actiones Mamilianae* – verweist.» Sulle *actiones Manilianae* come formulari può vedersi R. SANTORO, *Appio Claudio e la concezione strumentalistica del ius*, in AUPA 47, 2002, spec. 356 [= *Scritti minori*, II (a cura di M. VARVARO), Torino 2009, 618], e ivi nt. 199, con fonti e bibliografia.

⁴⁷ Sulle ragioni che inducono a preferire la grafia 'quirites' a 'Quirites' v. G. ARICÒ ANSELMO, *Antiche regole procedurali e nuove prospettive per la storia dei comitia*, Torino 2012, 18, nt. 7, e 266 ss.

⁴⁸ F. BALLHORN, *Ueber Dominium*, cit., 96 s.: «... Aus dieser Uebersicht und Zusammenstellung desjenigen, was sich bei Varro über den Ankauf der zur *res pecuaria* gehörigen Dinge findet, geht unter andern hervor,

1) Daß Varro nicht grade lehren wollen, wie man das *dominium ex jure Quiritium* an Jedem derselben bekomme; sondern nur mit welchen Cautelen man sich dabei zu begnügen pflege; ...

3) Daß man sich bei diesen letztgenannten Sachen, die nach Gajus und Ulpian zu den *Mancipi res* gehören, gewöhnlich mit einer einfachen Tradition begnügt habe (offenbar weil man sich gegen die *vindicatio* des Verkäufers, der allerdings Eigenthümer *ex jure Quiritium* blieb, mit der *exceptio rei uenditae et traditae* decken konnte), auch dessen *autoritas* [!] ja nur noch ein einziges Jahr dauerte».

⁴⁹ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 94 s.; in questo senso v. già ID., *Le due scuole dei giureconsulti romani*, cit., 70 s. Prima di ricevere il *responsum* di Mommsen, Baviera aveva invece espresso una diversa opinione: cfr. G. BAVIERA, *Le due sette*, cit., 59 ss., dove, respinta l'interpretazione suggerita da Ballhorn-Rosen e accettata da Bonfante, aveva sostenuto che «l'opinione del Voigt non è tanto strana.»

⁵⁰ P. BONFANTE, *Postilla*, in *Scritti giuridici vari*, II, cit., 114 ss.

⁵¹ Cfr. G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 90: «La parola 'traditionibus' ha qui lo stesso significato che in Gaio, Paolo II. cc. e Varrone medesimo (II, 2, 6: 'nec non emptor potest ex empto vendito illum damnare, si non tradet cet.'), cioè consegna materiale della cosa con la quale si perfezionava il contratto di compravendita.»

che alluderebbero in modo inequivocabile al passaggio della proprietà.⁵² Dopo aver svolto altre considerazioni sull'interpretazione suggerita da Baviera, Bonfante concludeva nel senso di ritenere più attendibile delle altre la tesi formulata da Theodor Maximilian Zachariae (1781-1847). Nella prima parte della sua opera *De rebus Mancipi et nec Mancipi conjecturae*, pubblicata a Lipsia nel 1807, quest'ultimo autore aveva espresso l'opinione che il contrasto fra il passo dei *Tituli ex corpore Vlpiani* e quello del *De re rustica* andava spiegato ipotizzando che mentre nel primo testo si alludeva agli animali già domati, nel secondo Varrone si riferiva a quelli non domati. Per Bonfante la tesi poi difesa dai Proculiani andava considerata dunque «un residuo dell'antico sistema e delle antiche idee», in quanto la categoria delle *res Mancipi* avrebbe in origine ricompreso solamente gli animali impiegati per la coltivazione dei campi: solo quelli domati, da questo punto di vista, avrebbero fatto parte dell'*instrumentum fundi*.⁵³

In realtà, tutta la debolezza dell'idea suggerita da Zachariae era stata messa in luce da Baviera sulla base dell'osservazione che «la spiegazione è del tutto infondata, poichè Varrone fa la differenza dei bovi 'domiti' e 'indomiti' nell'acquisto di essi (II, 5, 11).»⁵⁴ Quanto tale osservazione sia risolutiva, già di per sé, al fine di escludere la possibilità di concordare con le conclusioni proposte da Bonfante è stato rilevato anche da Giovanni Nicosia,⁵⁵ che ha anzi addotto un'altra serie di passi del *De re rustica* da cui risulta senza oscillazioni come la portata del discorso varroniano non fosse ristretta agli animali non domati, ma si riferiva all'acquisto di animali già addestrati.

Nel loro complesso questi ulteriori brani – relativi all'acquisto di buoi, asini cavalli e muli – corroborano l'idea prospettata da Baviera, secondo cui i passi di Varrone non possono essere ricondotti alla nota controversia fra Sabiniani e Proculiani che ci è nota grazie alle Istituzioni di Gaio.⁵⁶ Né, per altro verso, può accettarsi il collegamento fra animali ricompresi nella categoria delle *res Mancipi* e *instrumentum fundi*, già ipotizzato da Friedrich Esaias von

⁵² P. BONFANTE, *Postilla*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 114 s.: «Certo, contro di essa potrei notare alcune espressioni: «emptionibus et traditionibus dominum mutant; fit alterius, cum traditus est [sic, non corsivo], etc.», che sembrano parlar chiaramente di passaggio del dominio mediante tradizione.» L'obiezione, nondimeno, non appare insuperabile alla luce di un'intuizione dello stesso Bonfante recentemente valorizzata da S. CRISTALDI, «*Ut bonum pares pecus*», cit., 35 ss., il quale ha rilevato che in età varroniana l'editto del pretore contemplava già l'*exceptio rei uenditae ac traditae* e l'*actio Publiciana*: questi strumenti avrebbero accordato al compratore sul piano pretorio una tutela *erga omnes* in relazione alla quale si possono ben comprendere le espressioni impiegate nel *De re rustica* per indicare l'acquisto in capo al compratore di una situazione dominicale qualificata semplicemente in termini di 'dominium', distinguibile dalla proprietà civile acquistata in seguito a *mancipatio* o *in iure cessio*, e in relazione alla quale lo stesso Varrone parla di 'legitimum dominium'.

⁵³ P. BONFANTE, *Postilla*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 116: «Finalmente a me sembra ora più attendibile che per lo innanzi la tesi di T. M. Zachariae che Varrone intenda parlare di animali non domati, i quali, conforme alla teoria proculiana, non sarebbero *res Mancipi*.» Nello stesso senso v. ID., *Corso di Diritto romano*, II.1, Roma 1926, 172 s. [= rist. corretta, Milano 1966, 203 ss.].

⁵⁴ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 80 e 85.

⁵⁵ G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, ora in *Silloge. Scritti 1956-1996*, I, Catania 1998, 223.

⁵⁶ G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, cit., 223 ss.

Pufendorf (1707-1785)⁵⁷ e dato per presupposto da Bonfante.⁵⁸

In ogni caso, la convinzione tenuta ferma da Bonfante secondo cui in età varroniana fosse divenuto abituale ricorrere alla *traditio* in relazione alla compravendita di animali rientranti nel novero delle *res Mancipi*,⁵⁹ non implica che per il pieno trasferimento del *dominium ex iure quiritium* si potesse fare a meno della *mancipatio*. In proposito Baviera, sulla scia di Paul Frédéric Girard (1852-1926), aveva osservato che Varrone parlava delle clausole relative all'evizione solamente per la vendita di *res nec Mancipi*, mentre per la *res Mancipi* ometteva tali riferimenti, consapevole che tale garanzia discendeva direttamente dalla conclusione della *mancipatio*.⁶⁰

Questa lettura è confermata dall'analisi del passo in cui si parla dell'acquisto degli schiavi pastore, che erano *res Mancipi*.⁶¹ In questo brano, difatti, si ricorda che oltre alla garanzia per i vizi si era soliti ricorrere alla *stipulatio* per un importo pari alla *dupla* oppure, se appositamente pattuito, alla *simplicia*, nel caso in cui alla vendita non fosse seguita la *mancipatio*. Ciò, evidentemente, perché in questa ipotesi (*si Mancipio non detur*) la garanzia per evizione non si sarebbe prodotta come effetto naturale della *mancipatio* sanzionato dall'*actio auctoritatis*, sicché doveva essere oggetto di un apposito accordo rivestito delle forme della *stipulatio*. In conclusione, come è stato recentemente rilevato, i passi varroniani sembrano confermare che nel corso dell'ultima età repubblicana era già diffusa la compravendita consensuale di *res Mancipi* alla quale si faceva seguire la semplice *traditio* come atto di esecuzione delle obbligazioni nate in capo al venditore, con la conseguenza che la tutela connessa agli effetti giuridici propri della *mancipatio* – pieno trasferimento del *dominium ex iure quiritium* e garanzia riconnessa alla *auctoritas* – doveva farsi valere con altri strumenti.⁶²

5. A prescindere dalle considerazioni sulla fortuna ottenuta nella storiografia successiva dall'interpretazione suggerita da Baviera in ordine all'interpretazione dei passi di Varrone, il modo in cui la sua opinione si andò formando anche grazie al confronto con Pernice e

⁵⁷ Su Pufendorf v. T. REPGEN, *Pufendorf, Friedrich Esaias Philipp von*, in NDB 21, Berlin 2003, 5 s., con bibliografia. Muovendo da un'osservazione di Gerard Meerman (1722-1771) diretta a escludere *sues, caprae et oves* dal novero delle *res Mancipi*, il collegamento fra *res Mancipi* e *instrumentum fundi* era stato sostenuto da F.E. PUFENDORF, *Observationes juris universi quibus praecipue res judicatae summi tribunalis regii et electoralis continentur. Adiecta est variorum statutorum et iurium*, II, Hannoverae 1748, 300 (*Obs. LXXIX. De rebus Mancipi et nec Mancipi, item de Mancipationibus*, §. XII.) sulla base di quanto si legge in D. 33.7.9 (Paul. 4 *ad Sab.*), a suo avviso confermato da Varr. *de re rust.* 2.6.2.

⁵⁸ In questo senso v. G. NICOSIA, *Animalia quae collo dorsove domantur*, cit., 225 ss., con richiamo alla precedente letteratura e discussione critica della tesi suggerita da Filippo Gallo e fondata tra l'altro anche sulle conclusioni a suo tempo proposte da Bonfante (*ibid.* 250 ss.).

⁵⁹ P. BONFANTE, *Postilla*, in *Scritti giuridici varii*, II, cit., 115: «Ed anche la tesi da me difesa, che la *traditio* fosse già entrata nelle consuetudini per gli animali *Mancipi* è pur sempre verosimile. Lo stesso Baviera riconosce che è la più seria e riferisce una comunicazione privata, nella quale essa appare sancita dall'autorità di Teodoro Mommsen.»

⁶⁰ G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 94.

⁶¹ Varr., *De re rust.* 2.10.5: *In horum emptione solet accedere peculium aut excipi et stipulatio intercedere, sanum esse, furtis noxisque solutum: aut, si Mancipio non datur, dupla promitti, aut, si ita pacti, simpli.*

⁶² Cfr. S. CRISTALDI, «*Ut bonum pares pecus*», cit., 25 ss. e 32s., nt. 64, con richiami alla precedente bibliografia; T. DALLA MASSARA, *Garanzia per evizione e interdipendenza delle obbligazioni nelle compravendite romane*, in L. GAROFALO (a cura di), *La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni in diritto romano*, II, Padova 2007, 295.

Mommsen e al conforto della loro autorità risulta chiaramente dai testi delle lettere e delle cartoline qui pubblicati. Il loro esame consente di ricostruire, al di là delle tesi ricavabili da un testo consegnato alle stampe per essere destinato al pubblico dei lettori, i punti di intersezione fra i riferimenti culturali e dottrinari che segnano i punti di fuga della produzione del discorso in cui tali tesi sono state elaborate.⁶³

Le trascrizioni, presentate in ordine cronologico e con indicazione delle rispettive segnature, riproducono fedelmente l'ortografia, la punteggiatura, le sottolineature⁶⁴ e i capoversi presenti negli autografi.⁶⁵ Per la lettera di Baviera a Mommsen del 29.7.1898 [Nr. 5], scritta quasi interamente in *deutsche Kurrentschrift* (fig. 2), si è fatto ricorso al corsivo per rendere le parole che sull'originale sono scritte in *Antiqua*.

Le abbreviazioni, compresa quella del raddoppiamento della nasale segnata con un trattino sovrascritto ('m̄' o 'n̄'), sono state sciolte fra parentesi quadre. Nella lettera di Mommsen del 28.7.1898 [Nr. 3] è stato trascritto il *Briefkopf*.⁶⁶ Si è ritenuto opportuno, inoltre, riprodurre lo stacco tra la formula di esordio e il primo rigo del testo, che secondo un uso proprio della corrispondenza in lingua tedesca è un segno di rispetto in considerazione della distanza avvertita fra mittente e destinatario.

Il cambio di facciata e quello di pagina sono segnalati rispettivamente dal segno | e dal segno ||, seguiti fra parentesi quadre dal numero della pagina con indicazione del *recto*^[r] o del *verso*^[v] di ciascun foglio. I segni ⌈ ⌋ racchiudono le parole che sono state aggiunte sopra il rigo o sul margine del foglio. Fra parentesi a uncino < > sono indicati i caratteri o segni di interpunzione la cui assenza negli autografi è imputabile a un'evidente dimenticanza. Si è preferito mantenere, invece, le altre piccole sviste ortografiche presenti negli originali, anche quando esse siano evidenti in base al senso generale del discorso: in questi casi parole o numeri che andrebbero letti in luogo di quelli scritti sull'autografo sono proposti nell'apparato delle note a piè di pagina.⁶⁷

⁶³ In tal senso cfr. A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 17, da considerare alla luce delle altre osservazioni (*ibid.* 16) che conviene riferire testualmente: «Le dottrine e le discipline non si generano dalle «verità» contenute in una sequenza del «pensiero» che si trasmette da mente a mente, da libro a libro, con la creazione di un'idea consegnata ad un testo e di qui ad un lettore, ma dall'incrocio degli enunciati nei punti nevralgici di un circuito comunicativo che ne governa la produzione e la ricezione. Esse si formano dalle elaborazioni a diversi livelli dell'esperienza: manuali, scritti teorici, divulgazioni, contributi applicativi e istruzioni pratiche, illustrazioni orali, conversazioni. Ciascuno di questi testi – le loro affermazioni e le loro intenzioni – diviene effettivo nella appropriazione che ne compie il lettore, l'ascoltatore, il pubblico, rendendone così attuali le potenzialità. L'elaborazione, l'appropriazione e la costruzione di senso, che si opera all'intersezione tra il «mondo del testo» e il «mondo del lettore», dipendono tutte da categorie, criteri di classificazione, credenze e miti propri della sfera pubblica di un luogo e di un'epoca; sono internamente connesse con l'universo simbolico di una «cultura» determinata.»

⁶⁴ Non sono invece indicate le sottolineature segnate a matita dal destinatario, come quelle presenti sulla lettera di Mommsen a Baviera del 28.7.1898 [Nr. 3].

⁶⁵ Per la conferma della lettura di alcune parole presenti nella lettera di Mommsen del 28.7.1898 [Nr. 3] si ringrazia il Dott. Marco Buonocore.

⁶⁶ Sulle varianti dei *Briefköpfe* delle lettere di Mommsen scritte dal suo indirizzo di Charlottenburg v. S. REBENICH-G. FRANKE (a cura di), *Theodor Mommsen und Friedrich Althoff. Briefwechsel 1882—1903*, München 2012, 57.

⁶⁷ Non si è neppure provveduto a normalizzare l'ortografia anche nei casi in cui una stessa parola sia

Tali scelte sono ispirate al canone editoriale che mira a riprodurre il più fedelmente possibile, seppur privato della sua ‘materialità’, il testo tramandato dall’originale.⁶⁸ Al riguardo è opportuno ricordare che il documento inteso quale oggetto ‘materiale’ riferisce insieme al testo una serie di dati – anche di natura non verbale – che rinviano al contesto originario in cui è stato prodotto come veicolo per la trasmissione di parole e informazioni fissate sulla carta dalla corporeità di chi li ha scritti, e che sono espressione della sua specifica individualità.⁶⁹ Si è pertanto scelto di dar conto anche di eventuali cancellature⁷⁰ e correzioni,⁷¹ che costituiscono indizi del modo in cui il pensiero dell’autore si è andato formato mentre veniva consegnato al foglio.

Va ricordato, peraltro, che in quanto oggetto ‘materiale’ il documento contiene oltre al testo ulteriori tracce delle quali può tenersi conto per risolvere taluni problemi concernenti l’esattezza della ricostruzione storiografica in cui esso è di volta in volta impiegato, come per esempio quelli che possono nascere nel caso di lettere che non indicano il luogo e la data in cui sono state scritte. Analogamente, nel caso di cartoline prive di data, preziose informazioni possono ricavarsi dai timbri di annullamento dei francobolli o di ricezione.⁷²

Prospetto cronologico dei testi pubblicati

- Nr. 1: cartolina postale di Pernice a Baviera, [Berlin] 25.6.[18]98;
- Nr. 2: lettera di Baviera a Mommsen, Berlino 21.7.1898;
- Nr. 3: lettera di Mommsen a Baviera, Ch[arlottenburg] 28.7.[18]98;
- Nr. 4: cartolina postale di Mommsen a Baviera, [Charlottenburg 29.7.1898];
- Nr. 5: lettera di Baviera a Mommsen, Berlin 29.7.1898;
- Nr. 6: lettera di Baviera a Mommsen, [Berlin] s.d. (ma 1898).

scritta dal medesimo autore in modi diversi, come per esempio nel caso di ‘contradizione’ [Nr. 2, f. 1u] e ‘contraddizione’ [Nr. 6, f. 5r], o ‘res mancipii’ [Nr. 3, f. 2r] e ‘res mancipi’ [Nr. 3, f. 2r].

⁶⁸ Per un quadro d’insieme sul tema della ‘materialità’ nella filologia contemporanea e nella *Editionswissenschaft* v. M. SCHUBERT, *Einleitung*, in M. SCHUBERT (a cura di), *Materialität in der Editionswissenschaft*, Berlin-New York 2010, 1 ss., con bibliografia.

⁶⁹ Cfr. A. MAZZACANE, *Alle origini della comparazione giuridica*, cit., 18 s.; L. HAY, *Materialität und Immaterialität der Handschrift*, in *Editio* 22, 2008, 1 ss.; J. STROBEL, *Zur Ökonomie des Briefs – und ihren materialen Spuren*, in SCHUBERT, *Materialität in der Editionswissenschaft*, cit., 63 ss.

⁷⁰ Cfr. *infra*, ntt. 79, 83, 84, 90 e 110.

⁷¹ Cfr. *infra*, ntt. 85 e 100.

⁷² Come nel caso della cartolina di Pernice a Baviera del 25.6.1898 [Nr. 1] e in quello della cartolina di Mommsen a Baviera del 29.7.1898 [Nr. 4].

Nr. 1

A. Pernice a G. Baviera, [Berlin]⁷³ 25.6.[18]98

Palermo, Archivio Baviera, s.n.

S[ehr] g[eehrter] H[err] Dr.! Dr. Assisi⁷⁴ ist mir gegenüber nochmals auf die *res mancipi* u[nd] die Stelle Varros d[er] "R[es] R[ustica]" zurückgekom[m]en. Da muß ich zunächst feststellen, daß die Ansicht vom späten Aufkommen der *res mancipi* (d[as] h[eißt] von der Aufstellung eines Verzeichnisses) von M[oritz] Voigt vertreten wird, u[nd] daß sie Bonfante (2 p. 109 ss.) ausführlich u[nd] mit vollem Erfolge widerlegt. Die Varro Stelle bezeichnet „als uno dei punti più scabrosi (p. 110),“⁷⁵ weiß nichts rechts mit ihr anzufangen. Mir scheint, daß die Stellen gar nichts beweisen. Varro versteht anscheinend 2, 6.3 unter *emptio* die Mancipation: den[n] er kan[n] unmöglich sagen: beim Verhandeln wird verkauft; ihm kom[m]t es dabei auch wesentlich auf die Stipulation *sanum esse an.* 2, 8.3 am Ende hat gar keine Bedeut[un]g; 2, 7.6 (nicht 8) verweist auf Manilius. An den rostigen Haken 2, 6.3 eine absurde Theorie zu hängen, das kriegt nur M[oritz] V[oigt] fertig. ^{25/}98 Ihr

Pernice

Nr. 2

G. Baviera a Th. Mommsen, Berlino 21.7.1898

SPK, Nachlass Mommsen I, 5: Baviera, Giovanni, ff. 1-2

Venerando Maestro!

Perdoni l'audacia colla quale oso rivolgermi alla S[ignoria] V[ostra] Ill[ustrissi]ma per avere un responso.

Da alcuni scrittori di cose romane quali il Voigt (*ius naturale* vol. IV pag. 567 ed altri) sono stati interpretati alcuni passi <di> Varrone (*Rer. Rust.*) in modo che mi sembra non giusto.

La Sig[noria] Vostra Ill[ustrissi]ma non deve fare altro che leggerli qui sotto trascritti.

Varro, R. R. II.6.3: "in mercato (scilicet asino asini) item ut caeterae pecudes emptio-nibus et traditionibus dominum mutant.,"

II.8.3. "quos (sc[ilicet] asinos) emimus item ut equos stipulamurque in emendo ac faci-nus in accipiendo | ^[1u] idem quod dictum est in equis.,"

⁷³ Il luogo di spedizione si ricava con assoluta sicurezza dal timbro della cartolina postale.

⁷⁴ Potrebbe trattarsi di Armando Assisi, nato a Casalnuovo di Napoli nel 1873, divenuto magistrato nel 1901, e poi impiegato al Ministero di Giustizia come addetto all'ufficio di studi legislativi e di pubblicazione delle leggi. In seguito Assisi fu rappresentante italiano per l'esecuzione della *Abstimmung in Ostpreußen* nel 1920 e prese parte al congresso del Comitato per le relazioni giuridiche italo-germanico tenutosi a Roma nel 1938. La carriera di magistrato lo vide prima Consigliere e poi Presidente onorario della Corte di Cassazione.

⁷⁵ Cfr. P. BONEANTE, *Forme primitive*, cit., 112: «ma dobbiamo confessare che è questo uno dei punti esegeticamente più scabrosi della nostra materia.»

II.7.6.: “emptio equina similis fere ac boum et asinorum, quod eisdem rebus in emptione dominum mutant, ut in Manilii actionibus sunt praescripta,,

questi⁷⁶ passi sono stati interpretati nel senso che vi si parli del trasferimento della proprietà dei cavalli degli asini e dei buoi mediante semplice ‘traditio’ e non per ‘mancipatio’ e vi si vuol trovare una contraddizione col corrispondente passo di Gaio, istit. II, 14, 15 e relazione colla controversia tra i Proculiani e Sabiniani sul proposito.

A me sembra però che Varrone non dica ciò ma che parli solo delle prescrizioni Maniliane comuni all’acquisto fatto dei buoi, cavalli asini ecc<.> ecc<.> sia per ‘traditio’ che per ‘mancipatio’. ||^[2r]

La S[ignoria] V[ostra] Ill[ustrissi]ma è con profonda riverenza pregata di un suo parere che tagliando come la spada d’Alessandro il nodo gordiano illumini e dissipi il dubbio.

Il prof. Pais mi incarica di ossequargli il “venerato suo Maestro”. Ed io ho l’onore di porgerle i suoi saluti insieme a quelli del senatore Buonamici⁷⁷ di Pisa.

Colla devozione di ammiratore le bacio umilmente le mani<.>

Devotissimo servo

Doctor juris Giovanni Baviera

Zimmerstrasse 3-4 II Tr[eppa]

Berlin 21 luglio 98

Nr. 3

Th. Mommsen a G. Baviera, Charlottenburg 28.7.[18]98

Palermo, Archivio Baviera, s.n.

THEODOR MOMMSEN

CHARLOTTENBURG

bei Berlin

MARCHSTRASSE. 8.

Egregio Signore,

Si tratta di sei passi di Varrone relativi all’acquisto dei sei generi di animali che servono al contadino:

- oves 2, 2, 6
- caprae 2, 3, 5
- boves, iuvenci 2, 5, 11
- asini 2, 6, 3
- equi 2, 7, 6
- muli 2, 8, 3<.>⁷⁸

⁷⁶ Sic, per ‘Questi’.

⁷⁷ Su Francesco Buonamici (1832-1921) v. S. SPADA, s.v. *Buonamici, Francesco*, in DBI 15, Roma 1972, 128 s., con bibliografia; E. SPAGNESI, s.v. *Buonamici, Francesco*, in DBGI, I, cit., 360 s.

⁷⁸ Il riferimento alle *sues*, dimenticate in questo elenco, è contenuto nella cartolina postale inviata da Mommsen a Baviera il giorno successivo [Nr. 4].

Vengono tutti (comunque il nome dell'autore non si pone se non nel secondo, terzo e quinto) dal manuale del Mamilio⁷⁹. Così si chiama ne' tre passi suddetti e di l. l. 7, 105⁸⁰; nel testo di Cicerone de or. 1, 58, 246⁸¹ (di cui il testo è pur averato) si chiama Manilio o Massilio.

Certamente Massilius è errore, nè so perchè⁸² lo credono il console di ^{605/}₁₄₉.

Il titolo del libro era secondo Cicerone venalium vendendorum leges⁸³; Varrone lo chiama actiones 2, 5, 11 «2, 7, 6», altrove antiqua formula 2, 2, 6, dove aggiunge, che alle volte⁸⁴ alle formule Mamiliane si aggiungono certe leggi secondo la |^[1u] volontà de' contraenti: iure utimur eo, quo(d?) lex (cioè del contratto in questione) praescripsit, in ea enim alii plura, alii pauciora excipiunt. «Similmente 2, 3, 5: paucis exceptis verbis». Una altra volta aggiunge scherzando, che prescrive cioè che nessun uomo sano farà: aliter dico atque fiet (non fit), perchè capras sanas sanus nemo promittit. Ecco le scritture delle satire.

Tutti quei passi parlano su due cose, il contratto e l'acquisto della proprietà.

Il contratto è la stipulatio: (2, 2, 6, 2, 5, 11. 2, 8, 3), una volta l'emptio (2, 6, 3)<.>

L'acquisto vien indicato per dominum⁸⁵ mutare 2, 2, 6, 2, 7, 6 – traditio 2, 6, 3, – accipere 2, 8, 3, nelle pecore colla parola ad esse conveniente adnumerare 2, 2, 6.

Evidentemente l'uomo pratico, da cui provengono queste formole, non ha punto pensato alla mancipatio, tanto più che questa si ||^[2r] richiede anche fatta la mancipazione⁸⁶ (Gai 2, 204)⁸⁷, mentre che Varrone o piuttosto Mamilio nell'asino che è ben res mancipii, richiede la traditio. Al mio avviso queste formole dimostrano che praticamente si acquistavano gli animali tanto mancipii quanto nec mancipii per la tradizione; chi voleva poteva aggiungervi questo atto formale, ma nella vita comune se ne faceva senza.

Perciò quanto al risultato sono perfettamente del suo avviso, che queste formole per se⁸⁸ non prive d'interesse non hanno nulla da fare colla controversia, se i iuvenci entrino o non entrino nelle res mancipi; se vi avesse pensato, certo ne troveremmo un cenno nella differen-

⁷⁹ Segue una parentesi aperta cancellata.

⁸⁰ Varr., l. l. 7.105: <Nexum> *Manilius scribit omne quod per libram et aes geritur, in quo sint mancipia* rell. Si tratta del celebre passo contenente la definizione di *nexum*.

⁸¹ Cic., de orat. 1.58.246: *Nec quisquam est eorum, qui, si iam sit ediscendum sibi aliquid, non Teucrum Pacuuii malit, quem Manilianas uenaliuum uendendorum leges ediscere.*

⁸² Sic, per 'perchè'.

⁸³ Segue cancellato: 'secondo'.

⁸⁴ Segue cancellato: 'a queste'.

⁸⁵ Corregge: 'dominium'.

⁸⁶ Sic, per 'tradizione'.

⁸⁷ Gai 2.204: *Quod autem ita legatum est, post aditam hereditatem, etiamsi pure legatum est, non, ut per uindicationem legatum, continuo legatario acquiritur, sed nihilo minus heredis est. Et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere heredem sibi dare oportere; et tum heres, si <res> mancipi sit, mancipio dare aut in iure cedere possessionemque tradere debet; si nec mancipi sit, sufficit si tradiderit. Nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipauerit, usucapione pleno iure fit legatarii; completur autem usucapio, sicut alio quoque loco diximus, mobiliuum quidem rerum anno, earum uero quae solo tenentur biennio.*

⁸⁸ Sic, per 'sé'.

za ben⁸⁹ altro⁹⁰ che riferisce 2, 5, 11.

Mi creda, Signore

suo obbl[igatissi]mo

Mommsen

Ch[arlottenburg]^{28/7} 98

Nr. 4

Th. Mommsen a G. Baviera, [Charlottenburg 29.7.1898]⁹¹

Palermo, Archivio Baviera, s.n.

Ho dimenticato le sues 2, 4, 5.

Mommsen | ^[u]

An

Herrn *Dr.* Baviera

in Berlin SW

Wohnung Zimmerstraße 3/4 II

Nr. 5

G. Baviera a Th. Mommsen, Berlin 29.7.1898

SPK, Nachlass Mommsen I, 5: Baviera, Giovanni, f. 3

Berlin 29 Juli 1898

Hochzuverehrender Meister!

Heute Morgen erhielt ich Ihr mir sehr wertvolles⁹² Schreiben mit dem responsum auf meine Frage.

In einigen Tagen werde ich mir die Ehre geben, Ihnen hierfür meine tiefgefühltesten⁹³ Dank persönlich⁹⁴ auszusprechen.

Ich küsse Ihnen erfürchtswoll⁹⁵ die Hand und bin mit ausgezeichnete Hochachtung

Ihr dankbar ergebenster

D[ocor] j[uris] Giovanni Baviera

Zimmerstrasse 3-4/II.

⁸⁹ *Sic*, per 'per'. Cfr. G. BAVIERA, *Nota alla dottrina*, cit., 95.

⁹⁰ Segue una lettera cancellata.

⁹¹ Il luogo e la data di spedizione si ricavano dal timbro della cartolina postale.

⁹² *Sic*, per: 'wertvolles'.

⁹³ *Sic*, per: 'tiefgefühltesten'.

⁹⁴ *Sic*, per: 'persönlich'.

⁹⁵ *Sic*, per 'erfürchtswoll'.

Nr. 6

G. Baviera a Th. Mommsen, [Berlin] s.d.

SPK, Nachlass Mommsen I, 5: Baviera, Giovanni, ff. 4-6

Venerando Maestro!

Ho profondamente meditato sulla sua preziosissima lettera, a me più cara di un diploma feudale, ho riletto tutti i passi che la S[ignoria] V[ostra] in due riprese⁹⁶ mi ha accennato, ed altri che mi sono capitati spingendo in là le mie ricerche, e mi azzardo a scriverle di nuovo, sottomettendole umilmente una mia modesta idea in proposito, che la V[ostra] S[ignoria] postra⁹⁷ lasciar senz'altro cadere trovandola ridicola.

Tutti i passi citati riguardano la sezione in cui Varro parla 'de in iure parando quemadmodum quomque pecudem emi oporteat civili iure'< (II.1.15)>. Egli scrive da uomo pratico per la gente che vuole acquistare buoni animali privi di difetti. Per raggiungere questo scopo Varro |^[4u] si dilunga su quattro argomenti, di cui uno ci riguarda: l'età, la cognitio formae unucuiusque⁹⁸ pecudis' (II.1.12) (II.1.14) 'quo sit seminio quaerendum' e de in iure parando (II.1.15).

su⁹⁹ quest'ultimo punto egli avverte quanto segue (2.1.15) "quod enim alterius fit id est ut fiat meum, necesse est aliquid intercedere, neque in omnibus satis est stipulatio aut solutio nummorum ad mutationem domini. In emptione alias stipulandum sanum esse, alias a pecore sano, alias neutrum,,.

Da questo passo mi sembrerebbe, se non erro, che egli prescinde dal diritto materiale dell'acquisto ma bada piuttosto a insegnare il modo per guardarsi dalla mala fede altrui. Ogni dubbio io bandirei considerando il modo con cui egli cita Manilius e le sue formule, il quale si rese celebre, per le sue¹⁰⁰ venalium venundorum leges che fanno parte della giurisprudenza cautelare e lasciò, se bisogna credere a Pomponio (Dig. II.2,¹⁰¹ fr. 2 § 39)¹⁰², alcuni volumina di monumenta¹⁰³. Per ogni genere d'animali infatti Varro dice cosa bisogna stipulare e il modo ||^[5r] con cui deve essere espressa la lex mancipii<.>

Egli – come la S[ignoria] V[ostra] insegna – parla del contratto, che è la stipulatio e l'emptio, e dell'acquisto della proprietà che viene indicato con le parole dominum mutare,

⁹⁶ Si tratta della lettera del 28.7.1898 [Nr. 3] e della cartolina del 29.7.1898 [Nr. 4].

⁹⁷ *Sic*, per 'potrà'.

⁹⁸ *Sic*, per: 'uniuscuiusque'.

⁹⁹ *Sic*, per: 'Su'.

¹⁰⁰ Corregge: 'la sua'.

¹⁰¹ *Sic*, per: 'I.2'.

¹⁰² D. 1.2.39.2 (Pomp. *l. s. ench.*): *Post hos fuerunt PUBLIUS MUCIUS, et BRUTUS, et MANILIUS, qui fundaverunt ius civile. ex his Publius Mucius etiam decem libellos reliquit, Brutus septem, Manilius tres: et extant volumina scripta Manilii monumenta. illi duo consulares fuerunt, Brutus praetorius, Publius autem Mucius etiam pontifex maximus.*

¹⁰³ Sul punto v. quanto ricordato dallo stesso G. BAVIERA, *I "Monumenta,,*, cit., 40 s.

accipere, adnumerare per le pecore, e di traditio una sola volta o meglio due volte (2.6.3<); (2.9.7) riguardo agli asini e i cani.

Sorge per alcuni il dubbio che contraddizioni vi fossero tra Gaio (I,120 e II,14) e Ulpiano (XIX,7) e Varrone. I primi dicevano mancipabili i cavalli i muli e gli asini il secondo tradibili?

Ora a me sembra che tale contraddizione non debba esistere e che la parola traditionibus (2.6.3) che in questo senso vien presa possa diversamente spiegarsi.

Ecce, venerando Maestro, l'idea che sommessamente sottopondo¹⁰⁴ al suo giudizio.

Io interpreterei quelle due parole (2.6.3) emptioibus et traditionibus così¹⁰⁵:

“Nel mercato gli asini parimenti come il resto del bestiame ‘cambiano di padrone’ con la compera e la consequente tradi- | ^[5u] tio (o consegna),, (2.7.6) “La compera dei cavalli e¹⁰⁶ quasi simile a quella dei bovi e dei muli, perchè questi mutano padrone nella vendita ‘eisdem rebus ut in Manilii actionibus sunt praescripta,,<.>

A me, forse erratamente, pare che la parola traditionibus che dà quel sospetto, sia usata in questo senso materiale di consegna senza allusione diretta alla giuridica traditio. Essa infatti è uguale al ‘si non tradet’ del § 6 II 6, ‘e’ allo stesso § 204 del libro II delle Ist[ituzioni] di Gaio dove si parla di tradere possessionem anche quando la res è stata ‘in iure cessa’ o mancipata.

Un'altra considerazione storica mi spingerebbe a questa conclusione.

Varrone alla fine del § 6, II.2 dice: “Nec non emptor pote¹⁰⁷ ex empto vendito illum damnare si non tradet, ecc. Qui si parla del contratto di compra vendita evidentemente. Ma la figura che esso assume in quest'epoca è diversa, come Ella mi insegna, da quella posteriori¹⁰⁸: ai tempi di Varrone esso trovavasi per così¹⁰⁹ dire nello stadio reale, cioè || ^[6r] si perfezionava colla consegna effettiva della cosa e del prezzo: l'elemento consensuale venne dopo.

Ora a me sembra che nel § 3 II 6 il traditionibus incriminato significhi e alluda appunto a questa figura della vendita che allora era completa quando all'emptio già fatta corrispondeva la relativa traditio<.>

In quanto al secondo punto che le parole di Varrone non hanno da fare con la controversia fra le due scuole la S[ignoria] V[ostra] ha sancito col peso della sua autorità la mia idea che non avesse nulla da fare e fosse cosa divisa.

Ma mi sorge un dubbio.

Se praticamente ai tempi di Varrone si usava tradere e non mancipare le res mancipii – traslazione questa di proprietà che doveva essere tutelata – quale azione poteva accordare il pretore? Come mai¹¹⁰ ai tempi di Nerva, epoca in cui sorse la controversia (Gaio II.14), circa 50 anni dopo, quel costume giuridico non si era fatto consuetudo | ^[6u] e i Proculiani – innovatori secondo l'opinione dominante – venivano a negarlo e restringerlo agendo da

¹⁰⁴ Sic, per: ‘sottopongo’.

¹⁰⁵ Sic, per: ‘così’.

¹⁰⁶ Sic, per ‘è’.

¹⁰⁷ Sic, per: ‘potest’.

¹⁰⁸ Sic, per: ‘posteriore’.

¹⁰⁹ Sic, per: ‘così’.

¹¹⁰ Segue cancellato: ‘che’.

retrogradi – perdoni Maestro la frase – ammettendo che i¹¹¹ solo i bovi e i cavalli domati dovevano essere mancipati e i giovenchi e i polledri solo traditi, quando 50 anni prima e bovi e cavalli e polledri e giovenchi venivano alienati tutti per tradizione?

Un ultimo dubbio: in che relazione si trova l'errato passo di Isidoro.¹¹² (Bruns⁶ pag. 86 p[ars] post[erior]¹¹³ IX.4.45)¹¹⁴ con la controversia scolastica e le parole di Varrone, se si ammette che questo di traditio avesse parlato?

Maestro perdoni l'impudente che tanto ha osato. Se crede che le abbia mancato di rispetto strappi la lettera e non mi riceva quando verrò ad ossequiarla umilmente.

Con devozione profonda le bacio devotamente le mani

Di V[ostra] S[ignoria] Ill[ustrissi]ma

servo

Dr. Giovanni Baviera

Zimmerstrasse 3-4 II^e Tr[e]ppe]

¹¹¹ Sic.

¹¹² Sic, per 'Isidoro'.

¹¹³ *Fontes iuris Romani antiqui edidit Carolus Georgius Bruns. Scriptores. Editio sexta cura Theodori Mommsen et Ottonis Gradenwitz*, Friburgi in Brisgavia et Lipsiae 1893.

¹¹⁴ Isid., orig. 9.4.45: *Mancipium est quidquid manu capi subdique potest, ut homo, equus, ovis. Haec enim animalia statim ut nata sunt, mancipium esse putantur. Nam et ea, quae in bestiarum numero sunt, tunc uidentur in mancipium esse, quando capi siue domari coeperint.* Cfr. G. BAVIERA, *Le due sette*, cit., 60, nt. 1.

Finito di stampare nel mese di dicembre 2013
presso le Officine Tipografiche Aiello & Provenzano s.r.l.
Bagheria (Palermo)

ISBN/EAN



9 788834 878620

€ 35,00